1

Derecho & Argumentación

Robert Alexy

Teoría de la Argumentación Jurídica

La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica



PALESTRA

Robert Alexy
Catedrático de Derecho Público y Filosofía del Derecho
en la Universidad de Kiel, Alemania

TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica

Traducción de
Manuel Atienza e Isabel Espejo

Prólogo de
Manuel Atienza

PALESTRA EDITORES
LIMA – 2007

TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.
La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica
ROBERT ALEXY
Primera edición en castellano: Centro de Estudios Constitucionales - Madrid, 1991
Primera reimpresión: marzo 1997
Primera edición ampliada: Palestra Editores SAC - Lima, setiembre 2007

Título original:
THEORIE DER JURISTISCHEN ARGUMENTATION
Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung
Editado por Suhrkamp - 1978

Edición al cuidado de: Pedro Grández Castro

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de su autor.

© Copyright : ROBERT ALEXY
© Copyright 2007 : PALESTRA EDITORES S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 Lima 18 - Perú
Telf. (511) 719-7626 / Telefax: (511) 719-7627
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:
Grández Gráficos S.A.C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos
www.grandezgraficos.com

DISEÑO DE CARÁTULA Y DIAGRAMACIÓN : Elizabeth Ana Cribillero Cancho

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2007-07146
ISBN: 978-9972-224-55-3
Proyecto editorial N.º 31501220700224
Tiraje: 1200 ejemplares
Impreso en el Perú *Printed in Peru*

Para Edith

ÍNDICE GENERAL

Agradecimiento 15
Lista de los símbolos lógicos utilizados 17
Nota de los traductores 19
Prologo a la presente edición 21
Prefacio 25

INTRODUCCIÓN

1. El problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas 27
   1.1. Fundamentaciones jurídicas y valoraciones 33
   1.2. Sobre algunos intentos de solución 38
2. Las ideas fundamentales de esta investigación 44
3. Sobre la delimitación de la tópica 52
4. Sobre la valoración de la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica racional en la discusión metodológica actual 56

A. SOBRE ALGUNAS TEORÍAS DEL DISCURSO PRÁCTICO

I. El discurso práctico en la ética analítica 65

1. Naturalismo e intuicionismo 67
1.1. El naturalismo 67
1.2. El intuicionismo 71
2. El emotivismo 73
2.1. El análisis de Stevenson de los juicios morales 75
2.2. El análisis de Stevenson de la argumentación moral 77
2.3. El problema de la validez de los argumentos prácticos 80
2.4. Objeciones contra la teoría de Stevenson 82
3. El discurso práctico como actividad guiada por reglas 84
3.1. Los fundamentos de la filosofía lingüística: Wittgenstein y Austin. 84
3.1.1. El concepto de juego de lenguaje de Wittgenstein ... 86
3.1.2. La teoría de los actos de habla de Austin 92
3.2. La teoría de Hare 99
3.2.1. La teoría de Hare sobre el lenguaje de la moral. 99
3.2.2. La teoría de Hare de la argumentación moral 108
3.2.3. Sobre la crítica de la teoría de Hare de la argumentación moral 125
3.3. La teoría de Toulmin 127
3.3.1. La función de la ética 128
3.3.2. El análisis de Toulmin de la argumentación moral .. 130
3.3.3. La teoría general de la argumentación de Toulmin ... 132
3.3.4. Problemas de la teoría de Toulmin 139
3.3.5. Precisiones terminológicas 144
3.4. La teoría de Baier 146
3.4.1. El análisis de Baier de la argumentación moral 146
3.4.2. El punto de vista moral 148
3.4.3. Para una crítica de la teoría de Baier 153
4. Algunos resultados provisionales 154
II. La teoría consensual de la verdad de Habermas 156
1. La crítica de Habermas a la teoría de la verdad como correspondencia 157

2. La conexión entre la teoría de los actos de habla y la teoría de la verdad 160
3. La diferenciacion entre acción y discurso 161
4. La justificación de las proposiciones normativas 164
5. La lógica del discurso 170
6. La situación ideal del diálogo 181
7. Discusión crítica de la teoría de Habermas 187
7.1. Algunas objeciones de la teoría de sistemas 187
7.2. La pretensión de la fundamentabilidad 191
7.3. Las reglas de razón 195
7.4. Formas de argumento y de reglas de fundamentación 197
7.5. Discurso y falsabilidad 202
7.6. Discurso y disenso 204
7.7. Discurso y verdad 205
III. La teoría de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen 206
1. El Programa del método constructivista 206
2. El fin presupuesto en la ética constructivista 209
3. Los principios de la ética constructiva 211
3.1. El principio de la razón 211
3.2. El principio de la moral 217
4. La génesis crítica de los sistemas normativos 219
5. Puntos a retener 225
IV. La teoría de la argumentación de Chaim Perelman 226
1. La teoría de la argumentación como una teoría lógica (en sentido amplio) 228
2. La argumentación como función del auditorio 229
3. Demostración y argumentación 230
4. El concepto de auditorio universal 233
5. Persuadir y convencer 238
6. El análisis de Perelman de la estructura de la argumentación 239
7. La racionalidad de la argumentación 245
8. Puntos a retener 250

B. BOSQUEJO DE UNA TEORÍA DEL DISCURSO PRÁCTICO RACIONAL GENERAL

1. Sobre el problema de la fundamentación de proposiciones normativas 251
2. Teorías del discurso posibles 255
3. La fundamentación de las reglas del discurso 256
3.1. La fundamentación técnica 256
3.2. La fundamentación empírica 258
3.3. La fundamentación definitoria 260
3.4. La fundamentación pragmático-trascendental o pragmático -universal 261
3.5. La relación entre estas formas de argumentación 263
4. Las reglas y formas del discurso práctico general 265
4.1. Las reglas fundamentales 266
4.2. Las reglas de razón 270
4.3. Las reglas sobre la carga de la argumentación 274
4.4. Las formas de argumento 278
4.5. Las reglas de fundamentación 284
4.5.1. Variantes del principio de generalizabilidad 284
4.5.2. El argumento genético 287
4.5.3. La necesidad de realizabilidad 288
4.6. Las reglas de transición 289
5. Los límites del discurso práctico general 290

C. UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I. El discurso juridíco como caso especial del discurso práctico general 293
1. Los tipos de discusiones jurídicas 293
2. La tesis del caso especial 295
2.1. La discusión jurídica como discusión de cuestiones prácticas 296
2.2. La pretensión de corrección 297

2.3. Los cánones de la interpretación 302
3. Paso a la teoría de la argumentación jurídica 305
II. Rasgos fundamentales de la argumentación jurídica 306
1. La justificación interna 306
2. La justificación externa 318
2.1. Los seis grupos de reglas y formas de justificación externa ... 320
2.2. Sobre la argumentación empírica 321
2.3. Los cánones de la interpretación 323
2.3.1. Sobre las formas concretas de argumentos 324
2.3.2. El papel de los cánones en el discurso jurídico 336
2.4. La argumentación dogmática 345
2.4.1. Sobre el concepto de dogmática jurídica 345
2.4.2. Los enunciados de la dogmática jurídica 353
2.4.3. El uso de los enunciados dogmáticos 359
2.4.4. La fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos 360
2.4.5. Las funciones de la dogmática. 366
2.4.6. Argumentación dogmática y argumentación práctica general 374
2.5. Sobre el uso de los precedentes 376
2.5.1. La regla de la carga de la argumentación 377
2.5.2. Uso del precedente y argumentación jurídica. 381
2.6. Sobre el uso de formas de argumentos jurídicos especiales .. 383
2.7. Sobre el papel de los argumentos prácticos generales en el discurso jurídico 389
III. Discurso jurídico y discurso práctico general 392
1. La necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general 392
2. La coincidencia parcial en la pretensión de corrección 394
3. La coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general 395
4. La necesidad de argumentos prácticos generales en el marco

de la argumentación jurídica 398
5. Los límites y la necesidad de la teoría del discurso jurídico racional 399

APÉNDICE

TABLA DE LAS REGLAS Y FORMAS ELABORADAS

I. Las reglas y formas del discurso práctico general 405
1. Las reglas fundamentales 405
2. Las reglas de razón 406
3. Las reglas de carga de la argumentación 406
4. Las formas de argumentos 407
5. Las reglas de fundamentación 407
6. Las reglas de transición 408
II. Reglas y formas del discurso jurídico 408
1. Las reglas y formas de la justificación interna 408
1.1. Formas 408
1.2. Reglas 409
2. Reglas y formas de la justificación externa 409
2.1. Reglas y formas de la argumentación empírica.
2.2. Reglas y formas de la interpretación 409
2.3. Reglas de la argumentación dogmática 411
2.4. Las reglas más generales del uso de los precedentes 411
2.5. Formas especiales de argumentos jurídicos 411

POSTFACIO

A) RESPUESTA A ALGUNOS CRÍTICOS

I. La concepcion procedimental de la corrección práctica 415
1. Discurso y buenas razones 415
2. La necesidad de la comunicación 421
3. Procedimiento y corrección 428
3.1. Concepto y criterio de corrección 428
3.2. Discurso ideal 430

3.3. Discurso real 433
4. Sobre la fundamentación de las reglas del discurso 436
II. La tesis del caso especial 446
I. La argumentación jurídica como discurso práctico 447
1.1. Argumentación jurídica y cuestiones prácticas 447
1.2. La pretensión de corrección 448
1.3. Los límites del discurso jurídico 450
2. Discurso práctico y proceso judicial 454

B) LA FÓRMULA DEL PESO
I. La base de teoría de las normas: reglas y principios 458
II. El principio de proporcionalidad en sentido estricto 459
III. La escala triádica 468
IV. La fórmula 478
V. La fórmula extendida 490

C) ENTREVISTA A ROBERT ALEXY 495

BIBLIOGRAFÍA 521
ÍNDICE DE NOMBRES 551
ÍNDICE DE MATERIAS 557

AGRADECIMIENTO

Esta edición se ha basado en la versión publicada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España (1997), a quienes expresamos nuestro agradecimiento por haber hecho posible esta nueva edición para el público latinoamericano.

En esta y en otras ocasiones, ha sido decisiva también la colaboración del profesor Manuel Atienza, quien no sólo ha prestado su colaboración en la gestión para la cesión de derechos, tanto por el autor como también por parte del CEC, sino también por habernos autorizado la traducción al castellano hecha por él e Isabel Espejo.

Esta edición cuenta con un apéndice en el que se ha incluido un trabajo posterior del autor sobre la Ponderación, sin duda, el método más utilizado hoy en día en la argumentación constitucional por parte de los Tribunales y Cortes en la solución de conflictos entre derechos fundamentales. Se ha incluido, también, la entrevista que realizara al autor el profesor Manuel Atienza y que fuera publicada en la Revista Doxa.

Lima, septiembre de 2007

El Editor

LISTA DE LOS SÍMBOLOS LÓGICOS UTILIZADOS

$\neg$	=	no (negación)
$\wedge$	=	y (conjunción)
$\vee$	=	o (disyunción)
$\rightarrow$	=	si… entonces… (condicional)
$\leftrightarrow$	=	si y sólo si… entonces (bicondicional)
(x)	=	para todo x (cuantificador universal)
O	=	es obligatorio que… (operador deóntico)

NOTA DE LOS TRADUCTORES

La teoría de la argumentación jurídica ha conocido en los últimos años un extraordinario desarrollo, sobre todo por obra de teóricos y filósofos del Derecho de diversos países europeos. Lo que hay de común en todos ellos es el esfuerzo por construir modelos de racionalidad que sirvan como guía para la toma de decisiones jurídicas. Y en este sentido, como bien a escrito NEUMANN, la teoría (o las teorías) de la argumentación jurídica se sitúan en el punto intermedio entre el determinismo y el decisionismo; su problema fundamental, el de cómo fundamentar las decisiones jurídicas, es un problema que no se ha planteado (o no se plantea) desde las otras concepciones: para unos, los deterministas, porque sería innecesario hacerlo; para otros, los decisionistas, porque sería imposible [cfr. U. NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre,* Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstad, 1986, págs. 2 y 3].

En el ámbito de la cultura alemana, la teoría de la argumentación jurídica más ampliamente discutida era formulada por Robert ALEXY en su *Theorie der Juristischen Argumentation. Die*

Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, editada por Suhrkamp (Francfort del Meno, 1978; reimpresión en 1983), y desarrollada en diversos artículos posteriores. ALEXY parte concretamente de la teoría del discurso racional, tal como y ha sido elaborada básicamente por Jürgen HABERMAS, y desarrolla a partir de ahí la tesis de que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general. Su libro (que originariamente constituyó su tesis de doctorado) se ha convertido en un punto de referencia obligado para quienes se interesan (dentro y fuera de Alemania) por este campo de estudios, y que quizás no sean sólo filósofos y teóricos del Derecho. Una prueba de la importancia que se ha concedido a la obra de ALEXY lo constituye, sin duda, su reciente traducción al inglés a cargo de Ruth ADLER y Neil MACCORMICK, en la Oxford University Press.

En la presente edición castellana se incluye, además del libro mencionado –en donde se ha efectuado algunas pequeñas correcciones sin mayor importancia–, un amplio trabajo escrito por ALEXY expresamente para esta ocasión, *Antwort auf einige Kritiker,* y que contiene una defensa de sus tesis frente a la crítica de que ha sido objeto por parte de diversos autores de lengua alemana. Dicho trabajo se publica aquí como postfacio y presta un interés adicional a la versión castellana que realmente puede considerarse como una edición puesta al día respecto a la alemana y a la inglesa.

PRÓLOGO A LA PRESENTE EDICIÓN

La *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert ALEXY, publicada por primera vez en 1978 y traducida luego a varios idiomas, es, sin duda, una de las obras más influyentes en la cultura jurídica de las últimas décadas. Las razones no son difíciles de hallar. El libro, escrito en un estilo claro, aborda con profundidad filosófica un problema central de la práctica jurídica: el de la fundamentación de las decisiones jurídicas y, en particular, de las judiciales. Puede decirse que, junto con el libro de Neil MACCORMICK (*Legal Reasoning and Legal Theory*) publicado también en esa misma fecha, constituye la principal aportación de lo que se ha venido en llamar la «teoría estándar de la argumentación jurídica» . La tesis central de ALEXY es bien conocida: la argumentación jurídica debe considerarse, en todas sus instancias, como un caso especial del discurso práctico racional, del discurso moral.

El conjunto de ideas que el lector podrá encontrar en este libro (ideas propias y ajenas, pues aproximadamente una tercera parte de sus páginas están dedicadas a revisar diversas teorías del discurso práctico, en particular, la de HABERMAS, que es la principal fuente de la

parte constructiva de ALEXY) no permiten configurar una teoría completa de la argumentación jurídica, pero suministran bases sólidas que han servido de ayuda e inspiración a muchos otros autores y al propio ALEXY que ha escrito algunas otras contribuciones de gran interés a la materia. Pero, en fin, en la *Entrevista* recientemente publicada en *Doxa* que se publica como apéndice de esta edición, ALEXY reconoce que en su *Teoría de la argumentación jurídica* no había prestado atención –o no la suficiente– a algunas cuestiones a las que ahora atribuye una gran importancia; sobre todo, no se habría ocupado de la ponderación que, junto con la subsunción, constituyen -en su opinión- las dos grandes formas de argumentación que pueden encontrarse en el Derecho de los Estados constitucionales.

En realidad, ALEXY no podía haber desarrollado en este libro (que originariamente había sido su tesis de doctorado) una teoría completa de la argumentación jurídica, entre otras cosas porque no disponía de todos los ingredientes necesarios para ello, esto es, no había desarrollado aún , esencialmente: una teoría de los principios (en cuanto tipo de norma que contrapone a las reglas) como mandatos de optimización ; una teoría de los derechos fundamentales y de la ponderación que, precisamente, presuponen la noción de principio jurídico; y una concepción no positivista del Derecho , basada en la idea de que el concepto de Derecho contiene, además de una dimensión autoritativa, un elemento de idealidad –una «pretensión de corrección»– que es lo que, en último término, le lleva a sostener que existe una conexión de tipo conceptual entre el Derecho y la moral. Este prólogo pretende ser, por ello, una invitación a que el lector aborde también otros textos de ALEXY (disponibles igualmente en castellano[1]) que le

1 Además de los incluidos en esta edición como apéndices, habría que citar: *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, y *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

permitirán entender mejor el que ahora tiene en sus manos y participar –aunque sea como espectador– en un proceso de innegable atractivo intelectual: el despliegue de uno de los pensamientos que más han contribuido a configurar la visión contemporánea del Derecho.

Si así lo hiciera, con lo que se encontraría, me parece a mí, no sería con algo parecido a un «primer» y «segundo» ALEXY. En la evolución de los grandes autores se producen a veces rupturas, descubrimientos, que llevan a modificar radicalmente ciertas tesis defendidas en una primera etapa (IHERING, entre los juristas, o WITTGENSTEIN, entre los filósofos, son ejemplos paradigmáticos de ese tipo de trayectorias); pero otras veces lo que hay es, simplemente, un desarrollo en profundidad de ideas que, en realidad, están ya en el autor en cuestión desde el principio, desde sus primeras obras. ALEXY pertenece, sin duda, a este segundo grupo de pensadores. El conjunto de sus escritos tiene un notable grado de coherencia interna (la de «coherencia» es una de las nociones clave de su teoría de la argumentación) y nada hace pensar que, a pesar de tratarse de un autor en plena producción, las cosas vayan a cambiar de cara al futuro. Volviendo de nuevo a la *Entrevista* antes mencionada, en el sistema de filosofía del Derecho que proyecta escribir seguirán sin duda jugando un papel de la máxima importancia las ideas alumbradas por él en este libro seminal; en primer lugar, la de que el Derecho debe contemplarse en el marco más amplio de la razón práctica.

Personalmente, considero una gran suerte el haberme encontrado con la obra de ALEXY en un momento temprano de mi formación iusfilosófica. En un libro escrito ya hace algunos años y en el que trataba de exponer la situación actual de la argumentación jurídica y me ocupaba con cierta extensión de la concepción de ALEXY en la materia, señalaba algunas discrepancias con él, al

igual que también lo he hecho en varios trabajos (escritos con Juan RUIZ MANERO) en los que defendía una noción de los principios jurídicos no coincidente con la de ALEXY. Pero en uno y otro caso (más allá de algunas diferencias de acento, de presentación, etc.), me parece que hay un acuerdo básico en las cuestiones de fondo. En lo fundamental, el enfoque de ALEXY es, en mi opinión, acertado teóricamente y de gran valor práctico para el jurista (filósofo del Derecho o no) que pretenda operar con sentido en el marco del Estado constitucional . Y, en fin, si a mí me ha servido de orientación permanente desde hace ya muchos años, imagino que esa misma función podrá cumplirla también en relación con no pocos lectores (nuevos lectores) de este clásico contemporáneo de la teoría del Derecho.

Pienso, por ello, que la editorial Palestra de Lima ha tenido un gran acierto al editar este libro del que ahora se cumple, prácticamente, el treinta aniversario de su primera aparición. Los países latinos deberían, en mi opinión, esforzarse por construir una teoría del Derecho con características propias. Ello, naturalmente, es incompatible con una actitud de seguidismo o de sucursalismo intelectual, pero sí que exige prestar atención a las aportaciones (no tantas) procedentes de otras culturas y de valor genuinamente universal.

MANUEL ATIENZA

PREFACIO

La Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal ha exigido en su resolución del 14 de febrero de 1973 (resolución de desarrollo del Derecho) que las decisiones de los jueces deben «basarse en las argumentaciones racionales»*. Esta exigencia de racionalidad de la argumentación puede extenderse a todos los casos en los que los juristas argumentan. La cuestión de qué sea argumentación racional o argumentación jurídica racional no es por consiguiente un problema que haya de interesar sólo a los teóricos del Derecho o a los filósofos del Derecho. Se le plantea con la misma urgencia al jurista práctico, e interesa al ciudadano que participa en las cosas públicas. De que sea posible una argumentación jurídica racional depende no sólo el carácter científico de la Jurisprudencia, sino también la legitimidad de las decisiones judiciales.

El objeto de esta investigación es la cuestión de qué haya que entender por argumentación jurídica racional, así como la de

* B Verf GE 34, 269 (287).

si, y con que alcance, es ella posible. El subtítulo «La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica», aclara de qué manera se contesta a la pregunta. La contestación se realiza en dos pasos. En la primera y en la segunda parte del trabajo se elabora una teoría de la argumentación práctica general, y en la tercera una teoría de la argumentación jurídica, que se construye a partir de aquélla. El que lo primero se trate en un número mayor de páginas que lo último se fundamenta en el hecho de haberse fijado el objetivo de fundar una teoría de la argumentación jurídica. Un posterior desarrollo de esta teoría no es sólo posible, sino también deseable. Si esta argumentación logra su objetivo, habrá establecido también las bases para ello.

El manuscrito de esta obra se presentó en 1976, como tesis de doctorado en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität de Göttingen. No se hubiese realizado sin la amistosa ayuda proveniente de varios lados. Entre los muchos que han prestado su ayuda al desarrollo del trabajo quisiera destacar especialmente al profesor Dr. Ralf Dreier. Él me ha aportado diversas ideas, en el curso de una incesante discusión. Hago extensivo también mi agradecimiento al prof. Dr. Malte Diesselhorst, cuya crítica me ha preservado de bastantes errores. En especial quisiera dar las gracias en este lugar a mi maestro en filosofía profesor Dr. Günter Patzig. Me alegraría que su modelo de método fuera reconocible en esta investigación. Debo mostrar mi agradecimiento, finalmente, a la Studienstiftung des deutsches Volkes que me ha deparado durante muchos años ayuda ideológica y financiera.

Góttingen, enero de 1978

Robert Alexy

INTRODUCCIÓN

1. EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

"Ya nadie puede… afirmar en serio que la aplicación de normas jurídicas *no es sino* una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente"[1]. Esta constatación de Karl LARENZ señala uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológico-jurídica contemporánea. La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente[2], en

1 K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* 3.ª ed., BERLIN/ Heidelberg/ New York, 1975, p. 154.

2 Sobre el concepto de consecuencia lógica cfr. A. TARSKI, *On the Concept of Logical Consequence,* en: *Id., Logic, Semantics, Metamathematics,* Oxford, 1956, pp. 409 y ss. Sobre la posibilidad de relaciones de deducibilidad entre enunciados normativos cfr. *Infra* p. 261 y s.

muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas[3] que hay que presuponer como vigentes, justamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados.

Para esto existen, al menos, cuatro razones: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico[4], (2) la posibilidad de conflictos de normas[5] (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no exista una norma ya vigente[6], y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales[7].

---

3 La cuestión de qué haya que entender por «normas presupuestas como vigentes» puede quedar aquí abierta. La afirmación realizada en el texto es válida también si, junto al Derecho escrito y al consuetudinario, se reconocen otras fuentes del Derecho como, por ejemplo, el Derecho judicial.

4 Sobre esto cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law,* Oxford, 1963, pp. 121 y ss.; *Id. Der Positivismus und die Trenung von Recht und Moral ,* edición y traducción de N. Hoester, Göttingen, 1971, pp. 29 y ss.

5 Sobre esto, cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre,* 2.ª ed., Wien, 1960, pp. 210 y ss

6 Sobre esto, cfr. K. LARENZ, *Ibid.,* pp. 354 y ss.

7 No sólo es posible que esta enumeración sea incompleta, sino que también se pueda opinar que contiene demasiadas razones. Así, entre las razones señaladas por KELSEN para la «indeterminación de los actos de aplicación del Derecho» faltan, por un lado, (3) y (4), y, por otro lado, él indica junto a (1) y (2), la discrepancia entre la voluntad y la expresión de la autoridad normativa (5) (*Die Wiener rechtstheoretische Schule,* editado por H. Klecatsky, R. Marcia y H. Schambeck, Wien/ Frankfurt/ Zürich/ Salzburg/ Manchen, 1968, vol. 2, p. 1365). (5) puede ser considerado como una razón para (4) o (1). Es problemático si las razones encuadradas en (3) y (4) son admisibles constitucionalmente, y en qué medida lo son. En ambos casos, el juez actúa en un campo que, según el principio de división en poderes, parece estar reservado al legislador. Este problema, sin embargo, no puede ser discutido aquí. Bastará con indicar que hay casos de (3) (violación positiva de exigencias), y (4) (reparación de daños inmateriales [§ 253 BGB]), en los que la obtención de nuevas normas jurídicas por la jurisprudencia, o la no aplica-

Una decisión jurídica U, que se sigue lógicamente de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, N_1, N_2,…, N_n, y de los enunciados empíricos A_1, A_2,…, A_n, puede ser calificada de *fundamentable* a partir de N_1, N_2,…, N_n, y A_1, A_2,…, A_n. Si hay decisiones que no se siguen lógicamente de N_1, N_2,…, N_n, conjuntamente con A_1, A_2,…, A_n, entonces se plantea la cuestión de cómo pueden ser fundamentadas tales decisiones. Este es el problema de la metodología jurídica.

La metodología jurídica puede resolver el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas, si es capaz de proporcionar reglas y procedimientos según los cuales, o bien el paso de N_1, N_2,…, N_n, y A_1, A_2,…, A_n a U es también admisible cuando dicha decisión no se sigue lógicamente de tales procedimientos, o bien, adicionalmente a las formulaciones que hay que presuponer como normas vigentes y a los enunciados empíricos que hay que aceptar, se pueden obtener enunciados con contenido normativo N_1, N_2,…, N_n, de manera que U se siga lógicamente de éstos, juntamente con N_1, N_2,…, N_n, y A_1, A_2,…, A_n. Los candidatos más discutidos para servir como regla o procedimientos para la realización de esta tarea son los cánones de la interpretación.

Pero hasta su número es discutido. Así, SAVIGNY diferencia entre el elemento gramatical, lógico, histórico y sistemático de la

---

ción de normas jurídicas, está reconocida en general y ha sido declarada no inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG E 34, 269 [286 y s.]). El objeto de este trabajo no es el problema de la inconstitucionalidad de las decisiones encuadradas en (3) y (4), sino la cuestión de si también estas decisiones pueden ser racionalmente fundamentadas en el marco del método jurídico. La respuesta a esta pregunta podría, sin embargo, ser importante también para el problema de su admisión constitucional.

interpretación[8]. Según LARENZ, hay cinco criterios: el sentido literal; el significado de la ley según el contexto; las intenciones, metas e ideas normativas del legislador histórico; los criterios teleológico-objetivos; y el mandato de interpretación conforme a la Constitución[9]. WOLFF, por mencionar otro ejemplo, conoce la interpretación filosófica, lógica, sistemática, histórica, comparativa, genética y teleológica[10].

Más importante que el problema del número de cánones, es el problema de su ordenación jerárquica. Diversos cánones pueden conducir a resultados diferentes. Atendiendo a este hecho, sólo se pueden considerar adecuados para considerar con seguridad un resultado, si es posible establecer criterios estrictos para su ordenación jerárquica. Esto sin embargo, no se ha logrado, hasta hoy[11].

---

8 Fr. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts,* vol. I, Berlín, 1840, pp. 212 y ss

9 K. LARENZ, *Ibid.,* pp. 307 y ss

10 H. J. WOLFF / O. BACHOF, *Verwaltungsrecht,* vol. I, 9.ª ed., München, 1974, § 28 IIIc. (La indicación del párrafo se refiere a la parte del manual elaborada por WOLFF)

11 Cfr. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung,* 2.ª ed., Berlín, 1976, pp. 85 y ss.; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung,* 2.ª ed., Frankfurd a. M., 1972, pp. 124 y ss. También LARENZ, quien se esfuerza por cierta graduación, constata que no hay «ninguna jerarquía» (*Id., Ibid.,* p. 334). La dificultad de una ordenación jerárquica está estrechamente unida con las dificultades de determinación de la meta de la interpretación. La decisión sobre la meta de la interpretación presupone una teoría sobre la función de la jurisprudencia, y la respuesta a la pregunta de si es posible, y en qué medida lo es, el argumentar jurídicamente de un modo racional. En este sentido hay que dar la razón a ENGISCH cuando escribe que «hacen (falta) puntos de vista más profundos para atribuir a cada método interpretativo su derecho relativo y su especial lugar lógico» (K. ENGISCH, *Einführung in das juristischen Denken,* 5.ª ed., Stuttgart/ Berlín/ Köln/ Mainz, 1971, p. 84). La teoría de la

Otro problema es su indeterminación[12]. Una regla como "interpreta cada norma de manera que cumpla su objetivo" puede conducir a resultados contrapuestos si dos intérpretes tienen diferentes concepciones sobre el objetivo de la norma en cuestión[13]

Esta debilidad de los cánones de la interpretación no significa que carezcan de valor, pero impide el considerarlos como reglas suficientes para la fundamentación de las decisiones jurídicas.

Se podría, pues, pensar en buscar, en lugar de un *sistema de reglas de fundamentación,* un *sistema de enunciados,* del que puedan extraerse o deducirse las premisas normativas que faltan y que son necesarias para la fundamentación. Tal fundamentación a partir de un sistema sería concluyente en cualquier caso si este sistema estuviera compuesto sólo de enunciados deducibles de las normas presupuestas. Pero en este caso, el sistema no incluiría ningún contenido valorativo que fuera más allá de los enunciados presupuestos[14].

Si en lugar de esto se entiende por tal sistema –como por ejemplo hace CANARIS– un sistema de principios generales de un ordenamiento jurídico (sistema axiológico-teleológico)[15], surge in-

---

argumentación aquí propuesta es un intento de encontrar tales puntos de vista más profundos.

12 Sobre esto cfr. M. KRIELE, *Ibid., p. 86*

13 Habida cuenta de la indeterminación de los cánones se puede dudar de si éstos son reglas. Así, éstos son entendidos por MÜLLER como «designaciones abreviadas para determinadas orientaciones de investigación», y por ROTTLEUTHNER como indicaciones «para preguntar sobre los puntos de vista relevantes» (Fr. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 2.ª ed., Berlín, 1976, p. 30). La cuestión del *status* lógico de los cánones se discutirá más ampliamente adelante, en la p. 235 y s.

14 Cfr. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung, Ibid.,* p. 98.

15 C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembergriff in der Jurisprudenz,* BERLIN, 1969, pp. 46 y ss.

mediatamente la cuestión de cómo pueden obtenerse estos principios, ya que los mismos no se siguen lógicamente de las normas presupuestas. También es problemático el uso de tales principios para fundamentar decisiones jurídicas. "Los principios no rigen sin excepción, y pueden entrar en oposición o contradicción; no contienen una pretensión de exclusividad; sólo despliegan su contenido significativo propio en un juego conjunto de complemento y limitación recíprocos, y necesitan para su realización de concreción a través de principios subordinados y *valoraciones particulares* con contenido material independiente"[16]. El sistema axiológico-teleológico no permite, por sí sólo, una decisión sobre cómo tiene que ser el juego de los principios en un caso concreto y qué valoraciones particulares hay que realizar[17].

Esto no significa que no sea posible una argumentación a partir de un sistema axiológico-teleológico, o de cualquier otro sistema. Los argumentos a partir de sistemas comoquiera que estos se caractericen, juegan, tanto en la praxis judicial como también

16 *Ibid.,* p. 52 y s. (las cursivas son mías). Cfr. También LARENZ, quien habla de que «en cualquier nivel de concreción son necesarias valoraciones adicionales que ha de realizar, primero, el legislador, y sólo después, en el marco del campo de decisión que a él le queda, el juez» (K. LARENZ, *Ibid*., p. 462).

17 Teniendo en cuenta esta situación, WIEACKER indica si no sería recomendable «renunciar quizá al postulado de sistematicidad de un contexto de deducción (relativamente) cerrado» (Fr. WIEACKER, Recensión: C.-W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz,* en: «Rechtstheorie» 1 [1970], p. 112) Además cfr. J. ESSER *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung,* p. 100, quien habla de la «polivalencia de los contenidos valorativos de un principio», y constata: «Los que actúan no son principios, sino el aplicador del Derecho. La relación correcta no se puede 'extraer' del sistema, sin interrogar a los conflictos de intereses».

en la ciencia jurídica, un papel importante[18]. Sin embargo, ello pone de manifiesto que esta argumentación no tiene un carácter concluyente.

1.1. Fundamentaciones jurídicas y valoraciones

Cuando hay supuestos en los que la decisión de un caso singular no se sigue lógicamente ni de las normas presupuestas, ni de enunciados sólidamente fundamentados de un sistema cualquiera (juntamente con enunciados empíricos), ni puede ser fundamentada concluyentemente con ayuda de las reglas de la metodología jurídica, entonces al decisor le queda un campo de acción en el que tiene que elegir entre varias soluciones a partir de normas jurídicas, reglas metodológicas y enunciados de sistemas jurídicos no determinados ulteriormente.

De esta elección de quien decide depende qué enunciado normativo singular es afirmado (por ejemplo, en una investigación de la ciencia jurídica) o es dictado como sentencia. Tal enunciado normativo singular contiene una afirmación o determinación sobre lo que está ordenado, prohibido o permitido a determinadas personas[19] La decisión tomada en cualquier nivel de la fundamentación es, así, una decisión sobre lo que debe o puede ser hecho u omitido. Con ella, una acción o comportamiento de una o varias personas es preferido a otras acciones o comportamientos de estas personas, o bien, un estado de cosas es

---

18 Sobre una serie de ejemplos en los cuales se resalta precisamente este punto, cfr. U. DIEDERICHSEN, *Tropisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz,* «NJW» 19 (1960), p. 698 y ss.

19 No se afirmará aquí que todas las decisiones jurídicas expresan directamente mandatos, prohibiciones o permisiones. Esto no es así, por ejemplo, respecto de los juicios de configuración. Tampoco se defenderá aquí la tesis más débil de que todas las decisiones se pueden reconducir a formas básicas que, como

preferido a otro. En la base de tal acción de preferir está, sin embargo, un enjuiciamiento de la alternativa elegida como mejor en algún sentido y, por tanto, una *valoración*[20] [21]

En casi todos los escritos de metodología se acentúa actualmente que la Jurisprudencia (en los dos sentidos de la expresión) no puede prescindir de tales valoraciones. Así, LARENZ habla del "reconocimiento de que la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que exige en gran medida valoraciones del aplicador"[22]; MÜLLER es de la opinión de que "una Jurisprudencia sin decisiones ni valoraciones… (no sería) ni práctica, ni real"[23]; ESSER constata que "las valoraciones… (tienen) una importancia central en todas las de-

---

expresiones normativas, sólo contienen operadores deónticos básicos como «obligatorio», «prohibido» y «permitido». En este contexto es suficiente con que las decisiones jurídicas impliquen, al menos, mandatos, prohibiciones o permisiones. Sobre esta problemática cfr. Junto a W. N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning,* en: *Id., Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and other Legal Essays,* New Haven, 1923, pp. 23 y ss., sobre todo A. ROSS, *Directives and Norms,* London, 1968, pp. 106 y ss.

20 Sobre los conceptos de «preferir», «elección» y «mejor», cfr. G. H. v. WRIGTH, *The Logia of Preferente,* Edingburgh, 1963, pp. 13 y ss. La expresión «valoración» puede ser utilizada tanto para designar la acción de preferir, como el enjuiciamiento de una alternativa como mejor, o también para referirse a las reglas de preferencia que están en la base de este enjuiciamiento (y por tanto de preferir). Sobre lo último cfr. A. PODLECH, *Wertungen und Werten im Rect.,* «AöR» 95 (1970), pp. 195 y s. Muchos lo usan para designar todo esto y aún más. Ya que no es importante una ulterior precisión, puede ésta omitirse.

21 Sobre esto cfr. Fr. WIEACKER, *Zur Topikdiskussion i der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft,* en: *Xenón. Festschrift für* P. J. *Zepos,* Atenas, 1973, p. 407; «Fuera del núcleo de la ley susceptible de subsunción, y especialmente en la integración del Derecho… todos los problemas de aplicación del Derecho… pueden ser formulados como decisiones entre alternativas valorativas»

22 K. LARENZ, *Ibid.,* p. 150.

23 Fr. MÜLLER, *Juristische Methodik,* p. 134.

cisiones de algún modo problemáticas"[24]; KRIELE llega al resultado de que no se puede "desconocer de ninguna manera el elemento valorativo, normativo-teleológico y político-jurídico, contenido en toda interpretación"[25], y ENGISCH tiene que reconocer que "las leyes mismas, en todas las ramas del Derecho, (están) actualmente construidas de tal manera que los jueces y funcionarios de la administración, no pueden fundamentar sus decisiones a través de la subsunción, porque no se encuentran bajo firmes conceptos jurídicos cuyo contenido se revela con certeza a través de la interpretación; sino que tienen que valorar autónomamente y decidir como colegisladores"[26].

Con estas constataciones, sin embargo, sólo se ha mencionado, mas no resuelto el problema. La cuestión es dónde y en qué medida son necesarias las valoraciones, cómo debe ser determinada la relación de éstas con los métodos de la interpretación jurídica y con los enunciados y conceptos de la dogmática jurídica, y cómo pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas estas valoraciones.

La respuesta a estas cuestiones es de gran importancia teórica y práctica. De ella depende, por lo menos en parte, la decisión sobre el carácter científico de la Jurisprudencia. Ella tiene, además, un gran peso en el problema de la legitimidad de la regulación de los conflictos sociales mediante decisiones judiciales. Esto es así porque cuando a las decisiones de los tribunales subyacen valoraciones (y aunque estas valoraciones no se puedan fundamentar racionalmente), las convicciones normativas tácticamente existentes o bien las decisiones de un grupo profesional[27] constituyen, al

---

24 J. ESSSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung,* p. 9.

25 M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung,* p. 96.

26 K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken,* p. 107.

27 Esto es así por lo menos con respecto a los juzgados ocupados exclusivamente por jueces profesionales.

menos en numerosos casos, la base, no ulteriormente legitimada ni legitimable, de tales regulaciones de conflicto.

Las preguntas: (1) ¿dónde y en qué medida son necesarias las valoraciones?, (2) ¿cómo actúan estas valoraciones en los argumentos calificados como "específicamente jurídicos"?, y (3) ¿son racionalmente fundamentables tales valoraciones?, no pueden ser contestadas de antemano en esta introducción, sino que constituyen el objeto mismo de esta investigación.

Sin embargo, se adoptará posturas de manera breve respecto de alguna de estas cuestiones, a fin de evitar algunos malentendidos que se producen fácilmente.

La tesis de que la Jurisprudencia no puede prescindir de las valoraciones no significa que no haya casos en los cuales no existe ninguna duda sobre cómo se debe decidir, sea por razón de las normas vigentes presupuestas, sea por referencia a enunciados de la dogmática o a precedentes. Puede incluso suponerse que estos casos son considerablemente más numerosos que los dudosos[28]. La claridad de un caso no es, sin embargo, una cosa tan fácil[29]. Quien afirma que una decisión es clara, da a entender que no cabe considerar argumentos que den lugar a dudas serias. Sin embargo, tales argumentos son siempre concebibles. La afirmación de que todos estos contraargumentos son malos o jurídicamente irrelevantes no podría, empero, seguirse concluyentemente, en todos los casos, de las normas presupuestas. Por ello, en relación con tales casos, se podría hablar de que su tratamiento como casos claros encierra una valoración negativa de todos los

28 Cfr. C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz,* p. 147 y nota 58 de la p. 146.

29 Fr. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung,* pp. 212 y ss.

potenciales contraargumentos[30]. Pero con esto se ha tocado un problema en el que no hace falta profundizar aquí.

En la literatura especializada se sugiere a veces que las valoraciones necesarias en las decisiones jurídicas deben considerarse como morales. Así, escribe KRIELE: "Con esto ha caído el último velo: la aplicación del Derecho se orienta hacia consideraciones ético-sociales"[31]. Por otro lado, HART representa la concepción de que el decisor se puede dejar guiar, en lugar de por razones morales, por cualquier otro objetivo social, cualquiera que pueda ser su valor moral[32].

Para resolver este problema, sería necesaria la clasificación de conceptos tales como "consideración ético-social", "razón moral", etc. Tal clarificación puede sin embargo omitirse, ya que aquí

---

30 La idea de tales valoraciones negativas se encuentra por ejemplo en Th. HELLER, quien escribe: «En cada acto de subsunción jurídica se da por lo pronto un juicio de valor, en cuanto que se considera a la ley digna de ser aplicada en la forma recibida» (Th. HELLER, *Logia und Axiologic der analogen Rechtsanwendung,* Berlín, 1961, p. 59). Además cfr. J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung,* p. 175: «en principio, el tenor literal de una norma jurídical solo es 'claro' cuando el resultado obtenido no resulta chocante».

31 M. KRIELE. *Offene und verdeckte Urteilsgründe. Zum Erhältnis von Philosophie und Jurisprudenz heute,* en: *Collegium Philosophicum. Festschrift für J. Ritter,* Basel/ Stuttgar, 1985, p. 112.

32 H. L. A. HART, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral,* pp. 31 y ss. Además cfr. N. HOERSTER, *Grundthesen analytischer Rechtstheorie,* en: «Jahrbuch für Rechtstheorie», 2 (1972), p. 123. Hay que separar claramente la cuestión de si las valoraciones necesarias en las decisiones jurídicas (que no se pueden extraer directamente de la ley) deben ser consideradas como valoraciones morales, de la cuestión de si las decisiones jurídicas en general se pueden diferenciar de las decisiones morales. Lo último se deberá afirmar con firmeza, en relación con el carácter especial de las fundamentaciones jurídicas desplegadas en la teoría del discurso jurídico (sobre esto cfr. W. K. FRANKEANA, *Decisionism and Separatism in Social Philosofy,* en: *Racional Decisión, «Nomos»,* vol. 7 [1964], pp. 18 y ss.)

no se trata de la tesis fuerte de que las valoraciones necesarias se deben considerar siempre como morales, sino sólo del enunciado mucho más débil de que ellas siempre son *relevantes moralmente*.

Esto último no se puede negar, al menos si se admite que: (1) con cualquier decisión jurídica resultan afectados los intereses de, por lo menos, una persona, y (2), la cuestión de si está justificada la limitación de los intereses de una persona también puede plantearse como cuestión moral.

La constatación de que las valoraciones necesarias en muchas decisiones jurídicas son relevantes moralmente no dice todavía mucho, pero es el presupuesto de la tesis, que se fundamentará más adelante, de que el decisor se *debe* orientar en un sentido jurídicamente relevante de acuerdo con valoraciones moralmente correctas.

1.2. Sobre algunos intentos de solución

A partir del hecho de que la Jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones, sería un error deducir que, en la medida que éstas son necesarias, hay un campo libre para las convicciones morales subjetivas del o de los aplicadores del Derecho. Tal conclusión sólo sería necesaria si no existiera en absoluto ninguna posibilidad de objetivar estas valoraciones. Para esto se han propuesto, y en parte se han intentado recorrer, las vías más diferentes. Tres de estas vías merecen especial interés en relación con esta investigación.

En primer lugar, parece plausible la idea de que quien decide se tiene que ajustar a los "valores de la colectividad o de círculos determinados"[33]. Contra esto se pueden plantear, sin embargo una

33 K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken,* p. 124. Cfr. También Ch. PERELMAN, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkei,* en: *Id., Ubre die Gerechtigkei,* Manchen, 1967, p. 144, quien exige que los jueces «ejerzan su mandato de

serie de objeciones. Las valoraciones de la colectividad no se pueden determinar con exactitud en muchos casos. Incluso con la ayuda de los métodos de las ciencias sociales aparecen con frecuencia valoraciones que no son lo suficientemente concretas como para poder servir como fundamento de la decisión. La colectividad debería para esto familiarizarse con todos los casos a decidir. A menudo surgirán además valoraciones diferentes. ¿Cuáles debe seguir en estos casos el decisor? Lo mismo cabe decir para el caso en que uno se rija por las valoraciones de *"círculos determinados"*, entre los cuales están especialmente los juristas o, dentro del círculo de los juristas, los jueces. Tampoco aquí son raras las concepciones diferentes. Quien se rige por las convicciones de círculos determinados tiene, además, que fundamentar por qué deben ser decisivas precisamente las concepciones de las personas pertenecientes a los mismos. Finalmente, hay que plantear la cuestión de si una convicción normativa, sólo por el hecho de que esté extendida, puede servir de fundamento a decisiones jurídicas. Contra esto estaría el hecho de que es posible que las convicciones normativas sólo estén extendidas porque los que las sostienen aún no han tenido ocasión suficiente de someterlas a una comprobación crítica. Sin embargo, esto es válido sólo limitadamente en relación con las convicciones de los juristas que, en el caso ideal, son el resultado de una duradera discusión crítica de tipo institucional.

---

acuerdo con las metas de la colectividad que les ha llamado para estos cometidos». La búsqueda de valoraciones racionales se la quiere él atribuir al filósofo (*Id.,* pp. 146 y ss.). Esto se tratará con más profundidad. Cfr. R. ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre,* 2.ª ed., München, 1974, quien recomienda averiguar primero «qué interpretación o integración se corresponde mejor con las ideas ético-judiciales dominantes en la comunidad» (p. 76). En el caso de que de esta manera no se pueda encontrar ningún resultado indubitable, debe el juez poder seguir «su propio sentimiento jurídico, sus personales ideas sobre lo que es más conveniente» (p. 85).

Por otra parte, se debe constatar que al decisor no le deben ser indiferentes las convicciones de aquellos en cuyo nombre habla, ya que, si decide como juez, su decisión es pronunciada en "nombre del pueblo"[34]. Tampoco podrá prescindir, sin más, de los resultados de un proceso de discusión a lo largo de innumerables generaciones de juristas. De aquí se desprende claramente que la alternativa no puede ser: orientación hacia las propias ideas, o hacia las de aquéllos en cuyo nombre se aplica el Derecho, o bien hacia las de quienes discuten las cuestiones jurídicas desde hace tiempo. Más bien se debe exigir un modelo que, por un lado, permita tener en cuenta las convicciones extendidas y los resultados de las discusiones jurídicas precedentes y, por otro lado, deje espacio a los criterios de lo correcto. La teoría a desarrollar aquí pretende, entre otras cosas, ofrecer tal modelo.

Casi más atractivo todavía que la referencia a las opiniones generalizadas es el recurso al "sistema interno de valoración del ordenamiento jurídico"[35], o al "sentido total del ordenamiento jurídico"[36]. Esto es también tan correcto como insuficiente. Es insuficiente porque algo así como el sistema de valoraciones del ordenamiento jurídico no es ninguna medida fija, que sujete al que ha de decidir a una determinada valoración. Las diferentes normas son cristalizaciones de puntos de vista valorativos completamente diferentes y, a menudo, divergentes. Además, ningún principio está realizado ilimitadamente. A menudo ni siquiera

---

34 Cfr. R. Zippelius, *Ibid.,* p. 21: «La idea democrática supone que en la determinación del modelo social debe participar el mayor número posible, y que el juez, como representante de esta comunidad, debe seguir las ideas en ella reinantes.»

35 Fr. Wieaker, *Zur Topicdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft,* p. 408; en forma parecida *Id., Über unstrenge Verfahren der Rechtsfindung,* en: *Festschrift für W. Weber,* Berlín, 1974, p. 439.

36 K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* p. 420.

está claro qué valoraciones recoge una norma, y esto significa que se debe decidir nuevamente sobre el peso que se debe atribuir a los diferentes puntos de vista valorativos que cabe encontrar.

Por estas razones, la decisión jurídica no puede fundamentarse estrictamente en el sistema de valoraciones del ordenamiento jurídico; sin embargo, no puede tampoco dudarse de que los puntos de vista valorativos formulados en la Constitución o en otras leyes, o expresados en numerosas normas o decisiones, son relevantes para la decisión a tomar. Como en el caso de las convicciones de la colectividad que hay que tener en cuenta, lo importante, también aquí no es tanto el postular la observancia de estos puntos de vista valorativos, como, mucho más, el determinar las formas y reglas según las cuales éstos pueden y deben entrar en la fundamentación de una decisión.

Una tercera posibilidad consistiría en apelar a un orden valorativo objetivo (bien exista independientemente del Derecho, o bien esté recogido en la Constitución o en el conjunto del ordenamiento jurídico) o a enunciados de Derecho natural objetivamente reconocible, como lo han hecho el Tribunal Constitucional[37] y el Tribunal Supremo[38] [39]. Tal intento encierra, sin embargo, como se ha mostrado repetidamente, premisas filosóficas muy discutibles[40]. Cuando se discuta el intuicionismo metaético se dirá todavía algo

---

37 Cfr., por ejemplo, BVerfG E 2, 1 (12); 6, 32 (40 s.): 7, 198 (205); 27, 1 (6); 30, 173 (193).

38 Cfr., por ejemplo, BGHZ E 8, 243 (248); BGHSt E 6, 47 (53).

39 Sobre la mezcla de elementos iusnaturalistas de tintes predominantemente teológico con elementos de la ética de los valores de SCHELER-HARTMANN que está en la base de esta jurisprudencia, cfr. H. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit,* 4.ª ed., Göttingen, 1962, p. 225.

40 Cfr. W. WEISCHEDEL, *Recht und Ethik,* Karlsruhe, 1956; H. WELZEL, *Ibid.,* pp. 226 y ss.; A. PODLECH, *Wertunge und Werte im Recht,* pp. 201 y ss.

fundamental sobre esto. Igualmente importante es la objeción de que, a partir de un orden valorativo existente en algún sentido, difícilmente pueden deducirse los enunciados normativos, relativamente específicos, necesarios para fundamentar la decisión[41].

Por otro lado, se debe reconocer que algunos de los enunciados obtenidos de esta manera, como por ejemplo el de que "la libertad y la igualdad son los valores fundamentales y permanentes de la unidad estatal"[42], aunque extremadamente vagos son, sin embargo, absolutamente aceptables. Lo que falta es una mejor fundamentación y un procedimiento para su precisión.

Las propuestas discutidas hasta ahora para la adjetivización del problema de las valoraciones se pueden agrupar en tres clases diferentes:

(1) basarse en convicciones y consensos fácticamente existentes, así como en normas no jurídicas fácticamente vigentes o seguidas;

(2) referirse a valoraciones que, de alguna manera, pueden ser extraídas del material jurídico existente (incluidas las decisiones anteriores), y

(3) recurrir a principios suprapositivos.

No se ha discutido otra vía:

(4) apelar a conocimientos empíricos [excepto los presupuestos en (1)].

Tales conocimientos empíricos son de gran importancia en las fundamentaciones jurídicas, pero *sólo* de ellos no se puede deducir premisas normativas[43].

---

41 Sobre esto cfr. Fr. WIEACKER, *Gesetz und Richterkunst,* Karlsruhe, 1958, p. 10.

42 BVerfG E 2, 1 (12).

43 Sobre el problema aquí aludido de la derivación del ser del deber cfr. el

Hay algunas razones para que ninguno de los procedimientos (1) a (4), ni tampoco la simple suma de éstos, pueda resolver el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas.

Al menos en las sociedades modernas, hay diferentes concepciones para casi todos los problemas prácticos. Los consensos fácticos son raros, al menos por lo que se refiere a cuestiones prácticas algo concretas. En el conjunto de un ordenamiento jurídico se pueden encontrar siempre valoraciones divergentes que pueden ponerse en relación pero de manera distinta con cada caso concreto. La apelación a la evidencia o a órdenes naturales preexistentes es un procedimiento –desde el punto de vista metódico– extremadamente dudoso. Los principios obtenidos de esta manera son además concretizables de modos diferentes. Finalmente, de los juicios fácticos pueden extraerse diferentes consecuencias normativas.

¿Se debe extraer de aquí la conclusión de que lo decisivo son las valoraciones, no comprobables intersubjetivamente, de quien decide, valoraciones que quizá puedan ser explicadas, pero no justificadas, sociológica o psicológicamente? Esta conclusión sería por lo menos no deseable en cuanto a la legitimación de la creación judicial del Derecho, y en cuanto al carácter científico de la ciencia jurídica (en la medida en que ésta se refiera a cuestiones normativas). Es verdad que esto no es una razón para no extraer esta conclusión, pero es una razón para buscar otros caminos.

---

informe bibliográfico de E. MORSCHER, *Das Sein-sollen-Problem logisch betrachtet. Eine Übersicht uber den gegenwärtigen Stand der Discusión,* en «Conceptus», 8 (1974), pp. 5 y ss.; N. HOERSTER, *Zum problem der Ableitung eines Sollens aus einem Sein in der analystischen moralphilosophie,* en: «ARSP», 55 (1969), pp. 11 y ss.; Fr. v. KUTSCHERA, *Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen,* Freiburg/ München, 1973, pp. 66 y ss., así como *infra,* pp. 65 y 95.

2. LAS IDEAS FUNDAMENTALES DE ESTA INVESTIGACIÓN

Tal búsqueda parece muy rica en posibilidades habida cuenta de los resultados de las modernas discusiones éticas de la filosofía del lenguaje contemporáneo, así como de los de la teoría de la argumentación que se está desarrollando, y que convergen en muchos puntos. La meta de esta investigación es aprovechar para la indagación de los fundamentos jurídicos algunas de las teorías de la discusión crítica desarrolladas en estos campos[44]

La argumentación jurídica se concibe a tal efecto como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso de la discusión científico-jurídico. De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos, en un sentido todavía por precisar. Será conveniente designar tal actividad como "discurso", y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como "discurso práctico". El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general[45].

El discurso jurídico puede ser contemplado de muy distintas maneras. Así, tales perspectivas pueden ser empíricas, analíticas, o normativas.

---

44 DREIER caracteriza la teoría del Derecho actual, sumándose al teórico del Derecho sueco Ivar AGGE, como una «disciplina fronteriza», que tiene la función de comprobar las informaciones de las ciencias vecinas, tanto teórica como prácticamente, en cuanto a su importancia para la ciencia del Derecho en sentido estricto (R. DREIER *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?,* Tübingen, 1975, p. 27.) La presente investigación puede ser considerada como un intento de contribuir a esta tarea.

45 Sobre la fundamentación de esta tesis cfr. *infra*, pp. 291 y ss.

La perspectiva es empírica si en ella se describen o explican, por citar sólo algunos ejemplos, la frecuencia de determinados argumentos[46], la correlación entre determinados grupos de hablantes, situaciones lingüísticas y el uso de determinados argumentos, el efecto de los argumentos, la motivación para el uso de determinados argumentos, o las concepciones dominantes en determinados grupos sobre la validez de los argumentos. Una teoría de este tipo es parte de una teoría del actuar jurídico, especialmente del judicial, a desarrollar con los métodos de las ciencias sociales[47].

La perspectiva es *analítica* si en ella se trata de la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles. Es, finalmente, *normativa* si se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso jurídico.

En la metodología jurídica tradicional se mezclan estas tres perspectivas. Esto no es sin más un defecto, ya que entre ellas existen en realidad muchas relaciones. Así, la perspectiva empírica presupone al menos una clasificación grosso modo de los diferentes argumentos. La normativa exige considerar la estructura lógica de los posibles argumentos. Más problemática es la relación entre la perspectiva normativa y la empírica. ¿Es por ejemplo la concepción dominante en un grupo sobre la validez de un argumento, un criterio para su racionalidad? Aquí sólo pueden plantearse cuestiones de este tipo, que se discutirán en el transcurso de esta investigación.

---

46 Sobre esto cfr., por ejemplo, E. EICHENHOFER, *Frequenzanalytische Untersuchungen juristischer Argumentation,* en: «Rechtstheorie», 5 (1974), pp. 216 y ss.

47 Sobre esto cfr. H. ROTTLEUTHNER, *Richterliches Handeln,* Frankfurt a. M., 1973, pp. 61 y ss.

En el primer plano de las reflexiones a realizar aquí están los criterios para la racionalidad del discurso jurídico. La postura seguida en este trabajo puede denominarse "analítico-normativa", ya que la elaboración de tales criterios incluye un análisis de la estructura lógica de las fundamentaciones. Lo que se pretende desarrollar es una teoría analítica co-normativa del discurso jurídico.

De importancia central para ello es la idea de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Lo que tienen en común los discursos jurídicos con el discurso práctico general consiste en que en ambas formas de discurso se trata de la correlación de enunciados normativos. Se fundamentará que tanto con la afirmación de un enunciado práctico general, como con la afirmación o pronunciamiento de un enunciado jurídico, se plantea una pretensión de corrección[48]. En el discurso jurídico se trata de un caso *especial*, porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras.

Entre éstas, se deben mencionar especialmente la sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como –lo que no concierne, sin embargo, al discurso científico-jurídico– las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal.

La pretensión planteada por un enunciado jurídico se refiere a que éste es racionalmente fundamentable bajo la consideración de estas condiciones limitadoras. Esta pretensión se corresponde con el mandato, recogido en el artículo 20 apartado 3 de la Ley Fundamental, de sujeción de la jurisprudencia a la "ley y al Dere-

48 Sobre esto cfr, *infra*, pp. 293 y ss.

cho". La cuestión es: qué significa "racionalmente fundamentable bajo la consideración de estas condiciones limitadoras".

Para responder a esta pregunta es conveniente investigar, en primer lugar, qué puede significar el que un enunciado normativo sea racionalmente fundamentable.

A tal efecto, en este trabajo se discutirán a fondo una serie de teorías sobre el tema. Se trata de las teorías, en el campo de la ética analítica, de STEVENSON, HARE; TOULMIN y BAIER, de la teoría consensual de la verdad de HABERMAS, de la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen, así como de la teoría de la argumentación de PERELMAN. Los resultados de estas discusiones se resumirán en una teoría general del discurso práctico racional. El núcleo de esta teoría lo forman cinco grupos de un total de veintidós reglas, explícitamente formuladas, así como una tabla de seis formas de argumentos[49]. La formulación explícita de estas reglas y formas puede parecer pedante, superflua, o incluso inadecuada. Su objetivo quizá más importante consiste en hacer aparecer más claramente sus defectos. Tales defectos pueden referirse tanto al contenido de las reglas, a lo incompleto de su enumeración, al carácter superfluo de algunas reglas y formas, y también a la insuficiente precisión de su formulación. En el caso de que tales defectos no vuelvan absolutamente carente de sentido las reglas y formas formuladas, éstas representan algo así como un código de la razón práctica.

La utilidad de estas reglas y formas no debe ser ni sobrevalorada ni infravalorada. No se trata de axiomas de los que se

49 Sobre esto cfr. *infra*, pp. 262 y ss. Sobre el concepto de forma de argumento cfr. *infra*. p. 102 y s. Sobre la diferencia entre reglas y formas cfr. *infra*. p. 261, nota 29.

puedan deducir determinados enunciados normativos, sino de un grupo de reglas y formas, con status lógico completamente diferente, y cuya adopción debe ser suficiente para que el resultado fundamentado en la argumentación pueda plantear la pretensión de corrección. Estas reglas no determinan, de ninguna manera, el resultado de la argumentación en todos los casos, sino que excluyen de la clase de los enunciados normativos posibles algunos (como discursivamente imposibles), y, por ello, imponen los opuestos a éstos (como discursivamente necesarios). En relación con numerosos enunciados normativos ocurre que, si se parte sólo de estas reglas, tanto tales enunciados como sus negaciones son compatibles con las reglas del discurso (son, por tanto, enunciados discursivamente posibles). Esto se explica porque las reglas del discurso práctico racional no prescriben de qué premisas deben partir los participantes en el discurso. El punto de partida del discurso lo forman en un comienzo las convicciones normativas, deseos e interpretaciones de necesidades dadas (es decir, existentes fácticamente), así como las informaciones empíricas de los participantes. Las reglas del discurso indican cómo se puede llegar a enunciados normativos fundamentados a partir de este punto de partida, pero sin determinar completamente cada paso para ello. Puesto que son posibles, como punto de partida, convicciones normativas, deseos e interpretaciones de necesidades completamente diferentes, y puesto que no está determinado por lo menos cómo se cambian las interpretaciones de necesidades, cómo deben ser modificadas las convicciones normativas y cómo se deben limitar los deseos, hay que concluir que son posibles diferentes resultados.

Se podría decir que las reglas del discurso definen un proceso de decisión en el que no está determinado qué debe tomarse como base de la decisión, y en el que no todos los pasos están prescritos. Esto es, por una parte, un defecto, y, por otra, una ven-

taja. El defecto es evidente. La ventaja consiste en que la base de la decisión y una serie de pasos concretos de ésta no son determinados por cualquier teórico de la decisión, que a su vez tendría que partir de sus propias concepciones, sino que queda encomendada al afectado. Se puede considerar como tarea de la teoría del discurso, precisamente el proponer reglas que, por una parte, sean tan débiles, es decir, que tengan tan poco contenido normativo que personas con concepciones normativas totalmente diferentes pudieran estar de acuerdo con ellas, pero que, por otra parte, sean tan fuertes que una discusión realizada de acuerdo con las mismas pueda ser calificada como "racional".

La indicada debilidad de las reglas del discurso resulta todavía reforzada por el hecho de que algunas de estas reglas están formuladas de tal manera que sólo pueden ser cumplidas de manera aproximada. Todo esto, sin embargo, no priva de sentido a tales reglas. Es verdad que no pueden producir ninguna certeza definitiva en el ámbito de lo discursivamente posible, pero son de enorme importancia como explicación de la pretensión de corrección, como criterio de la corrección de enunciados normativos, como instrumento de crítica de fundamentaciones no racionales, y también como precisión de un ideal al que se aspira.

Sólo esto acredita ya a la teoría del discurso como una empresa interesante para la teoría del Derecho. Una norma, o un mandato singular, que satisfagan los criterios determinados por las reglas del discurso, pueden ser calificados de "justos". La teoría del discurso es, por tanto, una de las varias formas que probablemente son posibles de análisis de este concepto tan central para la Jurisprudencia.

Ya se mencionó que el discurso jurídico se diferencia del discurso práctico general en que su libertad está limitada, en pocas palabras, por la ley, el precedente, la dogmática, y –en el caso del proceso–, por las leyes procedimentales.

La amplia zona de lo meramente posible discursivamente, la provisionalidad de cualquier resultado, así como la necesidad de decidir en tiempo limitado numerosas cuestiones prácticas, hacen aparecer estas limitaciones no sólo como aceptables, sino también como razonables y necesarias. Se puede suponer que los participantes en una deliberación racional que tenga por objeto los límites del discurso práctico general se decidirán tanto por la introducción de procedimientos para la obtención de reglas jurídico-positivas, como también de procedimientos para la elaboración científica y para la aplicación de estas reglas jurídicas (es decir, por la institucionalización del discurso científico-jurídico), y de alguna forma (no necesariamente la actualmente practicada) de discurso judicial. La introducción de reglas jurídico-positivas, su aplicación en forma judicial, así como su imposición coactiva, tiene, no en último lugar, la tarea de asegurar la posibilidad de discursos prácticos generales.

Con esto que se dice, de que el discurso jurídico tiene lugar bajo condiciones delimitadoras, no se ha dicho todavía cómo tiene que producirse esta delimitación. Para ello, es preciso determinar más exactamente las reglas según las cuales se tienen que considerar las condiciones delimitadoras, y las formas de argumentos que pueden ser tomadas como referencia.

Las reglas y formas que rigen para todos los tipos de discurso jurídico se pueden distinguir de las que son importantes sólo en determinadas formas de discurso. En esta investigación sólo pueden ser discutidas algunas de tales reglas y formas generales.

Un problema especialmente importante a discutir aquí es la cuestión de la relación de la argumentación jurídica con la argumentación práctica general. La tesis del caso especial puede significar al menos tres cosas diferentes.

En su primera significación afirma que el propio proceso de fundamentación o reflexión tiene que realizarse según los cri-

terios del discurso práctico general (y, en casos afortunados, así sucede), y que la fundamentación jurídica sólo sirve para la legitimación secundaria del resultado obtenido de esta manera. Esta tesis puede llamarse *"tesis de la secundariedad"*. Según ella, el discurso jurídico, en todos los casos en los que la solución no puede extraerse concluyentemente de la ley, no sería otra cosa que un discurso práctico general con una fachada jurídica[50].

Al que rechaza la tesis de la secundariedad se le plantean dos posibilidades. Puede afirmar que la argumentación jurídica llega hasta un determinado punto en el que ya no son posibles otros argumentos específicamente jurídicos, y que aquí tiene que entrar en juego la argumentación práctica general. Esta afirmación puede ser denominada *"tesis de la adición"*. Pero puede también ser de la opinión de que el uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse, en todos los niveles, con el de los argumentos prácticos generales. Esta concepción, que puede ser caracterizada con la expresión *"tesis de la integración",* será la que se adoptará aquí.

Sin embargo, con la afirmación de la tesis de la integración no se ha ganado mucho todavía. Queda la cuestión de cómo debe lograrse la conexión por ella exigida o, en palabras de ESSER, cómo se debe determinar la relación del "control de corrección", con el

---

50 MÜLLER ha afirmado que KRIELE defiende esta tesis (Fr. *MÜLLER, Juristische Methodik*, pp. 93 y ss., 196 y s.). Hay expresiones de KRIELE que pueden ser entendidas de esta manera (cfr., por ejemplo, M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*. p. 218). El habla también, sin embargo, del «valor propio» de las fundamentaciones jurídicas. que pueden «influir en el resultado, al menos en sus variantes» (*Ibid*., p. 220). Recientemente, KRIELE se dirige expresamente contra la interpretación de MÜLLER (*Id*., *Nachwort zur zweiten Auflage der Theorie der Rechtgewinnung*, p. 319 y s.).

"'control de concordancia' en cuanto a la compatibilidad de la solución con el sistema jurídico positivo, habida cuenta de otras soluciones legislativas y del elemento dogmático"[51]. Tal determinación es lo que se intentará en la teoría de la argumentación jurídica aquí presentada.

3. SOBRE LA DELIMITACIÓN DE LA TÓPICA

Quien propone una teoría de la argumentación jurídica se ve en seguida identificado con la tópica jurídica, que ha jugado un papel tan importante en la discusión metodológica de los últimos veinte años. Tal identificación podría conducir a que las objeciones a esgrimir contra la tópica sean traspasadas, sin ulterior examen, a la teoría aquí propuesta. Para prevenir esto, se debe entrar brevemente en la cuestión de cómo se relaciona la teoría aquí desarrollada con la tesis de VIEHWEG[52] de que la Jurisprudencia debe entenderse como tópica.

Para contestar a esta pregunta es necesario saber qué se debe entender por tópica[53]. Siguiendo a OTTE[54], puede entenderse por "tópica" tres cosas diferentes: (1) una técnica de búsqueda de premisas, (2) una teoría sobre la naturaleza de las premisas y (3) una teoría del uso de estas premisas en la fundamentación jurídica.

---

51 J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*,. p. 19

52 Th. VIEHWEG, *Topik und lurisprudenz,* 5ª ed., München, 1974 (I.ª cd., München, 1953).

53 Sobre esto, entre la amplia literatura sobre la tópica, cfr, M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung,* pp. 114-153; G. OTTE, *Zwanzig Johre Topik-Diskussion: Ertrag und Apufgahen*, en: Xenion. Festschrift f. P. J. Zepos, Atenas, 1973, pp. 391 y ss.; A. BOKELOH, Der Beitrag der Topik zur Rechtsgewinnung, tesis doctoral, Göttingen, 1973.

54 G. OTTE, *Zwanzig Jahre Topik-Diskussion*, p. 184.

Como técnica de búsqueda de premisas, la tópica propone la búsqueda de todos los puntos de vista que se puedan tener en cuenta. Aquí pueden ser de gran ayuda los catálogos de topoi[55]. STRUCK ha reunido, quizá con finalidad crítica, un catálogo de sesenta y cuatro topoi. En él se encuentran cosas tan heterogéneas como "lex posterior derogat legi priori"[56], "lo inaceptable no puede ser exigido"[57], y "propósito"[58]. Incluso el valor heurístico de esta yuxtaposición puede ponerse en duda[59]. En cualquier caso, no se pretende nada parecido en esta investigación.

La concepción de la tópica como una teoría sobre la naturaleza de las premisas es más interesante. Quien argumenta tópicamente no parte, por un lado, de enunciados demostrados como verdaderos, pero, por otro lado, tampoco parte de enunciados arbitrariamente establecidos, sino de *Ενδοξα*, es decir, de enunciados verosímiles, plausibles, generalmente aceptados, o probables[61]. Esto es, en parte, correcto, pero se presta a malenten-

Ενδοξα

55 Th. VIEHWEG, *Ibid*., p. 35.

56 G. STRUCK, *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt a. M., 1971, p. 20.

57 *Ibid*., p. 33.

58 *Ibid*., p. 34.

59 Sobre esto cfr. G. OTTE, *lbid*., p. 187.

60 Cfr. ARISTÓTELES, *Topik,* 100 b.

61 Las traducciones de oscilan. ROLFES usa la expresión «probable» (ARISTÓTELES. *Topik*, traducción de E. ROLFES, Hamburg, 1922, p. 1), VIEHWEG; prefiere frente a esto «plausible» (*lbid*., p. 21), KRIELE considera muy adecuadas las traducciones al inglés como «generally accepted opinions» (M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung,* p. 135), Y WIEACKER considera «probable» como una propuesta libre pero adecuada (Fr. WIEACKER, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik,* en: *Hermeneutik und Dialektik. Festschrift für* H.-G. *Gadamer*, vol 2, Tübingen, 1970, p. 328, nota 46.

didos, es demasiado general y es, en parte, falso. Es demasiado general, porque no se diferencia suficientemente entre las diferentes premisas que se utilizan en las fundamentaciones jurídicas. La frase de STRUCK "la ley es un topos entre otros, sólo que mucho más importante"[62], no se ajusta al papel de las normas jurídicas presupuestas como vigentes en el discurso jurídico[63]. En esta debilidad radica la impotencia de la tópica para dar cuenta del encuadre de la argumentación jurídica tanto dentro de la dogmática jurídica institucionalmente elaborada[64], como también en el contexto de los precedentes[65]. Una teoría adecuada de la argumentación jurídica tiene, sin embargo, que incluir una teoría tanto de la dogmática jurídica, como también de la valoración del precedente.

Junto a la falta de importancia de la ley, de la dogmática, y del precedente, es ante todo problemática la orientación de la tópica hacia la estructura superficial de los argumentos standard. El catálogo

---

62 G. STRUCK. *Ibid*., p. 7.

63 Sobre este punto crítico cfr, C.-W. CANARIS, *Systemdenken und Systembergriff in der Jurisprudenz,* pp. 142 y ss.; U. DIEDERICHSEN, *Tropisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz,* en «NJW» 19 (1960), p. 702.

64 Sobre esto cfr. sobre todo U. DIEDERICHSEN, *Ibid.,* pp. 698 y ss.

65 Este problema no es resuelto por la idea mencionada por VIEHWEG de un sistema tópico. Un sistema tópico, tal como lo entiende VIEHWEG, puede ser definido mediante cuatro características: (1) orientación al problema, (2) ordenación de los topoi correspondientes a los problemas, (3) movimiento constante a través de (4) una argumentación racional (Th. VIEHWEG, *Some Consideratons Concerning Legal Reasoning*, en: *Law Reason and Justice*, ed. de G. Hughes, New York/ London, 1969, p. 268; en forma parecida, *Id., Sistemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtforschung*, en: *System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation*, ed. de A. Diemer, Meisenheim am Glan, 1968. p. 104). La introducción de un concepto de sistema tópico definido de esta manera no es otra cosa que la introducción de un nuevo nombre para lo que antes se llamaba simplemente «tópica».

de topoi elaborado por STRUCK es, en este sentido, típico. Con fórmulas como "propósito" y "lo inaceptable no puede ser exigido" se puede hacer muy poco, donde lo que cuenta es el análisis lógico de tales argumentos. Sólo de esta manera pueden éstos ser entendidos como estructuras compuestas de enunciados diversos, pero especialmente también de enunciados normativos, que han de ser el objeto característico de la discusión, si ésta ha de ser racional[66].

Pero si se penetra en la estructura profunda del uso de topoi tales como "lo insoportable no es de derecho"[67], que en una formulación general pueden contarse plausiblemente entre los "que parecen verdaderos a todos, o a la mayoría, o bien a los sabios, y de entre los sabios a su vez, a todos, a la mayoría, o bien a los más conocidos y prestigiosos"[68], entonces se encuentran enunciados normativos más especiales a los que, en ningún caso, son aplicables sin más estos criterios. Pero lo importante son estos enunciados, ya que con un enunciado, como "lo insoportable no es de derecho" no se puede hacer nada, por lo menos cuando surge una disputa sobre qué es insoportable. Dirimir esta disputa con otras formulaciones de este nivel de generalidad significa dejar a un lado el problema.

Finalmente, la teoría esbozada por la tópica sobre el uso de premisas en la fundamentación de juicios singulares resulta problemática. La regla aquí vigente de considerar todos los puntos de vista[69] no dice nada sobre qué punto de vista debe prevalecer, y ni siquiera determina cuáles son los puntos de vista a considerar.

---

66 Sobre la exigencia de «otorgar preferencia a valoraciones abiertas frente a fundamentaciones tópicas», cfr. Fr. WIEACKER, *Zur Topikdiskussion i der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft,* p. 409.

67 STRUCK, *Ibid*., p. 33.

68 ARISTÓTELES, *Topik,* 100 b.

69 Cfr. G. STRUCK, *Ibid*., p. 7.

En este sentido, es totalmente consecuente la constatación de VIEHWEG de que "la discusión queda, obviamente, como la única instancia de control"[70]; pero ¿qué significa "instancia de control"? ¿Debe suponer cualquier consenso fácticamente alcanzado la garantía de la corrección? Esto no puede ser así por el simple hecho de que en una ulterior discusión puede resultar el carácter defectuoso de un consenso anterior. Habría que exigir, por lo menos, que en tales discusiones se respeten determinadas reglas que las caractericen como racionales. STRUCK indica algunas de tales reglas[71]. Pero estas reglas no son suficientes, porque no contienen nada sobre el papel de la ley, la dogmática y el precedente.

Quizá el cuadro de la tópica aquí dibujado sea demasiado negativo. Pese a todo, se podría decir que esta investigación asume, en cierto sentido, las intenciones de la tópica jurídica[72]. Precisamente por esto es necesario descubrir sus carencias con toda precisión. Una teoría de la argumentación jurídica se podrá medir por el rasero de si puede evitar estos defectos, y en qué medida puede hacerlo. Estos defectos consisten, por repetirlo una vez más, en la infravaloración de la importancia de la ley, de la dogmática

---

70 Th. VIEHWEG, *Ibid*., p. 43.

71 G. STRUCK, *Ibid*., p. 99 y ss.

72 Esto es así especialmente respecto a la propuesta realizada por VIEHWEG de una tópica formal. El objeto de tal tópica formal lo sería las reglas de la pragmática del lenguaje. Por «pragmática» entiende VIEHWEG, en conexión con la conocida diferenciación de MORRIS, la teoría de la relación entre signos, hablante y situación (cfr. Ch. W. MORRIS, *Foundations of the Theory of Signs*, en: *International Encyclopedua of Unified Science*, vol. I, n. 2, pp. 1 y ss., Chicago, 1938). VIEHWEG remite sobre esto a las modernas investigaciones lógicas sobre filosofía del lenguaje y sobre filosofía moral (Th. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5.ª ed., pp. 111 y ss.). Esta indicación es aceptada en esta investigación.

jurídica, y del precedente, en la insuficiente penetración en la estructura profunda de los argumentos, así como en la insuficiente precisión del concepto de discusión.

Sin embargo, debe mantenerse la tesis de la tópica de que incluso donde no son posibles fundamentaciones concluyentes, el campo no debe quedar abandonado a la decisión irracional, así como la idea de que el concepto de fundamentación racional está estrechamente entrelazado con el de discusión racional.

4. SOBRE LA VALORACIÓN DE LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA RACIONAL EN LA DISCUSIÓN METODOLÓGICA ACTUAL

La teoría de la argumentación jurídica aquí propuesta puede ser entendida como la continuación de una serie de referencias que se pueden encontrar en la literatura sobre metodología jurídica. No es sólo VIEHWEG quien considera necesaria la elaboración de una "teoría retórica de la argumentación contemporánea ampliamente desarrollada"[73]. HASSEMER habla de que una teoría de la argumentación jurídica pertenece "a los desiderata más urgentes de la ciencia jurídica"[74]. ROTTLEUTHNER considera que "la ciencia jurídica como disciplina normativa... se (tiene que entender) como teoría de la argumentación"[75]. RÖDIG indica que "sólo en base al arte de extraer conclusiones lógicamente correctas... no (puede) el juez fallar en un juicio".

---

73 Th. VIEHWEG, *Ibid*., p. 111.

74 W, HASSEMER, *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, en: «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 2 (1972), p. 467.

75 H. Rottleuthener, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaf*, Frankfurt a. M., 1973, p. 188.

"Este debe, por eso, poder argumentar racionalmente también en zonas en las que no se dan los presupuestos de la demostración lógica. Es claro que tales zonas existen, pero mucho menos claro es el método de argumentar 'racionalmente'" en ellas[76].

También algunas consideraciones del Tribunal Constitucional Federal, en una reciente decisión, hacen aparecer como deseable una clarificación de lo que se pueda entender por "argumentación racional". El Tribunal constata, primero, que en consideración al artículo 20 apartado 3 de la Ley Fundamental "el Derecho... no (se) identifica con el conjunto de las leyes escritas". El juez no está, por tanto, "constreñido por la Ley Fundamental a aplicar al caso concreto las indicaciones del legislador dentro de los límites del sentido literal posible". La tarea de la aplicación del Derecho puede "exigir, en especial, poner de manifiesto y realizar en decisiones mediante un acto de conocimiento valorativo en el que tampoco faltan elementos volitivos, valoraciones que son inmanentes al orden jurídico constitucional, pero que no han llegado a ser expresadas en los textos de las leyes escritas, o lo han sido solo incompletamente.El juez debe actuar aquí sin arbitrariedad; su decisión debe descansar en una *argumentación racional*. Debe haber quedado claro que la ley escrita no cumple su función de resolver justamente un problema jurídico. La decisión judicial llena entonces esta laguna, según los criterios de la *razón práctica* y las 'concepciones generales de justicia consolidadas en la colectividad'"[77].

Estas consideraciones del Tribunal Constitucional Federal pueden dar que pensar por razones jurídico-constitucionales. Bajo el aspecto teórico jurídico surge la pregunta de qué se puede en-

76 J. Rödig, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens,* Berlin/Heidelberg/ New York, 1973, p. 116.

77 BVerfG E 34, 269 (287); cursivas mías.

tender por "argumentación racional" y "razón práctica". Esta cuestión es la que se analizará aquí. Sin embargo, la respuesta a esta pregunta es también importante para la problemática jurídico-constitucional.

Si resulta que no existe algo así como una argumentación racional, o que su utilidad es muy pequeña, se intentará más bien limitar el alcance de la competencia judicial.

Especialmente ESSER y KRIELE afirman que es posible algo así como una argumentación racional relevante jurídicamente.

En su libro *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, ESSER trata de mostrar "que, en realidad, se da tal *racionalidad del argumentar* fuera del sistema dogmático y sus 'métodos', en tanto *la producción de un consenso sobre la racionalidad de una solución* en el marco de las alternativas legalmente dadas constituye el auténtico proceso de convicción sobre el 'Derecho'"[78]. Pero ESSER no analiza propiamente ni el concepto de argumentación racional ni el de consenso, por lo que subsisten algunos puntos oscuros. No queda clara, en especial, la relación de la argumentación práctica general, que corresponde a lo que él designa como "control de corrección", con la argumentación jurídica específica del "control de coherencia"[79]. También quedan abiertas algunas cuestiones en relación con el concepto de consenso. Algunas manifestaciones de ESSER permiten suponer que él entiende por tal el consenso fáctico. En este sentido habla de la "corrección social, para la cual el consenso es el único indicio verificable"[80]. Por otra parte, habla de una "anticipación a una idea colectiva que hay

78 J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung.* p. 9.

79 Cfr. *Ibid*., p. 19.

80 *Ibid*., p. 28; además cfr. pp. 132 y 165.

que producir o afianzar"[81], y de "interlocutores que responden a argumentos racionalmente comprensibles"[82]. Sobre esto hay que hacer una aclaración más amplia.

Para KRIELE, el concepto de razón es uno de los conceptos centrales de la ciencia jurídica; "las referencias a lo racional dominan el Derecho de punta a cabo"[83]. En la argumentación racional que KRIELE considera posible y necesaria juega un papel decisivo la consideración de las consecuencias de las máximas que fundamentan la sentencia. Estas consecuencias deben ser valoradas según el punto de vista del *interés general* o, en el caso de *intereses enfrentados*, según el del *interés fundamental*[84]. Esta fórmula no es ningún criterio utilizable directamente. Su uso presupone la respuesta a la pregunta de a qué corresponde el interés general, o qué debe considerarse como interés fundamental[85]. A tal efecto, es preciso indicar criterios o reglas más precisos. El mismo KRIELE, indica el camino para encontrarlos al proponer un intercambio plural más intenso entre la ética contemporánea y la teoría del Derecho[86]. Para esto, se refiere expresamente a las teorías de la escuela de Erlangen, de HABERMAS, y de PERELMAN, a los resultados de la moderna filosofía del lenguaje, así como a los nuevos trabajos sobre el principio de generalizabilidad. La incardinación de estos postulados en la discusión fundamental teórico jurídica constituye el objeto de esta investigación.

---

81 *Ibid*., p. 23.

82 *Ibid*., p. 25.

83 M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 227.

84 *Ibid*., pp. 198 y 314.

85 Sobre esto cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* p. 146.

86 M. KRIELE, posfacio a la 2.ª ed. de *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 343 y ss.

También hay, desde luego, autores que piensan que un camino como el emprendido en este trabajo no puede alcanzar su objetivo. Aquí hay que mencionar, ante todo, a LUHMANN: "En la medida en que esté justificada la posición de VIEHWEG, PERELMAN, KRIELE, HABERMAS y otros de rechazar como construcción equivocada de la teoría de la ciencia la tesis de la existencia de un abismo, presuntamente infranqueable, entre la lógica racional y la decisión valorativa irracional, hay en la zona de lo meramente experimental formas racionales de clarificación discursivas, de posiciones valorativas aceptables o inaceptables. En las condiciones actuales de un mundo muy rico en posibilidades, no se puede sostener ya el presupuesto fundamental de la filosofía práctica, de que en el argumentar sobre lo que hoy se llaman valores cabría aproximarse más al actuar; la forma de selección de la experiencia se diferencia para esto demasiado fuertemente de la del actuar"[87]. La advocación del "mito de la razón"[88] es inadecuada habida cuenta de la complejidad de las sociedades modernas. Así, por lo que se refiere a la legitimidad de las decisiones, lo importante "no son tanto las convicciones motivadas sino, mucho más, una... aceptación libre de motivación, independiente de las peculariedades de las personalidades individuales"[89].

No es posible discutir aquí la teoría de LUHMANN. En la discusión de las concepciones de HABERMAS se entrará limitadamente en ella. Entonces se mostrará que la posición de la teoría de sistemas es compatible, en un cierto sentido, con la aquí pre-

---

87 N. LUHMANN, *Gerechtigkeit in der Rechtssystemen der modernen Gesellschaft,* en: «Rechtstheorie», 4 (1973), p. 144, nota 33.

88 *Id., Die Systemreferenz von Gerechtigkeit. In Erwiderung auf die Ausführungen von Ralf Dreier*, en: «Rechtstheorie», 5 (1974), p, 203.

89 *Id*., *Legitimation durch Verfahren,* 2.ª, ed., Darmstadt/ Neuwied, 1975, p. 32.

sentada. Por ello, no se puede considerar esta investigación como un ataque directo contra la posición de LUHMANN. En el caso de que la teoría aquí elaborada sea sostenible, ello tendría como resultado, ciertamente, un importante argumento contra la pretensión de totalidad de la teoría de sistemas.

La investigación que sigue se articula en tres partes. La primera parte está dedicada a la discusión a fondo de las teorías de STEVENSON, HARE, TOULMIN, BAIER, HABERMAS, LORENZEN y SCHEWEMMER, y PERELMAN. Los resultados de estas discusiones son resumidos, en una segunda parte, en una teoría general del discurso práctico racional. En la tercera parte, se esbozan sobre esta base las líneas fundamentales de una teoría del discurso jurídico racional.

De ello resultará con claridad qué es lo que queda todavía por hacer. Ante todo, son necesarios estudios analíticos sobre la estructura argumental de las diferentes decisiones[90] y de las discusiones científicas, sobre las reglas seguidas y formas de argumentos usados[91] en las diversas áreas jurídicas, sobre la estructura de la argumentación de cadenas de decisiones[92]; así como sobre la estructura de la argumentación en el proceso[93]. Estas investigaciones analíticas se deberán completar con investigaciones empíricas sobre la acción de tomar una decisión jurídica.

---

90 Sobre tal análisis cfr. K. LÜDERSSEN, *Erfahrung als Rechtsquelle,* Frankfurt a. M., 1972, pp. 109 y ss.

91 Sobre esto cfr. E. V. SAVIGNY/T. RAHLF/ U. NEUMANN, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie,* München, 1976.

92 Sobre esto cfr. M. DIESSELHORST, *Die Natur der Sache als aussergesetzliche Rechtsquelle, verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie.* Tübingen, 1968, pp. 50 y ss.

93 Sobre los conceptos de «estructura de argumento», «forma de argumento» y «estructura de la argumentación», cfr. *infra*, p. 140 y s.

El que aquí no se haga todo esto puede ser considerado un defecto. Sin embargo, todo no se puede hacer de una vez. Sería suficiente con que las investigaciones aquí realizadas pudieran ser una contribución para la fundación de una teoría de la argumentación jurídica racional, de una teoría de la cual se pudiera esperar que un día esté tan firmemente fundamentada y tan ampliamente elaborada que no sólo pueda arrojar luz sobre el carácter de la ciencia jurídica como disciplina normativa, sino que pueda servir también al jurista práctico de apoyo en su actividad.

A. SOBRE ALGUNAS TEORÍAS DEL DISCURSO PRÁCTICO

I. EL DISCURSO PRÁCTICO EN LA ÉTICA ANALÍTICA

Para saber si y cómo pueden ser fundamentados los enunciados, proposiciones u oraciones[1] normativas se debe saber primero qué son enunciados, proposiciones u oraciones normativas. Una teoría sobre la fundamentación de los mismos presupone, pues, una teoría del lenguaje normativo[2].

---

1 Estos tres conceptos pueden determinarse provisionalmente de la siguiente manera: Un enunciado es una determinada secuencia de signos, por ejemplo sonoros o escritos; una oración, el uso de un enunciado en una determinada situación; y una proposición, lo que se dice con un enunciado, su significado. Estos conceptos se aclararán en lo que sigue. Se fundamentará especialmente por qué tiene sentido hablar de «proposiciones normativas». Donde no importen las diferencias, en adelante se usará indistintamente «proposición» o «enunciado».

2 Cfr., por ejemplo, J. O. URSOM, *The Emotive Theory of Etics*, London, 1968, p. 9: «But as soon as we raise the cuestion how a certain type of assertion, the moral, the mathematical or the aestetic, for example, can be reasonable arrived at or defended, it is clearly necessary to determine the general character

El análisis del lenguaje normativo, en especial del lenguaje de la moral, ha sido en las últimas décadas objeto de numerosas investigaciones en el marco de la filosofía analítica. Se ha formado así una disciplina propia llamada «metaética». Puesto que la teoría del lenguaje normativo constituye la base de la teoría de la fundamentación de enunciados, proposiciones, etc., normativos, se discutirán aquí en primer lugar las diferentes teorías metaéticas. Tal discusión es necesaria, ante todo, porque hay una serie de teorías metaéticas que no son compatibles con la teoría del discurso racional propuesta en esta investigación.

El modelo más simple de un discurso práctico consiste en una discusión entre dos personas sobre si «a» debe ser hecho o sobre si «a» es bueno. Hay dos posibilidades para que éstas puedan llegar a un acuerdo. La primera consiste en que el uno demuestre, justifique, fundamente, etc., ante el otro que su afirmación es verdadera. La segunda consiste en conseguir el acuerdo del otro de alguna otra manera. Los medios para ello son grandes; así, se puede utilizar cualquier método de persuasión, de influencia psíquica o de propaganda. En el primer caso se trata de la *justificación* de una convicción moral[3]. En el segundo caso ésta puede, en el mejor de

---

of such assertions, to make explicit what sort of claims in what sort of field they make.»

3 Entre los conceptos de justificación y fundamentación de una convicción, aserción, proposición, etc., existen algunas diferencias, pero también importantes coincidencias. El concepto de justificación es, por una parte, más amplio que el de fundamentación. Así, se puede hablar de justificación de una oración tanto si el hablante concede que aunque no esté fundamentada es, sin embargo, necesaria para evitar males, como también si la misma está fundamentada. Por otra parte, el concepto de justificación es más estrecho. De una justificación se hablará sobre todo cuando se ofrecen razones frente a una objeción o una duda. Sin embargo, en muchos contextos se pueden usar am-

los casos, ser explicada psicológicamente. La cuestión que se discutirá en lo que sigue es: ¿Es posible la justificación de convicciones morales, y, en caso de que lo sea, cómo es posible?

1. Naturalismo e intuicionismo

Hay dos posiciones metaéticas según las cuales se puede contestar positivamente a esta pregunta de un modo simple e indubitable: el naturalismo y el intuicionismo. Una teoría del discurso práctico racional como la aquí defendida es superflua si se puede sostener alguna de estas dos teorías.

1.1. El naturalismo

Aquí se designan como «naturalistas», siguiendo a MOORE, aquellas teorías en las que se parte de que las expresiones normativas como «bueno» y «debido» pueden ser definidas a través de expresiones descriptivas[4]. Si esto es posible, las expresiones normativas contenidas en enunciados normativos pueden ser sustituidas

---

bas expresiones. Por ello, en adelante se usarán en gran medida como sinónimos.

4 Cfr. G. E. MOORE, *Principia Ethica,* Cambridge, 1903, p. 40: «I have thus appropriated the name naturalism to a particular method of approaching Ethics... This method consist in substituting for «good» some one property of a natural object or a collection of natural objects; and in this replacing Ethics by some one of the natural sciences.» El naturalismo, que se consideró como superado durante mucho tiempo, ha encontrado de nuevo seguidores en época reciente. Cfr. por ejemplo G. 1. WARNOCK, *Contemporary Moral Philosophy*, London/ Basingstoke. 1967, pp. 62-77; Ph. FOOT, *Moral Arguments*, en: «Mind», 67 (1958), pp. 502-513; *Id, Moral Beliefs,* en: *Theories of Ethics,* ed. de Ph. FOOT, Oxford, 1967, pp. 83-l00. Las concepciones de estos autores designados como «neonaturalistas» son considerablemente más diferenciadas de lo que lo es la tesis indicada arriba. A ellos se volverá en la discusión de las nuevas teorías éticas.

por expresiones descriptivas. Cada enunciado normativo llegaría así a ser un enunciado descriptivo y, como tal, sería comprobable según el procedimiento de las ciencias naturales y de las ciencias sociales de carácter empírico. La tarea de la ética se limitaría a la traducción de expresiones normativas en descriptivas. La vieja disputa de la derivación del deber a partir del ser estaría además decidida en sentido positivo, puesto que los enunciados normativos serían equivalentes a los descriptivos.

1.1.1. El ataque de MOORE a esta tesis (defendida de forma explícita sólo muy raramente) al comienzo del siglo supuso la iniciación del desarrollo de la metaética. MOORE reprocha al naturalismo una falacia, «la falacia naturalista» *(naturalistic fallacy)*[5], y fundamenta este reproche principalmente con su famoso argumento de la cuestión abierta (*open-question argument*)[6].

Si se define «bueno» mediante un predicado empírico, por ejemplo, como «aquello a lo que aspira la mayoría», entonces «bueno» puede sustituirse siempre por «aquello a lo que aspira la mayoría». Ahora se puede plantear la cuestión: La mayoría aspira a A, pero ¿es A también bueno? Si la tesis definicionista fuera válida, esta pregunta tendría tan poco sentido como la siguiente: La mayoría aspira a A, pero ¿aspira la mayoría también a A? Sin

5 La elección de esta expresión es algo desafortunada. Como FRANKENA ha mostrado, el núcleo del reproche de MOORE consiste en que «bueno» se defina de alguna manera. Así, MOORE se dirige no sólo contra las definicioncs a través de expresiones descriptivas. Él usa el término «naturalistic fallacy» también en relación con definiciones mediante expresiones metaéticas (cfr. G. E MOORE, *Ibid.,* pp. 39, 114). Por ello, FRANKENA habla de una «falacia definicionista» (definist fallacy); cfr. W. K. FRANKENA, *The Naturalistic,* en: *Theories of Ethics,* ed de Ph. FOOT. Oxford, 1967, p. 57.

6 Cfr. G. E MOORE, *Ibid*., pp. 15 y ss.

embargo esto no es así. La primera pregunta tiene pleno sentido; la segunda no. Por tanto, el significado de «bueno» puede no coincidir, *por lo menos no completamente*, con el de «aquello a lo que aspira la mayoría». En lugar de «aquello a lo que aspira la mayoría» se puede tomar cualquier predicado o conjunto de predicados. «Cualquiera que sea la definición que se ofrezca, puede preguntarse con sentido, del conjunto así definido, si él mismo es bueno»[7]. De aquí se deriva que la tesis definicionista del naturalismo no es válida.

1.1.2. El argumento de la *open-question* ha sido duramente criticado por diferentes razones. Aquí se recogerán tres puntos de crítica especialmente importantes[8].

Se le ha objetado que si bien es posible que el argumento sea válido respecto a todas las propuestas de definición consideradas hasta ahora, esto no excluye que un día se encuentre una definición contra la que no pueda ser utilizado[9]. Sin embargo, teniendo en cuenta que este argumento es válido en muchos casos, sólo se le podrá atribuir un peso mayor a esta objeción si se concreta de algún modo la mera posibilidad fáctica de tal caso.

Otra objeción se funda en la posibilidad de la sinonimia encubierta (*covert synonymity*). Los significados de dos expresiones pueden ser idénticos sin que esto se vea fácilmente. En este caso, «bueno» sería definible aunque el argumento de la cuestión

---

7 G. E. Moore, *Ibid*., p.15.

8 Sobre otras objeciones cfr. K. Nielsen, *Problems of Ethics*, en: *The Encyclopedia of Philosophy*, ed. de P. Edwuards, New York/ London, 1967, vol. 3, pp. 127 y s.

9 G. C. Kerner, *The Revolution in Etical Theory*, Oxford, 1966, pp. 19 y s.; N. Hoerster, *Zum problem der Ableitung eines Sollens aus einem Sein in der analytischen Moralphilosophie*, en: «ARSP», 55 (1969), pp. 20 y s.

abierta esté en contra[10]. Esta objeción, al igual que la anterior, no puede ser rebatida estrictamente sino que sólo se puede disminuir su peso; parece que está justificado el no atribuir demasiada importancia a la posibilidad de una sinonimia encubierta mientras no se puedan aducir razones para su existencia[11]. La fuerza del argumento de la *open-question* descansa precisamente en que hasta ahora aún no se han aducido tales razones de un modo convincente[12].

Se ha señalado además que «bueno» en cuanto que es la expresión moral más general, pese a no poder ser definido con independencia de los diferentes contextos, adquiere, en algunos de éstos, un firme significado descriptivo, de tal manera que es posible una definición de este tipo. Sin embargo, a esto puede objetarse que en determinados contextos, así como en el caso de las expresiones morales más concretas, aunque las fronteras de lo que puede ser designado como «bueno» o «malo» pueden ser estrechas[13], son, desde luego, posibles dudas y diferencias de opinión dentro de estas fronteras. Y esto es suficiente en cuanto a la utilización del argumento de la cuestión abierta.

1.1.3. Las objeciones discutidas dejan claro que el naturalismo no es rebatido definitivamente mediante el argumento de la *open-cuestion*. Pero su discusión muestra que este argumento suministra, en todo caso, buenas razones en el sentido de que el

---

10 R. BRANDT, *Ethical Theory,* Englewood Cliffs. N. J, 1959, p. 165; N. HOERSTER, *Ibid*, pp. 19 y s.

11 Cfr. K. NIELSEN. *Covert and overt Synonymity: Brandt and Moore and the «Natiralistic Fallacy»*, en: *«Philosophical Studies»,* 25 (1974), pp. 53 y s.

12 Cfr. *Ibid*., p. 55.

13 La tesis, que se discutirá más adelante, del neo-liberalismo de que existen tales fronteras (cfr. G. J. WARNOCK, *Contemporary Mora1 Philosophy*, pp. 66 y

significado de las expresiones normativas no coincide, al menos completamente, con el de las expresiones descriptivas[14]. El naturalismo no puede ser aceptado en tanto afirme esto. El discurso moral no puede pues reducirse a un discurso puramente empírico.

1.2. El intuicionismo

Si expresiones como «bueno» o «debido» no pueden definirse mediante expresiones empíricas, puede suponerse que expresan otras propiedades o relaciones de tipo no empírico. Esta es la tesis del intuicionismo. Las concepciones con base en esta tesis son designadas como «intuicionistas», porque estas entidades no empíricas no pueden ser reconocidas por los cinco sentidos, sino por alguna otra facultad. En algunos autores esta otra facultad es algo así como un sexto sentido; en otros, algo así como la capacidad de intelección apriorística[15]; y en otros, una mezcla de ambas[16]. También se ha discutido sobre cuáles son las entidades que pueden ser reconocidas

---

ss.) pertenece a los supuestos más plausibles de esta teoría. Sin embargo, ella no debe ser confundida con la tesis de la definición aquí discutida.

14 Estas razones experimentan aún un reforzamiento esencial con las tesis de aquellas teorías metaéticas que han desarrollado el tema de la función especial de las expresiones normativas. Cfr. por ejemplo K. M. HARE, *The Language of Morals*, London/ Oxford/ New York, 1952, p. 91: «Valueterms have a special function in language, that of commending; and so they plainly cannot be defined in terms of other words which themselves do not perform this function.» Esto se tratará con más profundidad más adelante.

15 Cfr. W. D. ROSS, *The foundations of Ethic*, Oxford, 1939, p. 320.

16 Cfr, por ejemplo M. SCHELER, *Der formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 5.ª ed. Berlin/ München, 1966, p. 87: «El sitio propio de todo apriorismo valorativo (y también de lo moral) es el *conocimiento valorativo* o bien respectivamente, la *percepción* valorativa que se construye sobre los sentimientos, las preferencias, y, en último lugar, sobre el amor y el odio.»

según las formas indicadas. En opinión de MOORE, hay sólo una propiedad moral directamente reconocible, la propiedad «bueno». Esta propiedad es, como por ejemplo la propiedad «amarillo», simple y no susceptible de análisis[17]. Si se sigue a ROSS, hay dos expresiones indefinibles, concretamente «good» y «right»[18]. Según SCHELER existen por el contrario cuatro clases de valores: los valores de lo agradable y desagradable, los valores vitales, los valores espirituales y los valores de lo sagrado. Entre estos valores existe una jerarquía apriorística de tal tipo que los valores de lo agradable y desagradable tienen el rango más bajo, y los valores de lo sagrado el más alto[19]. Con esto se han mencionado sólo algunas de las concepciones intuicionistas.

Según todas las teorías que se pueden llamar intuicionistas, la tarea del discurso práctico se resolvería mediante evidencias de algún tipo. Mientras estas evidencias sean suficientes, no queda ningún campo para los argumentos. La siguiente manifestación de MOORE muestra esto con gran claridad: «Es falso porque es falso, y no hay otra razón: pero lo *declaro* falso, porque su falsedad es evidente para mí, y yo considero que ello es una razón suficiente para mi aserción»[20].

Contra el intuicionismo se han dirigido numerosos argumentos[21]. El argumento que quizá sea más fuerte consiste en que, ante el hecho de que las diferentes personas viven evidencias diferentes, el intuicionismo no suministra ningún criterio para diferenciar las

17 G. E. MOORE, *Ibid*., p. 7.

18 W. D. ROSS, *The Right and the Good*, Oxford, 1930.

19 M. SCHELER, *Ibid.,* pp. 122 y ss.

20 G. E. MOORE, *Ibid.,* p. 144.

21 Cfr. P. H. NOWELL-SMITH, Ethics, Harmondswort, 1954, pp. 36-47; P. EDWARDS, *The Logic of Moral Discourse*, New York/ London, 1955, pp. 94-103;

correctas de las falsas, las auténticas de las no auténticas[22], lo que debería hacer si quiere hacer justicia a su pretensión de fundamentar en el campo de la moral la posibilidad del saber objetivo o de la verdad moral. Ante la falta de tal criterio de decisión; el intuicionismo llega a los mismos resultados que el subjetivismo ético[23]. Así, pese a lo fundamentado de las objeciones del intuicionismo contra el naturalismo, aquel es tan poco sostenible como éste.

2. El emotivismo

Así pues, las proposiciones normativas no son ni lo mismo que las proposiciones sobre objetos empíricos, ni lo mismo que las proposiciones sobre objetos no empíricos. Partiendo de esto, es fácil llegar a la conclusión de que la función de las expresiones usadas en proposiciones normativas no se limita a designar algo, sino que éstas realizan una función completamente diferente a la de designar o, (en el caso de una tesis no tan extrema) junto a la función de designar realizan otra función. Según las diferentes teorías del emotivismo, esta función consiste en expresar y/o provocar sentimientos y/o actitudes.El emotivismo representa una nueva concepción del lenguaje de la moral, contrapuesta al naturalismo y al intuicionismo[24].

St. E. TOULMIN, *The Place of Rason in Ethics,* Cambridge, 1950, pp. 10-28; Eike Von SAVIGNY, *Die Philosophie der normalen Sprache*, 1.ª ed. Frankfurt a. M., 1969, pp. 196-199.

22 P. F. STRAWSON, *Ethical Intuicionism,* en: «Philosophy», 24 (1949), p. 27. Cfr. también A. PODLECH, *Recht und Moral,* en: «Rechtstheories», 3 (1972), p. 135.

23 Cfr. G. C. KERNER, *The Revolution in Ethical Theory,* p. 33.

24 Esto es claramente resaltado por Ch. I. STEVENSON, *Ethics and Language*, New Haven/ London, 1944, p. 117: «The error of treating language as though its function were always cognitive is almost incredibly naive; and yet it is an error which is largely responsible for the impracticalities of traditional ethical theory.»

El emotivismo, enriquecido con elementos subjetivistas[25] y descriptivos, ha sido representado de la forma más expresiva por STEVENSON[26]. Según STEVENSON, el uso esencial de los juicios morales no consiste referirse a hechos, sino en *influir* en alguien. «En lugar de describir meramente los intereses de la gente, ellos los cambian o los intensifican»[27]. Las expresiones morales son instrumentos de influencia psíquica[28]; tienen junto a su función cognitiva, una función emotiva. Con esta tesis, dada a conocer en 1937, STEVENSON propuso, como URSOM subraya, ante todo, un programa de ética que, por un lado, es no congnoscitivista, pero, por otro lado, toma en serio la ética como disciplina independiente[29].

---

25 El subjetivismo debe ser diferenciado del emotivismo. Según el subjetivismo, las proposiciones normativas no sirven para la expresión o la provocación de los sentimientos o actitudes del hablante, sino para su descripción. Así, el subjetivismo es un caso especial de naturalismo. Cfr. sobre esto G. GREWENDORF/ G. MEGGLE, *Zur Struktur des metaethischen Diskurses,* en: *Seminar: Sprache und Ethik,* Frankfurt a. M., 1974, pp. 13 y s.; J. O. URMSON, *The Emotive Theory of Ethics*, p. 15.

26 Cfr., junto a la ya citada obra principal de STEVENSON, «Ethics and Language», la colección de artículos Ch. L. STEVENSON, *Fact and Values,* New Haven/ London, 1963. Entre otros representantes de esta teoría, extendida sobre todo en el campo del empirismo lógico, se pueden citar AYER (A. J. AYER, *Language, Truth and Logic*, 1.ª ed., London, 1936, nueva ed. Harmondsworth, 1971, pp. 26-29 y 136-151), CARNAP (R. CARNAP, *Philosophy and Logical Syntax,* London, 1935, pp. 22-26) y OGDEN y RICHARDS (C. K. OGDEN/ I. A. RICHARDS, Tre Meaning of the Meaning, London, 1923). Sobre la historia del emotivismo cfr. J. O. URMSON, *Ibid*., pp. 12-23.

27 Ch. L. STEVENSON, «The Emotive Meaning of Ethical Terms», en: *Facts and Values*, p. 16.

28 *Ibid*, p. 17.

29 J. O. URMSON, *Ibid*., p. 22.

2.1. STEVENSON utiliza dos modelos de análisis (*pattern of analysis*) para analizar las expresiones morales en su función emotiva. En el análisis según el primer modelo usa las siguientes definiciones que designa como modelos de trabajo (*working models*):

(1) «'Esto es malo' significa *Desapruebo esto; desapruébalo tú también*.

(2) 'Debo hacer esto' significa *Desapruebo que deje esto sin hacer; desapruébalo tú también*.

(3) 'Esto es bueno' significa Apruebo esto; apruébalo tú también»[30].

En cada una de estas tres definiciones, el *definiens* tiene dos partes. La primera parte, una proposición sobre la actitud del hablante, expresa el significado *descriptivo* (*descriptive*) del término analizado; la segunda, un imperativo, expresa el significado *emotivo* (emotive). Por significado emotivo de una palabra entiende STEVENSON «la aptitud que esa palabra posee –sobre la base de su empleo en situaciones de tipo emotivo– para promover o expresar actitudes como algo distinto de describirlas o designarlas»[31]. Ciertamente, los imperativos contenidos en el *definiens* representan sólo incompletamente este significado emotivo. «Los juicios éticos condicionan actitudes, aunque no lo hacen recurriendo a la fuerza de ciertos estados (como ocurre en el caso de los imperativos), sino al mecanismo mucho más flexible de la *sugestión*. Los términos emotivos iluminan brillante o tenuemente –por decirlo así– a los sujetos de los que se predica y, de este modo, *mueven* a las personas a cambiar sus actitudes»[32]. La influencia psíquica pro-

30 Ch. L. STEVENSON, *Ethics and Language,* p. 21

31 *Ibid*., p. 33; cfr. también pp. 41, 59 y 61.

32 *Ibid*., p. 33.

ducida por las expresiones morales no es algo de lo que el oyente sea consciente (al menos por regla general)[33].

También el análisis según el segundo modelo utiliza la diferenciación entre significado descriptivo y valorativo. Su base es el siguiente esquema de definición:

> «'Esto es bueno' significa 'esto tiene las cualidades o relaciones X, Y, Z...', con la salvedad de que 'bueno' posee también un significado emotivo laudatorio que permite expresar la aprobación del que enuncia el juicio correspondiente y que tiende a obtener la aprobación de la persona a la que aquél se dirige»[34].

Mientras que el significado descriptivo es constante en el primer esquema, en el segundo esquema puede variar más o menos[35] caprichosamente. Esto abre la posibilidad de definiciones persuasivas (*persuasive definitions*). Las definiciones persuasivas sirven para influir en las opiniones mediante la determinación o

---

33 El mismo STEVENSON ha puesto después en duda la adecuación de su primer modelo de análisis. Según su nueva concepción «I approve of x» ya no es parte del significado de «x is good», sino que tiende sólo a expresar (*tends to express*) la postura positiva del hablante (*Id., Retrospective Comments*, en: Facts and Values, pp. 210 y ss.). La formulación «Let us approve of x» debe, por tanto, ser mucho más adecuada para el análisis de «x is good» que «I approve of x; do so as well» (*Ibid.,* p. 214). Aquí no se profundizará en esta modificación. La importancia real e histórica de la concepción originaria de STEVENSON justifica el tratar sólo ésta. «These views are interesting, and it is they that I discuss, not their authors at a later period of their thought.» (J. O. URMSON, *Ibid*., p. 8). A esto se añade que la modificación de su teoría por STEVENSON no afecta esencialmente a su teoría de la argumentación moral en la parte que aquí más interesa.

34 *Id*., *Ethics and Language*, p. 207

35 Según STEVENSON, hay «ciertos límites» para lo que puede ser colocado en lugar de X, Y y Z. Sin embargo, sólo constata que estos limites existen, pero no dice en qué consisten (cfr. *Ibid*., p. 207)

cambio de la significación descriptiva, manteniendo la emotiva[36]. La palabra «democracia» tiene, por ejemplo, un significado emotivo positivo. Este significado puede unirse con las concepciones políticas más diferentes y ser usado, de esta manera, para influir.

Ambos modelos analíticos no se excluyen mutuamente, sino que se complementan[37]. La elección de uno u otro modelo no tiene ninguna influencia en especial sobre la cuestión de la *fundamentabilidad* de las expresiones morales (analizadas según estos modelos)[38].

2.2. Una parte considerable de las investigaciones de STEVENSON están dedicadas a esta cuestión. STEVENSON desarrolla así una teoría de la argumentación moral que es, quizá, el aspecto más interesante de su obra.

La tesis fundamental de la teoría de la argumentación moral de STEVENSON es que con excepción de un pequeño grupo de casos, en los cuales se trata ante todo de que no se dé una contradicción lógica[39], no existe *ninguna* relación *lógica* (ni deductiva ni inductiva), sino sólo una relación *psíquica* entre las razones (*reasons*) (G) aducidas a favor o en contra de una proposición normativa, y esta proposición (N)[40] [41].

---

36 *Id., Persuasive Definitions,* en: «Mind», 47 (1918), pp. 336 y s.; *Id*., *Ehtics and Lenguaje,* pp. 210 y ss.

37 *Id*., *Ehtics and Lenguaje,* pp. 89, 209 y 227.

38 *Ibid*., p. 229

39 Sobre estos casos cfr. *Ibid*., pp. 115 y ss.

40 STEVENSON no usa las letras «G» y «N» sino «R» (para «reason») y «E» (para «ethical conclusión»). Las abreviaturas arriba elegidas son necesarias porque la letra «R» se precisa en esta investigación para otros fines. No hay peligro de confusión por esta notación diferente, ya que aquí no se trata de signos usados en general, sino de abreviaturas usadas por STEVENSON (y también por TOULMIN) sólo ocasionalmente.

41 *Ibid*., pp. 30 y s., 36 y 113

«Cualquier enunciado referente a *cualquier* clase de hechos que *cualquier* persona considera adecuado para alterar actitudes puede ser aducido como una razón en favor o en contra de un juicio ético. Que esto último dé resultado en la práctica dependerá de que la persona que escucha crea lo que el enunciado afirma y que, si lo cree, cambie sus actitudes.»[42]

A pesar de haber sacado la argumentación moral del campo de la lógica, STEVENSON diferencia entre métodos de fundamentación racionales y no racionales. Una fundamentación es *racional* si pueden aducirse como razones hechos; es no *racional* o *persuasiva* si se acude a otros medios adecuados para influir[43]. STEVENSON diferencia dentro de ambos métodos, sin pretensión de exhaustividad[44], una serie de formas de argumentos y de estructuras de argumentación[45]. Para su exposición usa diálogos ficticios. Quienes participan en tales diálogos pueden ser designados como «proponente» (P) y «oponente» (O), siguiendo 1a terminología de la escuela de Erlangen que se discutirá más adelante. En primer lugar se analizan los métodos de fundamentación racional. Un grupo especial lo forman aquí los casos ya mencionados en los que existen relaciones lógicas entre las proposiciones aducidas. Este es, por ejemplo, el caso en que P afirma primero N, y luego -N (no N). O puede aducir esto como argumento

42 *Ibid*., pp. 114 y s.

43 *Ibid*., pp. 139 y s

44 *Ibid.,* p. 129.

45 La expresión «forma de argumento» se refiere a la estructura de las proposiciones usadas por un hablante; la expresión «estructura de la argumentación», a la estructura de las proposiciones de varios hablantes. Una definición más precisa de estos conceptos sólo será posible más adelante.

contundente contra P[46]. Las leyes de la lógica rigen también en el discurso práctico.

Más numerosos e importantes son los casos en los que las proposiciones aducidas como razones, por un lado, no se contradicen pero, por otro lado, tampoco implican N. Aquí puede hablarse de relaciones no lógicas entre G y N. Un caso de estas relaciones no lógicas es el que existe si O advierte a P sobre *propiedades*[47] de la cosa que hay que valorar, sobre *consecuencias*[48] de una acción o de una regla, sobre los *motivos*[49] de quien realiza una acción, sobre las consecuencias de la *generalización*[50], sobre *autoridades*[51], y sobre el hecho de que el mismo P no cumple las exigencias de su afirmación normativa[52].

La posibilidad, señalada por STEVENSON, de cambiar una opinión mediante la descripción de su *génesis* es especialmente interesante. Según STEVENSON, sólo difícilmente se puede encontrar una explicación psicológica para este proceso de cambio de una opinión mediante la reproducción de su génesis. El indica como una razón el reconocimiento de la supresión de las circunstancias que justifican una regla moral[53]. La discusión sobre la

---

46 *Ibid*., pp. 115 y ss.

47 STEVENSON habla de «factual contingent statements about the object itself», así como de la «naturaleza» (nature) del objeto juzgado. Cfr. *Ibid.,* pp. 118 y s.

48 STEVENSON indica con razón que hay una serie de casos límite en los cuales no se puede distinguir entre propiedades y consecuencias. Cfr. *Ibid.,* pp. 119 y s.

49 *Ibid.,* p. 121.

50 *Ibid.,* pp. 94 y s., y 122.

51 *Ibid.,* pp. 125 y s.

52 *Ibid.,* pp. 127 y s.

53 *Ibid.,* pp. 123 y s.

génesis de las concepciones morales ha sido desarrollada por la escuela de Erlangen, quizá independientemente de STEVENSON, hasta constituir un procedimiento especial del argumentar práctico[54]. Esto se discutirá más adelante de un modo más detallado.

STEVENSON llama «racional» a una argumentación si las partes de la discusión aducen hechos como argumentos, como sucede en los casos mencionados hasta ahora. En todos los demás casos, la argumentación es no racional o persuasiva. Como ejemplos de argumentaciones persuasivas STEVENSON indica el uso de definiciones persuasivas[55], la sucesión de expresiones emotivas[56], el hablar mediante metáforas[57] y el relato didáctico[58]. Por ello, es importante señalar que, según STEVENSON, el elemento persuasivo está unido con el racional en la mayoría de las argumentaciones prácticas[59].

2.3. El mismo STEVENSON se plantea la cuestión de si la relación entre G y N en los casos que él designa como «racionales» no es más que de naturaleza psíquica: «Es posible que las reglas usuales para la inferencia demostrativa e inductiva deban ser *complementadas* con reglas especiales para inferencias del tipo R a E, esto es, reglas que son suficientes, como las otras, para permitir afirmar genéricamente que una inferencia es *válida*, pero que a

54 Cfr. LORENZEN, *Normative Logic and Ethics,* Mannheim/ Zürich, 1969, pp. 84 y ss.; P. LORENZEN / O. SCHWEMMER, *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie,* Mannheim/ Wien/ Zürich, 1973, pp. 190 y ss.

55 *Ibid.,* pp. 235, 240 y s.

56 *Ibid.,* p. 141.

57 *Ibid.,* pp. 142 y s.

58 *Ibid*. p. 144.

59 *Ibid*., p. 142.

diferencia de aquéllas caracterizan un *tipo* especial de validez»[60]. Esta pregunta es una variante de la cuestión fundamental de esta investigación: *¿Hay reglas que permitan diferenciar las fundamentaciones válidas de proposiciones normativas, de las inválidas?*

STEVENSON contesta negativamente a esta pregunta. En «Ethics and Language» aduce como fundamentación para ello el que el uso de «válido» sólo es adecuado si el resultado de la fundamentación se puede llamar «verdadero». Ahora bien, según el primer modelo de análisis, los juicios morales sólo son susceptibles de verdad en la medida en que informen sobre las actitudes del hablante[61]. Pero el que la información sobre la actitud del hablante sea verdadera o falsa no es el objeto de la disputa. El objeto de la disputa es el cambio de opiniones[62], y las opiniones no son susceptibles de verdad; de ahí que, según STEVENSON, no se pueda hablar de la validez del paso de G a N[63]. Tampoco sería adecuada una prefe-

60 *Ibid*., p. 153. En lugar de «R» y «E» se habla aquí de «G» y «N», por las razones indicadas anteriormente.

61 *Ibid.,* pp. 26 y 155.

62 *Ibid.,* p. I55; Id., *Restrospective Comments, en: Facts and Values*, p. 212.

63 Ya en «Ethics and Language» constata STEVENSON que en el lenguaje ordinario las expresiones normativas pueden perfectamente ser calificadas de «verdaderas» también cuando no se trata de una información sobre la actitud del hablante. Pero en estos casos, «verdadera» es sólo la expresión de un acuerdo emotivo. Este uso atípico de «verdadero» no justifica el designar los juicios morales como «válidos» (*Id., Ethics and Language*, pp. 169 y ss.). En «Retrospective Comments» se une STEVENSON a las teorías de la verdad según las cuales «es verdadero», incluso en relación con proposiciones empíricas, sirve sólo para la expresión o confirmación de convicciones (*Id., «Retrospective Comments»,* p. 219). Con ello se vuelve cuestionable el argumento expuesto en el texto. Sin embargo, la tesis de STEVENSON podría también fundamentarse directamente aduciendo que las disputas morales tratan sólo de actitudes.

rencia del método racional respecto al persuasivo, ya que, prescindiendo del hecho de que ambos tienen su justificación[64], la elección de los métodos depende a su vez de una valoración y, por tanto, de una actitud[65].

2.4. La más importante de las objeciones formuladas contra la teoría de STEVENSON se dirige contra la consideración psicológica del discurso moral[66]. El significado emotivo de las expresiones morales consiste, según esto, en su fuerza para producir causalmente cambios o reforzamientos de actitudes emocionales. Los argumentos no son más que instrumentos de influencia psíquica. Las palabras y enunciados tienen también, con seguridad, efectos psíquicos. Pero el captar estos efectos no es todavía la captación del significado de las palabras y de la propiedad argumentativa de los enunciados. Sólo se puede hablar de «significado» cuando hay una comprensión correcta o falsa[67]. Pero sólo hay comprensión correcta o falsa cuando hay reglas para diferenciar ambas. «El significado es algo convencional»[68]. Se puede decir también que sólo se puede hablar de «argumento» cuando lo que se aduce como argumento es válido o inválido[69]. Quien dice: «Yo aduzco G como argumento contra tu afirmación; pero este argumento no es ni válido ni inválido», no expresa un enunciado con sentido. O G no es un argumento, o G es válido o inválido. Pero si los argumentos son o válidos o

64 *Id*., *Ethics and Language*, p. 156.

65 *Ibid.,* p. 158; *«Retrospective Comments»*, p. 197.

66 Cfr. G. C. KERNER, *The Revolution in Ethical Theory*, p. 52.

67 GREWENDORF/ MEGGLE, *Zur Struktur des metaethischen Diskurses,* p. 18.

68 J. O. URMSON, *The Emotive Theory of Ethics*, p. 34. Cfr. también G. C. KERNER. *Ibid.,* p. 47: «Meaning must always be governed by linguistic rules».

69 I. O. URMSON, *Ibid*., p. 86: «It might well be thought to be analytic that every argument is either valid or invalid»

inválidos, debe haber reglas o convenciones que permitan diferenciar los argumentos válidos de los inválidos. El defecto decisivo de la teoría de STEVENSON consiste por tanto en desconocer el carácter del discurso moral como una *actividad guiada por reglas*.

También debe ser puesta en duda la tesis defendida por STEVENSON en «Ethics and Language» de que no se puede hablar de argumentos morales válidos o inválidos porque los juicios morales no son susceptibles de verdad. Contra esto se puede objetar que la cuestión de si las proposiciones normativas son susceptibles de verdad sigue sin estar decidida. En especial, se puede pensar que la posibilidad de validez de un argumento no depende de que lo que se fundamenta sea susceptible de verdad, sino que el que una proposición sea susceptible de verdad depende de la posibilidad de la validez de los argumentos que la sustentan. Aunque debido a esto la teoría de STEVENSON no puede aceptarse en sus puntos fundamentales, ella es, sin embargo, de importancia considerable en la investigación emprendida aquí.

1. Esta teoría deja claro que la función del lenguaje moral no se agota, como suponen el naturalismo y el intuicionismo, en describir algo, sino que sirve (al menos también) para la dirección y coordinación de comportamientos.

2. Las investigaciones de STEVENSON conducen al problema central de esta investigación, la cuestión de la existencia de reglas que permiten diferenciar las fundamentaciones válidas de las proposiciones normativas, respecto de las inválidas.

3. La diferenciación de STEVENSON entre métodos racionales y persuasivos es de gran importancia para una teoría del discurso racional.

4. Además, la clasificación de STEVENSON de las distintas formas de argumentos y de argumentación debe ser tenida en

cuenta pese a ser incompleta e imprecisa. El análisis y la clasificación de las formas de argumento posibles en los discursos prácticos es una de las tareas centrales de una teoría del discurso práctico. La teoría de STEVENSON pertenece, pues, a aquellas teorías filosóficas cuya importancia, si bien queda limitada por sus defectos, no resulta por ello eliminada[70].

3. El discurso práctico como actividad guiada por reglas

La objeción más importante contra STEVENSON consistía en que éste desconoce el carácter del discurso moral como actividad guiada por reglas. Las teorías metaéticas a investigar aquí se diferencian entre sí en muchos puntos, pero coinciden en la concepción del discurso moral como una actividad guiada por reglas. La discusión de estas teorías estará guiada, por tanto, por la *pregunta sobre las reglas vigentes en los discursos morales.*

3.1. Los fundamentos de la filosofía lingüística: WITTGENSTEIN y AUSTIN

El punto de vista mencionado sobre el discurso moral se apoya en las investigaciones de filosofía del lenguaje del último WITTGENSTEIN[71], y de J. L. AUSTIN. Esto no significa que las teorías que se van a discutir sean simples aplicaciones de estas

70 Sobre juicios positivos parecidos cfr. J. O: URMSON, *The Emotive Theory of Ethics*, p. 148; G. C. KERNER, *The Revolution in Ethical Theory,* p.41.

71 Diferenciar entre la primera y la última filosofía de WITTGENSTEIN ha adquirido carta de naturaleza. La obra más importante de la primera época es el «*Tractatus logico-philosophicus*» (en: LUDWIG WITTGENSTEIN, *Schriften*, vol. I, Frankfurt, a. M., 1969, pp. 279-544). A menudo se sostiene la opinión de que existe una ruptura entre el primer y el último WITTGENSTEIN (así, por ejemplo, W. STEGMÜLLER, *Hauptströmungen der Gegenwartphilosophie,* 4.ª

concepciones filosófico-lingüísticas. Sin embargo, la influencia de estos autores se puede comprobar en muchos lugares, además de en una serie de referencias explícitas[72] [73]. Incluso si se considera pequeña esta influencia, o se niega completamente, respecto de autores concretos, se tiene que admitir que las teorías metaéticas de estos autores se pueden entender mejor a la luz de las teorías de filosofía del lenguaje de WITTGENSTEIN y AUSTIN.

Aquí no es posible ni necesario, habida cuenta del elevado número de investigaciones[74], exponer y discutir detalladamente las

---

ed., Sttugart, 1969, pp. 524 y 562; E. Von SAVIGNY, *Die Philosophie der normalen Sprache,* Frankfurt a. M., 1969, p. 15). En época más reciente se han aducido sin embargo razones de peso en favor de la unidad de la filosofía de WITTGENSTEIN (cfr. A. KENNY; *Wittgenstein*, Frankfurt a. M., 1974, pp. 255 y ss.). En adelante se hablará sólo de la filosofía del último WITTGENSTEIN.

72 Cfr. por ejemplo St. E. TOULMIN, *The Place of Reason in Ethics,* p. 83; R. M. HARE, *Austin's Distinction between Locutionary and Illocutionary Acts,* en: *Id., Practical inferences*, London/ Basingstoke, 1971. pp. 100-114; J. HABERMAS, *Sprachspiel. Intention und Bedeutung. Zu Motiven bei Sellars und Wittgenstein*, en: *Sprachanalyse und Soziologie,* ed. de R. Wiggershaus, Frankfurt a. M., 1975, pp. 324 y ss. Sobre las referencias a WITTGENSTEIN en el campo de la metodología jurídica cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* pp. 178 y ss.; G. ROELLECKE, *Grundfragen der juristischen Methodenlehre und die Spätphilosophie Ludwig Wittgenstein,* en *Festschrift für G. Müller,* ed. de Th. Ritterspach/ W. GEIGER, Tübingen, 1970, pp. 323-339.

73 Cfr. por ejemplo R. M. HARE, *Freedom and Reazon,* Oxford, 1963, p. 89.

74 Sobre *WITTGENSTEIN* cfr. por ejemplo: A. AMBROSE/ M. LAZEROWITZ. (ed.), *Ludwig Wittgenstein. Philosophy and Language*, London/ New York, 1972; A. KENNY, *Wittgenstein*, Frankfurt a. M., 1974; G. PITCHER, *The Philosophy of Wittgenstein*. Englewood Cliffs, N. J., 1964; R. RHEES (ed.), *Discusions of Wittgenstein,* London, 1970; E. Von SAVIGNY, *Die Philosophie der normalen Sprache,* pp. 15-90; E. K. SPECHT, *Die sprachphilosophischen und antologischen Grundlagen im Spätwerk Ludwig Wittgenstein*, Köln, 1963; W.

concepciones de ambos autores. Por tanto, sólo se realizarán algunas observaciones -sobre el concepto de juego de lenguaje de WITTGENSTEIN, así como sobre el concepto de acto de habla de AUSTIN.

3.1.1. El concepto de juego de lenguaje de WITTGENSTEIN.

Según la teoría del lenguaje recogida en el «Tractatus logico-philosophicus», el lenguaje sirve para la representación del mundo. El mismo WITTGENSTEIN, al comienzo de las investigaciones filosóficas, caracteriza su vieja teoría con las siguientes palabras: «Las palabras del lenguaje nombran objetos; las proposiciones son combinaciones de tales nombres.»

A esta «representación de la esencia del lenguaje humano»[75] contrapone WITTGENSTEIN su concepción de los juegos de lenguaje[76]. Sin embargo, el concepto de juego de lenguaje no es discutido sistemáticamente ni definido exactamente[77]. En lugar de esto se encuentran una multitud de indicaciones y de ejemplos que puede llegar a confundir. De entre estos, se extraen aquí algunos rasgos

---

STEGMÜLLER, *Hauptströmungen der Gegenwartphilosophie*, pp. 524-696; *Understanding, Wittgenstein,* ed. del Royal Institute of Philosophy Lectures, London/ Basingstoke, 1974; P. WINCH (ed.), *Studies in the Philosophiy of Wittgenstein*, London/ New York, 1969. Sobre AUSTIN cfr. por ejemplo: *Essays on J. L. Austin,* ed. de J. Berlin y otros, Oxford, 1973; M. FURBERG, *Savigny and Meaning*; Oxford, 1971. E Von SAVIGNY, *Die Philosophie der normalen Sprache*, pp. 127-166; *Symposion on J. L. Austin,* ed. de K T: FANN London/ New York, 1969.

75 L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, § 1.

76 Sobre la génesis de este término en WITTGENSTEIN cfr. E. K. SPECHT. *Ibid*., pp. 40 y s.; A. KENNY, *Ibid*., pp. 187 y ss.

77 Cfr, A. KENNY, *Ibid.,* pp. 192 y s.; H. LENK, *Zur Wittgensteins Theorie der Sprachspiele*, en: «KANT-Studien», 58 (1967), p. 464.

interesantes de este concepto sin pretender captarlo en todos sus aspectos[78].

Según WITTGENSTEIN, hay una «prodigiosa diversidad»[79] de juegos de lenguaje. En el § 23 de las «Philosophischen Untersuchungen» indica como ejemplo: «Ordenar y actuar según ordenes -Describir un objeto según el aspecto o según las medidas -Crear un objeto según una descripción (dibujo) -Relatar un suceso -Hacer suposiciones sobre un suceso -Plantear una hipótesis y comprobarla -Representar los resultados de un experimento mediante cuadros y diagramas -Inventar una historia; y leerla -Representar teatro -Cantar al coro -Hacer adivinanzas -Hacer bromas; contar chistes -Resolver un problema de cálculo aplicado -Traducir de un idioma a otro -Pedir, agradecer, blasfemar, saludar, orar»[80]

De esta enumeración resulta claro que el concepto de juego de lenguaje no se puede determinar mediante la indicación de algunos rasgos firmes. Entre los diferentes juegos de lenguaje existe más bien lo que WITTGENSTEIN llama «parecido de familia»: «Una complicada red de semejanzas que se solapan y entrecruzan. Semejanzas en lo grande y en lo pequeño.»[81]

Estos ejemplos muestran además que la función descriptiva del lenguaje es sólo una función entre otras. Esto significa, para la

---

78 Una serie de autores han intentado determinar más exactamente este concepto. Cfr. por ejemplo las definiciones y distinciones en E. K. SPECHT. *Ibid.,* pp. 41 y ss.; W. STEGMÜLLER, *Ibid*., p. 589; G. PITCHER, *Ibid.,* pp. 247 y s., H. LENK, *Ibid.,* pp. 466 y ss.; P. F. STRAWSON, *Philosophical investigation. By Ludwig Wittgenstein,* «Mind», 63 (1954), p. 71, nota 1.

79 WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, p. 517.

80 *Ibid.,* § 23; Sobre otros ejemplos cfr. A. KENNY. *Ibid.,* pp. 193 y s.

81 L. WITTGENSTEIN, *Ibid*., §§ 66 y 67.

ética, que no existe ninguna posibilidad de orientarse en el paradigma de las ciencias descriptivas o explicativas (tanto si éste es naturalista como intuicionista). Los discursos morales, como también los jurídicos, son juegos de lenguaje de un tipo propio.

Otra característica de los ejemplos consiste en que en ellos el hablar y el actuar están estrechamente unidos. Precisamente esto es lo que trata de expresar el termino «juego de lenguaje»: «llamaré también al conjunto de lenguaje y actividades con las que este está estrechamente unido 'juego de lenguaje'»[82].

Como los juegos, los juegos de lenguaje son también actividades guiadas por reglas[83]; lo que no significa que en los mismos todo esté determinado. «Tampoco hay ninguna regla, por ejemplo, sobre lo alto que se puede tirar la pelota en el juego del tenis, o con qué fuerza, pero el tenis es un juego, y tiene también reglas»[84]. Las reglas son, además, de tipos muy diferentes. A1 igual que entre los juegos de lenguaje, entre las reglas existen también sólo parecidos de familia[85]. Las reglas que constituyen los juegos de lenguaje van desde las reglas técnicas (por ejemplo, las reglas de cocina) hasta las reglas sintácticas (por ejemplo, las reglas de las declinaciones)[86].

Por tanto, el concepto de juego de lenguaje remite a1 concepto de *regla*. También este concepto es explicado sólo a través de ejemplos y de indicaciones particulares. WITTGENSTEIN indica como

---

82 *Ibid.,* § 7; en forma parecida § 23; cfr. A. KENNY, *Ibid.,* pp. 242 y ss.

83 W, STEGMÜLLER, *Ibid*., p. 590; F. VON KUTSCHERA, *Sprachphilosophie,* München, 1971, p. 223; A. KENNY, *Ibid.,* p. 199.

84 WITTGENSTEIN, *Ibid.,* § 68.

85 Cfr, H. LENK, *Ibid.,* p. 477.

86 Sobre la variedad de tipos de reglas cfr. A. KENNY, *Ibid*., pp. 200 y s.

ejemplos, entre otros, un cuadro que relacione palabras con imágenes[87], un plano[88], así como las reglas del ajedrez[89]. Para la existencia de una regla es necesario que varias personas la sigan en *diversos* momentos. «No puede ser que una regla sea seguida una sola vez por una sola persona... Seguir una regla, comunicar algo, dar una orden, jugar una partida de ajedrez son *costumbres* (usos, instituciones)»[90]. También existe una estrecha relación entre el concepto de regla y el de *falta*[91]. Por un lado, sólo hay faltas si una regla permite la diferenciación entre comportamientos correctos e incorrectos; por otro lado, la reacción ante una falta por parte de los participantes en el juego de lenguaje es un importante signo sobre la existencia de una regla[92].

Estrechamente unido con el concepto de juego de lenguaje está otro concepto, el concepto de *forma de vida*. WITTGENSTEIN entiende por tal la praxis vital común, que está en la base de los diversos juegos de lenguaje, y que se caracteriza por determinadas reglas y convicciones fundamentales[93]. Las reglas y convicciones

---

87 L. WITTGENSTEIN, *Ibid*., § 86; *Id., Eine philosophische Betrachtung (Das .sogenannte Braune Buch), Schriften,* vol. 5, Fankfurt a. M., 1970, p. 132.

88 *Id., Philosophische Untersuchungen,* §§ 85 Y 198.

89 *Ibid.,* § 197.

90 *Ibid.,* § 199.

91 Cfr. P. WINCH, *Die Idee der Sozialwissenschaft und ihr Verhältnis zur Philosophie,* Frankfurt a. M., 1974, p. 45.

92 L. WITTGENSTEIN, *Ibid*., § 54. Sobre el concepto de regla en WITTGENSTEIN cfr. A. KEMMERLING, *Regel und Geltung im Lichte der Analyse Wittgensteins*, en: «Rechtstheorie», 6 (1975), pp. 104 y ss.

93 Esta determinación del concepto de forma de vida se puede apoyar sobre todo en su último escrito «Über Gewissheit» (ed. de G. E. M. Anscombe/ G. H. von WRIGHT, Frankfurt a. M., 1970). Cfr. allí los §§ 7 y 358. En las «Philosophische Untersuchungen» se usa este concepto en los §§ 19, 23 y

fundamentales que definen una forma de vida forman un sistema, como quiera que haya de determinarse éste[94]; forman lo que WITTGENSTEIN llama una «representación del mundo»[95]. Esta representación del mundo constituye «el sustento de toda mi investigación y de todas mis afirmaciones»[96]. En cuanto tal, se puede «considerar como algo que está más allá de lo justificado y de lo injustificado; es decir, parecido a algo animal»[97]. Por tanto, las representaciones del mundo y las formas de vida no son ni correctas ni falsas. Quien quiere atraer a alguien a su posición puede hacerlo sólo mediante la persuasión, pero no mediante la fundamentación[98], ya que sólo hay razones dentro de una forma de vida o de una representación del mundo[99].

Este esquema del concepto de juego de lenguaje, así como de los conceptos unidos al mismo de regla y de forma de vida, es suficiente aquí, ya que hace resaltar cuatro puntos interesantes para una teoría del discurso práctico racional: (1) El uso descriptivo y explicativo del lenguaje es sólo uno entre muchos posibles y, por lo tanto, no puede ser considerado como el uso auténtico o esencial

---

241, así como en las pp. 485 y 539. Sobre el intento de una determinación de este concepto fundada sobre esto cfr. J. F. M. HUNTER, «Forms of Live» en *Wittgenstein's Philosophical Investigations*, en: «American Philosophical Quaterly», 5 (1968), pp. 233-243.

94 Cfr. L. WITTGENSTEIN, *Über Gewissheit*, §§ 102. 141 y s., 144, 410 y s., y 603.

95 Sobre la relación del concepto de representación del mundo con el de forma de vida cfr. G. H. von WRIGHT, *Wittgenstein on Certainty,* en: *Problems in the Theory of Knowledge*, ed. de G. H. von WRIGHT, Den Haag, 1472, p. 58.

96 WITTGENSTEIN, *Ibid.,* § 162

97 *Ibid.,* § 359

98 *Ibid.,* §§ 612 y 262.

99 Cfr. *Ibid.,* § 105.

del lenguaje. No existe por ello ningún motivo para reducir el lenguaje normativo al descriptivo, o para valorar aquel como menos importante o valioso que éste. (2) La lógica (en el sentido amplio de WITTGENSTEIN) de los juegos de lenguaje sólo puede ser comprendida mediante la consideración del comportamiento no verbal y de otras circunstancias fácticas. (3) Los juegos de lenguaje y, por tanto, también los discursos morales y jurídicos, son actividades guiadas por reglas. (4) Las representaciones del mundo y las formas de vida que sirven de base a los juegos de lenguaje no son fundamentables y, por tanto, tampoco son criticables.

Los tres primeros puntos deben ser mantenidos. Por el contrario, el punto cuarto es muy problemático. Si se considera que hay distintas formas de vida humana y se acepta la tesis de que éstas no pueden ser fundamentadas ni criticadas, se está obligado a abandonar la idea de la universabilidad del discurso moral. Los discursos morales serían relativos, según las formas de vida. Contra esta tesis se puede objetar sin embargo que, de hecho, se discute sobre representaciones del mundo y formas de vida[100]. Así, un diálogo entre cristianos y comunistas es, por ejemplo, absolutamente posible. Pero más importante todavía es lo siguiente: Se debe diferenciar entre la observación de que tanto las fundamentaciones como la crítica no son posibles sin que se presuponga algo[101], y la tesis de que lo que se presupone, en última instancia, no es discutible (fundamentable y criticable). Lo último no se si-

100 B. F. MCGUINNES apunta en este contexto a la argumentación de DESCARTES para un cambio en la representación filosófica del mundo de su tiempo. Cfr. B. F. MCGUINNES, *Comments on Professor von WRIGHT's «WITTGENSTEIN on Certainty»,* en: *Problems in the Theory of Knowledge*, p. 65.

101 Cfr. L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*. § 1217; *Id.,* C»*Über Gewissheit»,* § 204.

gue de lo primero. Contra la posibilidad de que *todos* los presupuestos sean discutibles se puede objetar que, en la discusión de presupuestos, se deben establecer a su vez presupuestos, de manera que no es concebible una situación en la que todo sea fundamentado[102]. Pero la tesis de la discutibilidad de todos los presupuestos no dice, sin embargo, que todo puede ser fundamentado al *mismo tiempo*, sino sólo que no hay ninguna proposición respecto de la cual haya que excluir que alguien aduzca un argumento en su favor o en su contra[103].

3.1.2. La teoría de los actos de habla de AUSTIN

Al igual que WITTGENSTEIN, AUSTIN se dirige contra la idea de que la única o, por lo menos, la tarea esencial del lenguaje consista en la descripción del mundo. A esta idea la llama «falacia descriptiva» (*descriptive fallacy*)[104]. Sin embargo, AUSTIN no comparte la tesis de WITTGENSTEIN de la «prodigiosa diversidad»[105]

---

102 Tal estado de cosas sólo sería pensable si se admitieran fundamentaciones circulares.

103 Cfr. sobre esto la crítica de POPPER a lo que él llama «The Myth of the Framework». «I do admit that at any moment we are prisieners caught in the framework of our theories; our expectations; our past experiences; our language. But we are prisioners in a Pickwickian sense: if we try, we can break out of our framework at any time. Admittedly we shall find ourselves again in a framework, but it will be a better and roomier one; and we can at any moment break out of it again. The central point is that a critical discussion and a comparison of the various frameworks is always possible» (K. R. POPPER, *Normal Science and its Dangers,* en: *Criticism and the Growth of Knowledge,* ed. de I. LAKATOS/ A. MUSGRAVE, Cambridge, 1970, p. 56).

104 J. L. AUSTIN, *How to do things Words,* London/ Oxford/ New York, 1962, p. 3; *Id., Performative Utterences,* en: J. L. AUSTIN, *Philosophical Papers,* London/ Oxford/ New York, 1970, p. 234; *Id., Truth, Philosophical Papers,* p. 131.

105 Cfr. L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen,* p. 537.

de los usos del lenguaje. Además, opina que para el análisis de determinados usos del lenguaje es necesario un sistema conceptual (*framework*) más preciso que el que usa por ejemplo WITTGENSTEIN[106]. Con la elaboración de este sistema conceptual, su teoría consigue un grado considerablemente mayor de determinación y concreción frente a la de los juegos de lenguaje[107].

El concepto fundamental de la teoría de AUSTIN es el concepto de acto de habla. Actos de habla son acciones que se realizan diciendo algo[108]. Quien dice por ejemplo «te prometo que vendré mañana» o «aseguro que he visto a Peter», no sólo dice algo, sino que hace también algo: en el primer caso promete, en el segundo expresa una aserción. Según AUSTIN, dentro de cada acto de habla se puede diferenciar siempre dos, a menudo tres, actos diferentes[109]: el acto locucionario (*locutionary*), el ilocucionario (*illocutionary*), y el perlocucionario (*perlocutionary*).

---

106 J. L. AUSTIN, *Performative Utterences,* p. 234.

107 La teoría de los actos de habla de AUSTIN ha sido desarrollada especialmente por J. R. SEARLE (cfr. J. R. SEARLE, *Speech Acts,* Cambridge, 1969), La teoría de SEARLE se diferencia de la de AUSTIN en una serie de puntos. Sobre todo es de importancia su análisis de las reglas en que se basan los actos de habla.

108 Cfr. J. L. AUSTIN, *How to do things Words,* p. 6; *Id., Performative Utterences,* p. 235. En un estadio anterior de su teoría, AUSTIN diferencia todavía entre expresiones que constatan algo (*constatative utterences*) y expresiones por medio de las cuales se hace algo (*performative utterences*). Después, concibe las expresiones constatativas sólo como uno de los varios tipos de actos de habla (cfr. J. L. AUSTIN, *How to do things Words,* pp. 132 y ss., y 146). En adelante se considerará sólo la última y más generalizada concepción de la teoría de AUSTIN. Sobre el desarrollo de la teoría de AUSTIN cfr. K. M. HARE, *Austin Distinction between Locutionary and Illocutionary Acts,* en: R. M. HARE, *Practical Inferences,* London/ Basingstoke, 1971, pp. 100-105.

109 En estos actos no se trata de acciones parciales sucesivas, como pueden diferenciarse por ejemplo en el cocinar, sino de aspectos diferentes de una

El *acto locucionario* consiste en la expresión de un enunciado con un significado determinado. A su vez, éste acto se puede dividir en tres actos diferentes: el fonético (*phonetic*), el fático (*phatic*), y el rético (*rhetic*)[110]. El acto fonético es la expresión de determinados sonidos; el acto fático, la expresión de palabras según una determinada gramática; el acto rético, el uso de palabras para enunciar algo determinado (*sense*) sobre algo determinado (*reference*)[111]. El acto rético consiste, así pues, en lo que tradicionalmente se ha designado como «significado» (*meaning*). Por ello, AUSTIN habla también de significado locucionario (*locutionary meaning*) de un acto de habla[112].

Lo auténticamente novedoso en la teoría de AUSTIN es el concepto de acto ilocucionario. El acto *ilocucionario* es lo que se hace diciendo algo[113]. Lo que se hace *diciendo* algo se debe diferenciar de lo que se hace *por* decir algo. Lo primero depende de

---

acción. Por ello, AUSTIN habla también de «different senses or dimensions of the 'use of a sentence' or of the 'use of language'» (.I. L. AUSTIN, *Ibid*., pp. 108 y s.).

110 *Ibid*. Pp. 92 y s.

111 *Ibid.,* p. 93. Sobre los conceptos «sense» y «reference» cfr. J. L. AUSTIN, *How to do things Words,* en: *Philosophical Papers,* pp. 134 y s.

112 El concepto de significado locucionario de AUSTIN no carece de problemas. Según AUSTIN, la orden «¡cierra la puerta!» tiene el mismo significado locucionario que la afirmación «la puerta se cierra». En ambos casos se dice lo mismo sobre el mismo objeto. Frente a lo anterior, STRAWSON ha señalado que tiene sentido diferenciar, por ejemplo, entre imperativos y proposiciones también al nivel del significado locucionario (cfr. P. F. STRAWSON, *AUSTIN and Locutionary Meaning,* en: *Essays on J. L. AUSTIN*, pp. 56 y ss.; en forma parecida R. M. HARE, *Austin's Distinction between Locutionary and Illocutionary Acts,* pp. 105 y ss.). Esta crítica se considerará con más profundidad en el marco de la discusión de las tesis de HARE.

113 Cfr. J. L. AUSTIN, I*bid.,* pp. 99 y ss.

convenciones; lo último, de los *efectos prácticos* en una situación determinada. Cuando yo le digo a alguien: «te prometo que te ayudo en tu mudanza», hago una promesa, y por decirle esto, puedo sorprenderle, alegrarle o incluso asustarle. A la producción de tales efectos mediante expresiones, lo llama AUSTIN *acto perlocucionario*[114]. El error de STEVENSON fue el considerar sólo el acto perlocucionario[115].

En el centro de la teoría de AUSTIN está el acto de habla como acto ilocucionario, es decir, como acción convencional. El que los actos de habla sean acciones convencionales significa que los mismos no serían posibles sin las reglas que les sirven de base[116]. Así, el concepto de acto de habla, como anteriormente el de juego de lenguaje, remite al concepto de regla. A diferencia de SEARLE[117], AUSTIN no intenta formular estas reglas explícitamente, sino que, en lugar de esto, esboza una clasificación de los posibles defectos de los actos de habla. En esta teoría de los infortunios (*doctrine of the infelicities*) se representa la manera en que los actos de habla, en cuanto acciones, pueden tener éxito o fracazar[118].

Un acto de habla fallido se da, por ejemplo, cuando alguien afirma algo que no cree. Quien afirma algo, da a entender

---

114 Cfr. *Ibid*., pp. 101 y ss. La delimitación del acto ilocucionario del perlocucionario plantea en particular una serie de dificultades. Cfr. sobre esto E. Von SAVIGNY, *Die Philosophie der normalen Sprache,* pp. 131 y ss.

115 Cfr. J. O. URMSON, *The Emotive Theory of Ethics*, pp. 27, 130 y ss.

116 Cfr. J. L. AUSTIN, *Ibid.,* p. 118; cfr. J. R. SEARLE, *Ibid*., p. 37. Sobre el carácter convencional de los actos de habla cfr. también D. WUNDERLICH, *Zur Konventionalität von Sprechhandlungen,* en: *Liguistische Pragmatik,* ed. de D. WUNDERLICH, Frankfurt a. M., 1972, pp. I I y ss.

117 Cfr. J. R. SEARLE, *Ibid*., pp. 62 y ss.

118 J. L. AUSTIN, *Ibid.,* pp. 14 y ss.

que lo cree. No se puede decir «el gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo», aunque esta frase no tenga defectos lógicos ni gramaticales[119]. Con esto queda claro que, además de las reglas de la lógica y las de la gramática, hay otras reglas que sirven de base al lenguaje en cuanto acción. La teoría del acto de habla tiene el mérito de haber puesto de manifiesto la importancia de estas reglas que se pueden designar como reglas pragmáticas.

Por lo tanto, un acto de habla puede ser defectuoso no sólo porque lo que se dice sea falso o incorrecto, sino que también puede ser «desafortunado» (*unhappy*), en expresión de AUSTIN, como acción. Por eso, AUSTIN diferencia dos dimensiones de crítica: La dimensión, relativa al acto ilocucionario, de tener éxito o fracasar (*happiness/ unhappiness dimensión*), y la dimensión, relativa al significado locucionario, de verdad o falsedad (*truht/ falsehood dimension*)[120].

En la teoría de AUSTIN sobre las dos dimensiones de crítica es de especial interés señalar que éste defiende la concepción de que las proposiciones normativas también pueden ser juzgadas en la dimensión de verdad o falsedad, de manera fundamentalmente igual a las proposiciones descriptivas[121].

Según AUSTIN, en «How to do things with Words», «verdadero» y «falso» no expresan una simple relación, o una simple cualidad, o cualquier otra cosa simple, sino que «tales palabras sólo apuntan a una dimensión general de crítica, que admite la posibilidad de sostener que en circunstancias dadas, en relación con un auditorio determinado, para ciertos fines y con ciertas intenciones, lo que se ha

119 *Ibid.,* pp. 15, 39 y ss.

120 *Ibid.,* p. 147.

121 *Ibid.,* pp. 147 y ss.

dicho ha sido propio o correcto, como cosa opuesta a algo incorrecto»[122]. Tal enjuiciamiento debe realizarse tanto cuando se trata de si un consejo es bueno o una sentencia justa, como también si se discute sobre la verdad de una proposición. En todos estos casos lo importante (y de manera fundamentalmente igual) es si el acto de habla fue expresado *adecuadamente*, habida cuenta de los hechos, de los propósitos del hablante y de la situación en su conjunto[123].

Para fundamentar esta tesis, AUSTIN señala que, por un lado, actos de habla como condenas, advertencias y consejos pueden ser examinados en consideración a los hechos, y que, por otro lado, para el enjuiciamiento de proposiciones descriptivas son necesarias numerosas consideraciones además de la de los hechos.

Se podría decir que si bien esto puede ser verdad, la confrontación de proposiciones descriptivas como «este estanque es profundo» con los hechos representa, sin embargo, un caso especial. AUSTIN aduce contra esta objeción una serie de ejemplos. Así, la proposición «Francia es hexagonal» no puede ser calificada como verdadera en base simplemente a una confrontación con los hechos. La misma es quizá verdadera para el hombre de la calle, pero no para un geógrafo. Es sobre todo burda. «Es una descripción aproximada; no es una descripción verdadera o falsa»[124]. En cual-

---

122 Id., p. 144; en forma parecida *Id., Performative Utterences,* pp. 250 y s.; *Id., Performative und konstatierende, Äusserung,* en: *Sprache und Analysis,* ed. de R. Rubner, Göttingen, 1968, pp. 152 y s. AUSTIN no fue siempre de esta opinión. En «Truth» defiende una teoría de la verdad como correspondencia (cfr. *Id., Truth,* p. 122). Pero también aquí habla ya de «various degrees and dimensions of success in making statements» (*Ibid.,* p. 130).

123 *Ibid*., p. 144.

124 *Ibid.,* p. 142; en forma parecida *Id., Performative und konstatierende, Äusserung,* p. 152.

quier caso, su enjuiciamiento exige una serie de reflexiones que se parecen a las realizadas para el enjuiciamiento de consejos, advertencias y condenas.

Puede dudarse de que esto sea suficiente para la fundamentación de la tesis de que las proposiciones normativas se pueden enjuiciar también en el nivel de la verdad o falsedad de manera fundamentalmente idéntica a las proposiciones descriptivas[125]. Pero esto muestra, por lo menos, que no es el caso de que no exista ningún aspecto común. Y esto no carece de importancia. En el transcurso de esta investigación se pondrá de manifiesto que, además de los rasgos comunes destacados por AUSTIN, existen todavía muchos más. Todos juntos podrían ser razón suficiente para tratar a las proposiciones normativas, en cuanto a su capacidad de verdad, por lo menos fundamentalmente igual que a las descriptivas.

La teoría de AUSTIN del acto de habla es importante para la presente investigación por tres razones: porque contiene (1) una precisión de lo que significa que hablar un lenguaje es una actividad guiada por reglas; porque deja claro (2) que el uso del lenguaje normativo no se diferencia en algunos puntos importantes del descriptivo; y porque ofrece (3) un sistema de conceptos fundamentales cuya utilidad quedará clara en el curso ulterior de estas investigaciones.

En lo que sigue se discutirán diferentes teorías metaéticas influidas por WITTGENSTEIN y AUSTIN, o que se pueden comprender mejor desde el trasfondo de las concepciones de ambos. Para ello es útil tener a la vista el modelo simple de discurso moral anteriormente usado. Un proponente (P) y un oponente (O) discuten sobre una proposición normativa (N) alegando razones (G) a favor y en contra. La cuestión que orienta la discusión es la siguiente: ¿qué

125 Cfr. P. F. STRAWSON, *Austin on «Locutionary Meaning»,* pp. 62 y ss.

reglas rigen en este discurso? y especialmente, ¿hay reglas que caractericen determinadas razones G como buenas razones a favor o en contra de N?

3.2. La teoría de HARE

La teoría metaética que quizá haya influido más en el campo de la filosofía analítica del lenguaje es la desarrollada por el filósofo de Oxford R. M. HARE.

Según la concepción expuesta por HARE en «The Language of Morals», la ética es «el estudio lógico del lenguaje de la moral»[126]. Pero la ética, como él acentúa en su libro, aparecido once años después, «Freedom and Reason» no puede quedarse aquí: «es necesario no simplemente llevar a cabo una plena comprensión de los *conceptos morales,* sino usar esta comprensión para dar *cuenta del razonamiento moral*, mostrando que los argumentos morales proceden como lo hacen, porque el carácter lógico de los conceptos es lo que es»[127].

A la ética se le plantean, pues, dos tareas: el análisis lógico de las expresiones morales, y la investigación sobre la argumentación moral. Ambos campos no están desconectados entre sí. Del análisis de las expresiones morales resultan las reglas de la argumentación moral. En consecuencia, hay que analizar, en primer lugar, las investigaciones de HARE sobre las expresiones morales.

3.2.1. La teoría de HARE sobre el lenguaje de la moral.

La teoría de HARE sobre el lenguaje de la moral se desarrolló sin referencia directa a la teoría del acto de habla de

126 R. M. HARE, *The Language of Morals,* London/ Oxford/ New York, 1952, p. III.

127 *Id., Freedom and Reason,* Oxford, 1963, p. 4 (cursivas mías).

AUSTIN[128]. HARE sólo la modificó y concretó después mediante una reelaboración crítica de los resultados de esta teoría, en la cual sus proposiciones fundamentales no resultaron afectadas; de ahí que ésta deba ser discutida en primer lugar en su forma originaria.

La teoría de HARE consta de dos partes estrechamente unidas entre si: el análisis de los imperativos, y el análisis de los términos valorativos (*value-words*). La unión entre ambas partes consiste en la tesis de que los juicios morales implican imperativos[129]. Esta es una de las tesis centrales de HARE, la tesis del prescriptivismo.

HARE introduce en su investigación de los imperativos la famosa diferenciación entre frástico (*phrastic*) y neústico (*neustic*). A los enunciados «cierra la puerta» y «tú estás cerrando la puerta» corresponden los enunciados «tu cierre de la puerta en el futuro inmediato, *por favor*» y «tu cierre de la puerta en el futuro inmediato, *sí*». A la primera parte de estos enunciados la llama HARE «frástico», a la segunda («por favor» y «sí» respectivamente) «neústico»[130]. Según este análisis, las órdenes y las aserciones tienen el mismo frástico; se diferencian sólo en su neústico. Esta diferencia constituye el núcleo del argumento de HARE contra la deducibilidad de imperativos a partir de proposiciones puramente descriptivas. De un conjunto de premisas se puede deducir sólo lo que está contenido en ellas. Las proposiciones puramente descriptivas no contienen por definición ningún neústico imperativo[131]. Por lo tanto, no se

128 Quizás la primera referencia a la teoría de los actos de habla se encuentre en R. M. HARE, *Geach: Good and Evil, «Analysis»,* 17 (1956/57), p. 105, nota 105.

129 *Id., The Language of Morals*, pp. 171 y s.

130 *Ibid.,* p. 18.

131 *Ibid.,* pp. 164, 168 y s.

pueden derivar imperativos de proposiciones puramente descriptivas[132]. Pero tampoco se pueden deducir de las mismas juicios de valor. Según HARE, los juicios de valor implican imperativos. Por lo que, si los juicios de valor fueran deducibles, también lo serían los imperativos. Así pues, la tesis del prescriptivismo conduce a la tesis «de que no puede haber una deducción lógica de juicios morales a partir de afirmaciones sobre hechos»[133].

En el análisis de los términos valorativos se ocupa HARE, fundamentalmente, de las expresiones «bueno» y «debido»[134]. Lo

---

132 *Ibid.,* pp. 28 y 32.

133 *Id., Freedom and Reason*, p. 2.

134 HARE designa como juicios de valor (*value-judgment*) tanto proposiciones como «x es bueno» como también otras como «x debe hacer a» (cfr. *Id*., *The Language of Morals*, pp. 168 y s.). Pero admite que puede tener sentido esta distinción terminológica para ciertos fines (135 *Id., Freedom and Reason*, p. 27, nota 1). Tal distinción resultará útil aquí. Por ello, se diferenciará entre juicios de valor y de deber. Prototipo de los juicios de valor es la proposición «x es bueno»; prototipo de los juicios de deber, la proposición «x debe hacer a». La inclusión de un determinado juicio en una de estas clases parciales no es siempre fácil. ¿Cómo hay que clasificar, por ejemplo, la proposición «su decisión es injusta»? Esta se refiere, entre otras cosas, al cumplimiento de algunas reglas expresables como juicios de deber. Para salvar estas dificultades tiene sentido establecer una simple estipulación. Todas las proposiciones normativas que son formulables con ayuda de los términos deónticos fundamentales «debido», «prohibido» o «permitido», se designarán como «juicios de deber»; todas las demás, como «juicios de valor». Esta terminología podría encontrarse con dificultades, porque también un juicio como «x está permitido», que no expresa ningún deber, sino una permisión, debe ser designado, según lo anterior, como «juicio de deber». «x está permitido» puede sin embargo transformarse en «x no está prohibido» o «x no es ni obligatorio ni prohibido». Sobre los conceptos «juicio de valor» y «juicio de deber» cfr. P. EDWARDS, *The Logic of Moral Discourse*, New York/ London, 1955, p. 141; W. K. FRANKENA, *Analytische Ethik* München, 1972, pp. 27 y s.

que en el campo de los imperativos es la diferenciación entre frástico y neústico, lo es aquí la diferenciación entre significado valorativo o prescriptivo[135], y descriptivo. El *significado valorativo* de la palabra «bueno» consiste en que se usa para recomendar algo[136]. Este significado valorativo se debe diferenciar estrictamente del significado emotivo de STEVENSON. El último designa el efecto de una expresión, el acto perlocucionario; el primero, lo que expresa en cuanto oración, el acto ilocucionario. El *significado descriptivo* consiste en las propiedades y relaciones en base a las cuales algo es designado como bueno. Una simple reflexión muestra que «bueno» tiene siempre, junto a su significado valorativo, un significado descriptivo. No se puede decir «este objeto es igual que aquel en todos los aspectos salvo en uno: él no es bueno»[137]. Esto pone de manifiesto que el uso de «bueno» está unido a la existencia de determinadas características. Quien designa algo como bueno, dice que esto corresponde a un determinado standard, a determinados criterios. Estos criterios son el significado descriptivo de «bueno». A diferencia del significado valorativo, el descriptivo puede cambiar con el hablante, el objeto sobre el que se habla y la situación. Un corredor de carreras que recomienda un automóvil usa un standard diferente al usado por el filósofo que designa como buena una forma de Estado.

La expresión «debido» (*ought*) se puede analizar de igual manera. Tampoco ésta tiene únicamente un significado pres-

135 En «The Language of Morals» HARE usa sólo la expresión «evaluative meaning»; «prescriptive meaning» se introduce en «Freedom and Reason» para aclarar el carácter prescriptivo de los términos morales (cfr, R. M. HARE, *Freedom and Reason,* p. 27).

136 *Id., The Language of Morals,* pp. 91 y s., 117 y 148.

137 *Ibid*., pp. 80 y s.

criptivo. Quien dice que un comportamiento es debido, implica que él acepta un principio que exige A[138]. Esto diferencia los enunciados en los que aparece la palabra «debido» (juicios de deber) de los imperativos. Ciertamente se pueden indicar razones para los imperativos, pero no se comete ninguna falta lógica si se dice que no hay ninguna[139].

E1 análisis de HARE de las expresiones morales ha recibido duras críticas.

SEARLE aduce contra HARE que los términos morales como «bueno», si bien se usan frecuentemente para realizar el acto de habla de la recomendación, ello no es, sin embargo, suficiente para el análisis del significado de esta expresión. Hay una serie de usos de «bueno» en los cuales «bueno» no se usa para la realización del acto de habla de la recomendación, y que no pueden tampoco designarse como usos[140] derivados o secundarios. SEARLE indica como ejemplo las expresiones «si esto es bueno, entonces debemos comprarlo», «esto solía ser bueno» y «me pregunto si esto es bueno»[141]. HARE no explica estas expresiones, sino que equipara

---

138 *Ibid.,* p. 156 y s. Lo que entiende HARE por «implica», se aclara en los párrafos que siguen: «Type C (You ought to pay him back the money) implies type B (one ought always to pay back money which one has promised to pay back) in the stronger sense that it would be logically illegitimate to give a type C prescription while denying that there was any principle on which it depended. By 'logically illegitimate', I mean that my usage of the word 'ought' would be so eccentric as to make people wonder what I meant hy it.» (*Ibid.,* p. 157; entre paréntesis el ejemplo de HARE de la p. 156.)

139 *Ibid.,* p. 157; *Id., Freedom and Reason,* p. 36.

140 Cfr. sobre esto *Id., The Language of Morals,* pp. 124 y ss.

141 J. R. SEARLE, *Speech Acts,* p. 139.

rápidamente uno de los usos de «bueno» con su significado, sobrepasando la tesis de WITTGENSTEIN de la equiparación de significado y uso[142]. SEARLE llama a esto la «falacia del acto de habla» (*speech act fallacy*)[143].

HARE ha aceptado esta crítica y modificado su teoría. En la versión originaria, la presencia de un término valorativo como «bueno» o la forma imperativa es un indicador del papel ilocucionario de la expresión, es decir, de lo que se *hace* con esta expresión. Según esto, el significado descriptivo de HARE se equipararía al significado locucionario de AUSTIN, es decir, se consideraría como lo que se *dice* con esta expresión. La modificación de su teoría consiste en que el significado valorativo no se agota en la función ilocucionaria, sino que también es parte del significado locucionario. El significado locucionario incluye una caracterización general de lo que se dice, por ejemplo, como proposición, imperativo o pregunta[144]. HARE llama a esta caracterización «trópico» (*tropic*)[145]. El esquema en que se basa el análisis de HARE en su forma modificada es el siguiente[146].

---

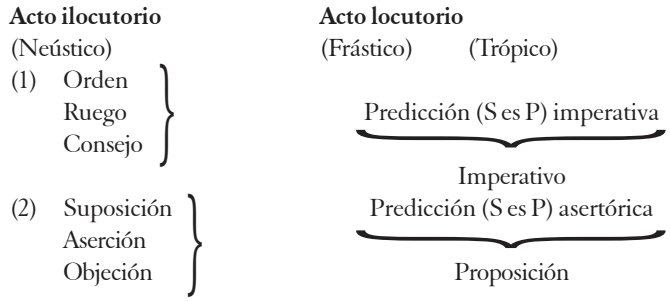
142 Cfr. L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*. § 43: «Para una amplia clase de casos de uso de la palabra 'significado' –aunque no para todos los casos de su uso– se puede explicar el uso de esta palabra así: El significado de una palabra es su uso en el lenguaje».

143 J. R. SEARLE, *Ibid.,* p. 147.

144 R. M. HARE, *AUSTIN's Distinction between Locutionary and Illocutionary Acts,* p. 107.

145 *Id., Meaning and Speech Acts*, en: *Id, Practical Inferences,* London / Basingstoke, 1971, p. 90.

146 Sobre un análisis parecido, así como sobre la crítica de la vieja distinción de HARE entre neústico y frástico cfr. A. ROSS. *Directives and Norms*, London, 1968, pp. 12 v ss.



En el caso de los juicios de valor y de deber se hablará más bien de un trópico prescriptivo o valorativo que de un trópico imperativo. En el caso de un juicio de deber este trópico se puede expresar mediante un operador deóntico, por ejemplo, mediante el operador «es obligatorio...» (O). Más problemático es cómo puede ser expresado el trópico en el caso de un juicio de valor. HARE indica algo en este sentido. El llama «recomendaciones potenciales» (*potentially commendatory*)[147] a las expresiones que contienen una palabra como «bueno»; de ahí la elección de la palabra «recomendable» como expresión del trópico[148]. De esta manera pueden evitarse las dificultades indicadas por SEARLE.

147 R. M. HARE, *Meaning and Speech Acts,* p. 93.

148 Se podría pensar en introducir un operador valorativo «e» análogamente al operador deóntico «O». Si se usa por lo demás «!» como operador imperativo, se pueden diferenciar las tres siguientes formas fundamentales de acto locucionario de las expresiones normativas: «! (S es P)» (imperativo), «O (S es P), (juicio de deber) y «e (S es P)» (juicio de valor). No es, sin embargo, seguro que la introducción de un operador valorativo como «e» tenga sentido. En contra de ello se podría objetar que en un juicio de valor no se dice que sea recomendable que S tenga la propiedad P, sino, mucho más, que S es recomendable porque tiene esa propiedad, y que esto supone una diferencia considerable. A causa de esta dificultad en lo que sigue se renuncia al uso de un operador como «e».

El nuevo análisis de HARE no es sólo una modificación de sus viejas concepciones, sino que contiene también una crítica de la diferenciación de AUSTIN entre acto locucionario e ilocucionario. Esta crítica se corresponde con la ya mencionada de STRAWSON[149]. Según AUSTIN, al acto locucionario pertenece sólo lo que HARE designa como frástico; según HARE, el trópico viene a ser también una parte de lo que AUSTIN incluye dentro de la ilocución. Según esto, el enjuiciamiento moral de una acción se diferencia de su descripción no sólo en el nivel de lo que se hace, sino también en el nivel de lo que se dice. En el primer caso, se expresa un juicio de valor; en el segundo, una proposición descriptiva.

Las concepciones de HARE y STRAWSON tienen una ventaja decisiva frente a la de AUSTIN. Según la teoría de AUSTIN de las dos dimensiones de crítica, en la dimensión de verdad o falsedad el objeto de enjuiciamiento es el significado locucionario. Si bien ahora –como se expuso anteriormente– hay también en esta dimensión aspectos comunes (por ejemplo en la crítica de afirmaciones de hechos y de recomendaciones), subsisten sin embargo importantes diferencias. De ahí que tenga pleno sentido, también en relación con el significado locucionario, efectuar la distinción de tales actos de habla diferentes. Por ello se partirá en adelante del análisis de HARE y STRAWSON.

Hay otra crítica que se dirige contra el prescriptivismo de HARE. Así, WARNOCK indica que las expresiones morales no siempre se usan para prescribir o recomendar. Con ellas se pueden realizar numerosos actos de habla[150]. Esto se debe suscribir. En especial, es

149 Cfr. P. F. STRAWSON, *AUSTIN and «Locutionary Meaning»,* pp. 60 y s.

150 WARNOCK, *Contemporary Moral Philosophy*, pp. 34 y ss. Sobre la variedad de usos de las expresiones morales cfr. también P. H. NOWELL-SMITH, *Ethics*, p. 98.

posible expresar juicios de valor y de deber en el acto de habla de la aserción. Pero esto no tiene por qué ser una refutación del prescriptivismo. La tesis del prescriptivismo es «que los juicios morales, en su usó central, tienen como función propia guiar la conducta»[151]. Esta función puede ser realizada mediante tipos completamente diferentes de actos de habla. Lo único importante es que exista siempre una relación con acciones[152]. Tal relación es también posible en la aserción de juicios de valor o de deber. Así, no se puede afirmar sin más que X es mejor que Y, y elegir luego Y. Por tanto, la tesis del prescriptivismo parece totalmente compatible con el hecho de que los juicios morales puedan ser expresados, por ejemplo, también en el acto de habla de la aserción[153]. Tal acto de habla tiene la siguiente estructura:

Acto ilocutorio	**Acto locutorio**	
(Neústico)	(Frástico)	(Trópico)
Aserción	Predicción (S es P)	imperativa
	Juicio de valor y de deber	

151 R. M. HARE, *Freedom and Reason*, p. 70.

152 Sobre el hecho de que la existencia de casos singulares de disociación de las expresiones y las acciones morales no supone todavía ninguna refutación de la tesis del prescriptivismo; cfr. R. M. HARE, *Freedom and Reason*, pp. 51-85.

153 El carácter prescriptivo de una expresión se expresa en este caso sólo en su trópico. Esto parece concordar bien con la tesis de HARE de que la prescriptividad es una parte del significado (*meaning*) de los términos valorativos *Id*., *Freedom and Reason*, p. 67). Las aserciones de juicios de valor y de deber a menudo se refieren sólo indirectamente a acciones. Encuentran su uso típico en las deliberaciones sobre acciones. Característica de las expresiones en las deliberaciones sobre cuestiones prácticas es que la expresión singular no tiene todavía una relación directa con una acción. El fin de las deliberaciones es precisamente que se pueda revisar una expresión concreta antes de actuar. Esto es así aunque no se pueda afirmar sin más en una deliberación que X es

Hay motivos para pensar que la teoría de HARE del lenguaje de la moral, en la forma modificada aquí indicada, puede resistir tanto los ataques desde el lado de la teoría del acto de habla, como también las objeciones de los enemigos del prescriptivismo.

3.2.2. La teoría de HARE de la argumentación moral

La teoría de HARE de la argumentación moral se basa en su análisis del lenguaje moral.

El resultado más importante de este análisis es la diferenciación entre significado descriptivo y valorativo (prescriptivo). A esta diferenciación corresponden las dos reglas fundamentales de la argumentación moral, el principio de universabilidad (*universalizability*) y el principio de prescriptividad (*prescriptivity*).

La existencia de estas «reglas de la argumentación práctica»[154] justifica el hablar de la racionalidad del discurso moral[155]. Las reglas del discurso moral son, ciertamente, diferentes de las de la

---

mejor que Y, y luego abandonar la deliberación y elegir Y. Además de esta relación directa con las acciones, las aserciones de proposiciones normativas en las deliberaciones tienen una relación directa con las acciones, en tanto que el resultado de una deliberación práctica es una decisión sobre cómo hay que actuar. En conjunto, se puede decir, por tanto, que las aserciones de proposiciones normativas en las deliberaciones prácticas tienen un carácter prescriptivo, por la misma razón que las expresiones valorativas: «it is because we have to make decisions that we have a use for this sort of language» (*Id*., *Freedom and Reason,* p. 61).

154 R. M. HARE, *Wisenschaft und praktische Philosophie,* en: *Philosophie und Wisenschaft,* 9. *Deutsche Kongress für Philosophie,* 1969, ed. de Ludwing Landgrebe, Meisenheim am Glan, 1972, p. 82.

155 Cfr. *Id., The Language of Morals,* p. 45; *Id., Freedom and Reason*, p. 2.

argumentación de las ciencias naturales, pero sería un error, según HARE, suponer que sólo hay una forma de discurso racional[156].

3.2.2.1. HARE parte de la universabilidad de las expresiones descriptivas para la fundamentación del principio de universabilidad (PU). Seguidamente, muestra que las expresiones valorativas comparten esta propiedad por su componente de significado descriptivo[157]. Por universabilidad de expresiones descriptivas entiende HARE el hecho de que una proposición como «a es rojo» obliga a decir igualmente de cualquier objeto que se parezca a «a» en todos los aspectos relevantes, que es rojo. La proposición «esto es rojo» implica (entails) la proposición «todo lo que es como esto en los aspectos relevantes es rojo». Quien afirme lo primero, pero no lo segundo, no usa correctamente la palabra «rojo»[158].

Cuando designamos a «a» como «bueno», lo hacemos *porque* «a» tiene determinadas propiedades no morales. Estas propiedades son el significado descriptivo con que se usa «bueno» en este caso. El PU obliga ahora al hablante a designar igualmente como «bueno» a cualquier objeto que posea estas propiedades.

El que «a» tenga las propiedades mencionadas es la *razón* (*reason*) para la afirmación de que «a» es bueno[159]. El PU exige que esta razón rija en todos los casos. De esta manera, establece una conexión entre la afirmación «a es bueno» y la razón que tenemos para la misma.

Esta conexión consiste en una *regla* moral, que dice que el hecho de que algo tenga determinadas propiedades es una razón

156 *Id., Wisenschaft und praktische Philosophie,* p. 81.

157 *Id., Freedom and Reason,* pp. 10 30.

158 *Ibid*., p. 11.

159 *Ibid*., p. 21.

para designarlo como «bueno». La relación entre el concepto de razón y el de regla se expresa claramente en la siguiente manifestación de HARE: «Cuando hacemos un juicio moral sobre algo, lo hacemos *porque* posee ciertas propiedades *no-morales*. Así, ambas perspectivas sostienen que los juicios morales sobre cosas potenciales se hacen por razones; y la noción de razón, como siempre lleva consigo la noción de una regla que afirma que algo es una razón para alguna otra cosa»[160].

La regla presupuesta en los juicios morales puede tener grados de generalidad completamente diferentes. La regla de no mentir nunca, tiene un alto grado de generalidad; la regla de decir a la mujer siempre la verdad en cuestiones de dinero, un grado bajo[161].

---

160 *Id., Freedom and Reason,* p. 21. M. G. SINGER defiende una concepción totalmente parecida a esta tesis de HARE en su libro «Generalization in Ethics», «The generalization principle [que se corresponde con el principio de universabilidad de HARE], I shall argue, is involved in or presupposed by every genuine moral judgement, for it is an essential part of the meaning of such distinctively moral terms as 'right', 'wrong', and 'ought', in their distinctively moral senses. It is also an essential feature of moral reasoning, for it is pressuposed in every attempt to give a reason for a moral judgement. It thus determines what can count as a moral judgement... It follows from this that there can be no genuine moral judgement apart from reasons, and no moral reasons apart from the generalization principle.» (M. G. SINGER, *Generalization in Ethics*, New York, 1961, p. 34), Según SINGER, el PU cumple todavía una función importante: confiere a quien quiere tratar a una persona A en forma diferente a otra persona B la *carga de la prueba* de que existe una diferencia relevante entre A y B (*Ibid*., p. 31), Sobre este punto se volverá más adelante.

161 Cfr. R.M. HARE, *Freedom and Reason*, pp. 39 y s. Sobre el concepto de generalizabilidad cfr. también *Id., Principles*, en. «Procedings of the Aristotelian Society» 73 (1972/73), pp. 2 y s.

HARE llama a todas estas reglas principios morales[162]. Lo decisivo no es el grado de su generalidad, sino que las reglas son universales, es decir, que en ellas no aparecen expresiones singulares como, por ejemplo, nombres propios[163]. Frecuentemente, no se consigue formular una regla de este tipo al primer intento, Pero en estos casos es posible por lo menos decir que todos los casos que son como a, deben ser tratados como a[164], y esto es ya una regla. Tal regla podría designarse como «regla mínima».

El uso de algunos signos lógicos habituales puede clarificar mejor la tesis de HARE. A las reglas que están en la base del uso de «bueno» se les puede dar la forma[165]

$$(x)\ (F_1 \wedge F_2 x \wedge \ldots\ F_n x \rightarrow x \text{ es bueno})$$

Ahora se puede formular la exigencia de que los juicios morales, para ser correctos, deben seguirse lógicamente de tales reglas juntamente con proposiciones descriptivas. Por lo tanto, en la base

---

162 *Id., Freedom and Reason,* pp. 30 y ss.

163 *Id., Principles*, p. 4.

164 *Id., Universability,* en: «Procedings of the Aristotelian Society», 55 (1954/55), pp. 306 y s. Una expresión como «como a» puede transformarse siempre en una expresión sin constantes individuales. Si no existen expresiones para ello, es posible acuñar una nueva (cfr., *Id., Freedom and Reason,* pp. 11).

165 «F_1» - «Fn» sirven para cualquier predicado descriptivo. «(x)» es el cuantificador universal (para todo x vale...), «x» una variable individual. «$\wedge$» el signo para la conjunción (y), y «$\rightarrow$» el signo para el condicional (si..., entonces...). Sobre las razones para el uso de la expresión «condicional» en lugar de la expresión usada a menudo «implicación» cfr., W. Von O. QUINE, *Grünzüge der Logik*, Frankfurt a. M., 1969, pp. 38 y ss., 62 y ss., así como G. PATZIG, *Sprache und Logik*, en: *Id., Sprache und Logik*. Göttingen, 1970, pp. 70 y ss. Un ejemplo de regla de la forma indicada sería «para todo x vale, si x es una fresa grande, jugosa y roja, entonces x es bueno».

de los juicios de valor correctos está un esquema deductivo de la forma

. (1) (x) ($F_1 \wedge F_2x \wedge ... F_nx \rightarrow$ x es bueno)
. (2) $F_1a \wedge F_2a \wedge ... F_na$
(3) a es bueno (1), (2)[166, 167]

«a» es aquí el nombre o la descripción de un objeto cualquiera.

El análisis de los juicios de deber se parece al de los juicios de valor. «Cuando yo le digo a alguien que debe hacer algo (*that he ought to do something*), estoy obligado a la misma actitud frente a cualquiera que esté en la misma situación exactamente, Cuando yo digo «usted debe hacer x, aunque podría haber alguien en la misma situación exactamente que usted, que no deba hacer x, me contradigo»[168]. Si se simboliza, como es usual en la lógica deóntica; «debido» con el operador deónti-

166 Los puntos a la izquierda de los números significan que la expresión que está a la derecha de los mismos no se deduce de otras expresiones. Los números a la derecha de una expresión indican de qué expresiones se sigue ésta lógicamente. El esquema de deducción indicado no deja claros todos los pasos. Para esto debe ser completado con la premisa (1') «$F_1a \wedge F_2a \wedge ... F_na \rightarrow$ a es bueno». (1') se sigue de (1), según la regla de subsunción, mediante la sustitución de «a» por «x». (3) de (1') y de (2) según la regla de separación. En adelante, por motivos de simplicidad, se renunciará a la indicación de (1'). Sobre las reglas de sustitución y separación cfr., por ejemplo A. TARSKI, *Einführung in die mathematische Logik*, 2.ª ed., Göttingen, 1966, pp. 59 y ss.

167 Cfr. R. M. HARE, *The Language of Morals,* pp. 145 y s.: «A statement of the characteristics of the man (the minor or factual premiss) *together with* a specification of a standard for judging men morally (the major premiss) entails a moral judgement upon him».

168 *Id., Wisenschaft und praktische Philosophie*, p. 86.

co «O»[169] se obtiene el siguiente silogismo deóntico que se encuentra en la base de los juicios de deber:

· (1) (x) $(F_1 \wedge F_2x \wedge \ldots F'_nx \rightarrow OHx)$
· (2) $F_1a \wedge F_2a \wedge \ldots F_na$
(3) OHa (1), (2)[170]

«a» es el nombre o la descripción concreta de una persona, «F_1»-«F_n» y «H» representan cualesquiera propiedades complejas de las personas («H», por ejemplo «reparar el daño»)

Ambos esquemas informan sobre cómo se representa HARE el paso de una razón G a una proposición normativa N: lo que lo

---

169 Se discute si para la comprensión de la estructura lógica de los juicios de deber es necesario algo así como una lógica deóntica. Así, RÖDIG defiende la concepción de que la moderna lógica de predicados es suficiente para esto (J. RÖDIG, *Über die Notwendigkeit einer besonderen Logik der Normen*, en: «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», vol. 2 ¨(1972), pp. 163 y ss.). No parece que esté excluido el que ambos caminos sean practicables. Sobre argumentos en favor de la lógica deóntica cfr. E. MORSCHER/ G. ZECHA, *Wozu deontische Logik?,* en: «ARSP», 58, (1972), pp. 363 y ss.

170 Contra la formalización aquí emprendida de la obligación condicional se podría objetar que la misma conduce a una serie de paradojas (*paradox of derived obligation, paradox of commitment, paradox of contrary-to-duty imperatives*) (cfr. R. M. CHISHOLM, *Contrary-to-Duty Imperarives and Deontic Logic*, en: «Analysis», 24 (1963), pp. 33 y ss.; G. H. von WRIGHT, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action,* Amsterdam, 1968, p. 77; I*d., A New System in Deontic Logic,* en: *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings,* ed. de R. HILPINEN, Dordrecht/ Holland, 1971, pp. 108 y s.; B. HANSSON, *An Analysis of Some Deontic Logics,* en: *Deontic Logic: lntroductory and Systematic Readings,* p. 133). Estas paradojas son casos de las llamadas «paradojas de la implicación material» (cfr. FR. VON KUTSCHERA, *Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen.* Freiburg/

hace posible es una regla moral R que, juntamente con G, implica N. Con ello se plantea inmediatamente la siguiente cuestión: ¿Cómo puede ser justificada esta regla? El PU solo no sirve de nada. Sólo exige *que* se proceda según una regla, pero no dice nada sobre el *contenido* de esa regla. Cualquier regla es compatible con él, ya que sólo exige la consistencia del hablante. Con ello, el PU formula una condición necesaria, pero no suficiente, para la racionalidad del discurso moral. Para dicha racionalidad son necesarias condiciones más fuertes.

3.2.2.2. Una de estas condiciones más fuertes surge, según HARE, de la conexión del PU con el principio de prescriptividad (PP)[171].

HARE intenta aclarar esto de la mano de un ejemplo simple, tomado de una parábola bíblica[172]. A le debe a B dinero, y B le debe dinero a C. La ley prescribe que los acreedores pueden llevar a sus deudores a la cárcel para el cobro de sus deudas. B se pregunta si debe llevar a A a la cárcel. A él le gustaría, pero quiere saber si está moralmente justificado u obligado a ello[173]. Para él se trata del juicio moral «yo debería llevar a A a la cárcel porque no

---

München, 1973, p. 28). Se han propuesto diversas vías para evitar estas paradojas reales o supuestas. Lo más conveniente es el uso de métodos de teoría de modelos (cfr. D. FOLLESDAL/ R. HILPINEN, *Deontic Logic: An Introduction,* en: *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings,* p. 26). Con la ayuda de estos métodos parece posible una interpretación de las fórmulas usadas en el texto que evite las mencionadas dificultades.

171 R. M. HARE, *Freedom and Reason*, pp. 90 y s. 112

172 MATEO, 18, 23.

173 En el ejemplo de HARE, B se pregunta si *debe* llevar a A a la cárcel. Se ha destacado que sería adecuado hacer que B se pregunte si él puede hacerlo. Aquí no podemos entrar en los problemas que se derivan de esta reformulación. Cfr. sobre esto D. P. GAUTHIER, *HARE's Debtors,* en: «Mind», 77 (1968),

paga sus deudas» (N_1). B constata ahora que si acepta N_1, en base al PU debe aceptar también la regla «cualquiera que esté en mi situación debería llevar a su deudor a la cárcel si no paga» (R). Aplicado a B, de R resulta «C debería llevarme a mí, B, a la cárcel» (N_2). El PU obliga a B a aceptar también N_2 si acepta N_1. El PP dice ahora que B sólo acepta N_2 si está dispuesto a aceptar la prescripción singular «deja a C llevarme a la cárcel», es decir, si está dispuesto a dejarse llevar a la cárcel. Pero él no estará dispuesto, ya que esto se opone a sus deseos e inclinaciones. Pero si no está dispuesto a esto, debe también prescindir de N_1. No está moralmente justificado para llevar a A a la cárcel.

En el ejemplo indicado, A está respecto de B en la misma relación exactamente que B respecto de C. El que enjuicia y el afectado están en la misma situación. Casos de este tipo son extraños. Pero esta concordancia fáctica de la situación no es tampoco, según HARE, necesaria. Es suficiente con que el que enjuicia se coloque[174] hipotéticamente en la situación del afectado, y se pregunte si también en esta situación puede aceptar las consecuencias de la regla moral en cuestión[175].

---

pp. 400 y ss.; M. T. THORNTON, *HARE's View of Morality,* en: «Mind», 80 (1971), pp. 617 y s.; N. HOERSTER, *R. M. Hares Fassung der Goldenen Regel*, en: «Philosophisches Jahrbuch», 81 (1974), pp 188 y ss.

174 Sobre las dificultades que se derivan de esto cfr. C. C. W. TAYLOR, *Critical Notice: Freedom and Reason. By R. M. HARE, «Mind»,* 74 (1965), pp. 286 y ss.; H. S. SILVERSTEIN, *A Note on HARE on Imagining onneself in the Place others,* en: «Mind», 81 (1972), pp. 448 y ss.

175 *Ibid.,* p. 93. En «Freedom and Reason», HARE parte de que la exigencia de situarse en el papel del o de los afectados se deriva del PU. Así, califica el postulado «everyone is entitled to equal consideration» como «corollary of the requeriment of universalizability» (*Ibid*., p. 118). Pero existen razones para pensar que ésta es una exigencia independiente, que va más allá del PU

Lo específico del argumento de HARE es que con su ayuda debe ser posible, sólo en base a la *lógica* del lenguaje normativo expresada por el PP y el PU, llegar, a partir del conocimiento de *hechos*, de los *deseos* y de las *inclinaciones* (inclinations and interests) de los afectados y de la *representación* (imagination) de la situación de los otros (es decir, sin uso de premisas descriptivas), al enjuiciamiento de la corrección o incorrección de un juicio moral[176]. HARE acentúa expresamente que esto no significa que las proposiciones normativas sean deducibles de proposiciones sobre hechos. Caracteriza su procedimiento, en referencia a POPPER, como un tipo de exploración (kind of exploration)[177]. El núcleo de su argumento lo forma el modus tollendo tollens ($[p \rightarrow q] \wedge \neg q \rightarrow \neg p$). En el ejemplo, N_2 se sigue de N_1; B no puede aceptar N_2; luego debe rechazar también N_1. Lo esencial de la argumentación moral con-

---

y del PP. El PU y el PP se cumplen si el que juzga está dispuesto a aceptar también para su persona las consecuencias de su juicio moral. El PU y el PP difícilmente prodrían contradecirse si su uso se limitara a los casos en los que las consecuencias afectan realmente a la persona que se juzga. El que uno se deba situar en la situación de otros, incluso cuando se sabe o se puede partir de que uno mismo nunca llegará a esta situación, va considerablemente más lejos. El mismo HARE no está ya seguro, en una reciente publicación, de que la exigencia de un hipotético cambio de papeles sea o no una condición independiente (*Id., Critical Study: RAWLS Theory of Justice,* en: «Philosophical Quarterly» 23 (1973), p. 154). En la base de la exigencia de un hipotético cambio de papeles está la exigencia del reconocimiento del otro como alguien con los mismos derechos. Esta exigencia se fundamentará más adelante como el principio fundamental de la argumentación moral. El argumento de HARE debe tratarse por tanto como si la exigencia de un hipotético cambio de papeles que parece no estar fundamentada en la teoría de HARE, estuviera fundamentada.

176 Cfr. *Ibid.,* p. 94.

177 *Ibid.,* p. 88.

siste, por tanto, según HARE, no en la deducción de juicios singulares a partir de cualquier principio, sino en la prueba de la aceptabilidad de sus consecuencias lógicas[178].

Contra el procedimiento de HARE se pueden plantear serias objeciones. La objeción más importante se refiere a que HARE hace depender de los deseos e inclinaciones del que juzga la cues-

178 El basarse en la disposición del que discute de aceptar las consecuencias de las reglas presupuestas en sus manifestaciones morales diferencia la teoría de HARE de las de los naturalistas como FOOT y WARNOCK. Según la concepción de estos hay, especialmente por lo que se refiere a expresiones morales concretas como «grosero» (rude) y «valiente» (courageous), reglas que establecen que, cuando se está de acuerdo con determinadas aserciones sobre hechos, se debe aceptar también deterrninados juicios de valor. En este sentido, los juicios morales deben ser derivables de aserciones sobre hechos (cfr. Ph. FOOT, *Moral Arguments*, en: «Mind», 67 (1958), p. 509, «Anyone who uses moral terms at all whether to assert or deny a moral preposition, must abide by the *rules for their use,* including the rules about what shall count as evidence for or against the moral judgement concerned. For anything that has yet been shown to the contrary these rules could be *entqilment rules,* forbbiding the assertion of factural propositions in conjunction with the denial of moral proposition». (*Ibid*., p. 510; cursivas mías)). Estas «rules about the grounds» (*Ibid*., p. 511) se corresponden con las reglas presupuestas en los juicios morales o con los principios de HARE. De su utilización debe depender el que un discurso pueda considerarse como moral o no (*Ibid*., p. 510; en forma parecida, G. J. WARNOCK, *Contemporary Moral Philosophy,* London/ Basingstoke, 1967, p. 68). HARE se ha dirigido decididamente contra este tipo de concepciones. Si bien es cierto que muchas convicciones morales firmemente ancladas en una sociedad se han traducido en reglas sobre el significado descriptivo de las expresiones morales, los que argumentan moralmente no están sin embargo estrictamente vinculados por estas reglas. Así, siempre sería posible para el que no participa de estas convicciones no usar en absoluto determinadas expresiones valorativas o usarlas diferentemente o en un sentido no valorativo (K. M. HARE, *Freedom and Reason*, pp. 187 y ss.). Sobre la crítica a la teoría de FOOT cfr. también R. W. BEARDMORE, *Moral Reasoning,* London, 1969, pp. 14 y ss.

tión de si un determinado juicio moral es aceptable en un caso real o imaginario. Esta objeción se corresponde con una objeción a menudo planteada contra la regla de oro, con la que el argumento de HARE coincide en gran medida, si no del todo[179].

Alf ROSS, en su crítica, traslada el ejemplo de HARE a la situación actual. Resalta que, según los criterios propuestos por HARE, sería moralmente inadmisible proceder contra un deudor moroso mediante la ejecución forzosa, ya que a nadie, ni siquiera al acreedor, *le gusta* que se proceda judicialmente contra él[180]. Se podría llevar hasta el extremo esta objeción y decir que, según los criterios de HARE, no se puede exigir absolutamente a nadie una limitación de sus deseos e intereses, ya que si se parte, como propone HARE, sólo de deseos e intereses, todos desean y quieren que éstos no sean limitados.

Sin embargo, en HARE se encuentra otra variante de su argumento[181] que es importante, sobre todo, cuando se tiene que considerar

---

179 Sobre las diferencias entre el argumento de HARE y la regla de oro cfr. N. HOERSTER, *R. M. Hares Fassung der Goldenen Regel*, p. 193. Sobre la regla de oro cfr. H. REINER, *Die «Goldene Regel»,* en: «Zeitschrift für philosophische Forschung» 3 (1948), pp. 74 y ss.; G. SPENDEL, *Die Goldene Regel als Rechtsprincip,* en: *Festschift für Fr. von Hippel,* Tübingen, 1967, pp. 491 y ss.; K. KELSEN, *Das Problem der Gerechtigkeit,* en: *Reine Rechtslehre,* Apéndice, pp. 367 y s.

180 A. ROSS, *On Moral Reasoning*, en: «Philosophical Yearbook», 1 (1964), pp. 127 y ss.

181 ROSS admite en su crítica que él duda al reducir el argumento de HARE a la versión discutida hasta ahora en la que lo único importante son los deseos o intereses del que juzga (A. ROSS, *Ibid.,* p. 127, nota 25). El que sin embargo lo haga lo fundamenta en numerosas manifestaciones de HARE que realmente dan motivos para concebirlo de ésta manera. Se podría reprochar a HARE el que no haya elaborado con suficiente claridad las diferencias entre ambas versiones. Él defiende la segunda versión simplemente coma una ampliación de la primera.

los intereses de muchas personas. HARE aclara esto con el caso, discutido a menudo, de un juez que debe juzgar a un delincuente[182]. En este caso no es suficiente con que el juez se ponga en el lugar de aquél y se pregunte qué querría él en esa situación, sino que tiene que considerar los intereses y deseos de todos aquellos a quienes afecta de alguna manera su decisión[183]. Debe poder aceptar su decisión desde el punto de vista de cualquiera que resulte afectado; de alguna manera, no sólo desde el punto de vista del delincuente. Con esto se plantea el problema de «cómo, cuando hemos considerado todos estos intereses, combinamos la consideración de todos ellos en una respuesta simple para nuestro problema moral»[184].

El argumento de HARE no puede resolver este problema de la combinación de los intereses de muchos. HARE tampoco lo pretende. Su argumento exige sólo «que todos tienen derecho a una igual consideración»[185]. HARE cree que la conexión de su procedimiento con una ética utilitarista puede ayudar, pero renuncia a mostrar cómo es esto posible, y sólo indica algunos problemas de las éticas utilitaristas. Dignos de mención son el problema de la posibilidad de comparar intereses, necesidades, e inclinaciones diferentes tanto de una persona, como también de distintas personas; la cuestión de si una satisfacción igual pero incompleta de todos es

182 *Ibid*., pp. 115 y ss.

183 Se ha destacado que esto significa que, para la comprobación de una proposición normativa, no sólo son importantes sus consecuencias lógicas, sino también, sobre todo, las consecuencias fácticas de la validez de las reglas en las que se basa. Se ha destacado que esto significa que, para la comprobación de una proposición normativa, no sólo son importantes sus consecuencias lógicas, sino también, sobre todo, las consecuencias fácticas de la validez de las reglas en las que se basa.

184 *Ibid*., p. 117.

185 *Ibid*., p. 118.

preferible a la satisfacción completa de la mayoría a costa de unos pocos; y la dificultad de la diferenciación entre necesidades superiores e inferiores[186].

Con esto queda claro, sin embargo, que el uso del argumento de HARE presupone criterios normativos para el equilibrio de intereses. El que juzga y se coloca en la situación de todos los afectados, se debe preguntar en cada caso, qué limitación de intereses puede él aceptar como racional o moralmente justificada. Con esto se pierde una ventaja decisiva del procedimiento de HARE, que no funciona sin premisas normativas, las cuales no pueden ser fundamentadas en dicho procedimiento.

Lo último es válido para todos los casos en que están en juego los intereses de más de dos personas (casos multilaterales). Un caso multilateral se da más a menudo de lo que HARE parece suponer. Así, en el caso del deudor, B tiene que preguntar no sólo si él, en la situación de A, querría aceptar las consecuencias de la regla de que se puede proceder contra los deudores morosos por la vía de la ejecución forzosa, sino que tiene que considerar además los intereses de todos en la existencia de esta regla. El que también en los casos bilaterales son necesarias premisas normativas lo muestra el caso discutido por HARE de dos vecinos de habitación de los cuales, a uno le gusta tocar la trompeta, y al otro oír música clásica[187]. En base al procedimiento de HARE, lo único que se puede decir es que deben ser considerados los intereses de ambos. Pero queda abierta la cuestión

186 *Ibid*., pp. 119 y ss. Sobre esto, como en general sobre los argumentos en favor y en contra del utilitarismo, cfr., J. J. C. SMART/ B. Willians, *Utilitarianism for and against,* Cambridge, 1973. Sobre el utilitarismo cfr. también la bibliografía de D. W. BROCK, *Recent Work in Utilitarianism*, «American Philosophical Quarterly», 10 (1973), pp. 241-276.

187 Cfr. *Ibid*., pp. 112 y ss.

de cómo deben relacionarse entre sí. El que los intereses de ambos deban ser considerados podría, finalmente, valer también para el caso del deudor. No se puede comprender por qué B ha de renunciar, sin más, a su derecho. El tiene que juzgar la situación tanto desde su punto de vista como también desde el punto de vista de A[188]. Pero HARE no ofrece ningún criterio para tal enjuiciamiento.

El que el uso del criterio de HARE presuponga premisas normativas no hace, sin embargo, que carezca de valor. Es una exigencia absolutamente llena de sentido el que yo sólo le puedo exigir a otros lo que yo, según mis *convicciones morales*, consideraría aceptable en su situación.

Pero aquí aparece en seguida una nueva dificultad. Según esta versión más débil, se puede justificar cualquier juicio moral si se presupone que el hablante está dispuesto a considerar moralmente aceptables las correspondientes limitaciones, también si le afectan a él. HARE menciona con frecuencia en este contexto el ejemplo de un nacionalsocialista que considerara correcta su muerte en el caso de que él fuera un judío.

HARE intenta salvar estas dificultades mediante la diferenciación de dos tipos de argumentación moral. El primer tipo está caracterizado porque los hablantes persiguen sus intereses[189] y, por ello, en base al PU y al PP están obligados a tener en cuenta los intereses del prójimo en la misma medida que los propios. Lo ca-

---

188 Cfr. sobre esto N. HOERSTER, *R. M. Hares Fassung der Goldenen Regel,* p. 195.

189 HARE define el concepto de interés por referencia al concepto de deseo: «To have an interest is for there to be something which one wants (or my be) a means, necessary or sufficient, for the attainment of something wich one wants (or my want)» (*Ibid.,* p. 157; cfr. también p. 122). El concepto de deseo se determina a su vez mediante el concepto de aceptación de un precepto. «To want something, is to assent to a prescription of some sort» (*Ibid., Wrong-*

racterístico del segundo tipo es que el hablante no se refiere a intereses, sino a ideales[190]. Tener un ideal significa considerar algo como extraordinariamente bueno[191]. Si bien el argumento de HARE es adecuado para lograr un equilibrio entre intereses, no lo es, sin embargo, para lograrlo entre intereses e ideales, y entre ideales. Esto no es ningún problema mientras nadie intente hacer prevalecer sus ideales frente a los intereses de otros, y tampoco frente a sus propios intereses. Sólo surge un problema serio cuando alguien está dispuesto a sacrificar por sus ideales tanto sus propios intereses como también los de su prójimo. Contra éste –HARE lo llama un fanático– no tendrán ningún poder los argumentos morales.

El ejemplo de HARE más importante para esto es el del nacionalsocialista que, si resultara que él es judío, estaría dispuesto, seriamente, y con pleno conocimiento de causa, a ir a la cámara de gas[192]. Contra él no se puede conseguir nada con los medios de la argumentación moral[193].

La estricta separación de HARE entre los argumentos que se refieren a intereses y los que se apoyan en ideales no carece de problemas[194]. Ya se mostró que para el enjuiciamiento de la corrección de una regla moral no es suficiente el simple cambio de papeles. Son necesarios también criterios sobre la corrección

---

ness and Harm, en: *Id., Essays on the Moral Concepts, London/ Basingstoke,* 1972, p. 98).

190 En este contexto, HARE habla de «two kinds of grounds», cfr. *Ibid.,* p. 149.

191 *Ibid.,* p. 159.

192 *Ibid.,* pp. 170 y ss.

193 *Ibid.,* p. 151.

194 Sobre la crítica de esta diferencia cfr, R. N. BERKI, *Interest and Moral Ideals,* en: «Philosophy» 49 (1974), pp. 265 y ss.

moral o la justicia del equilibrio de intereses. Pero a tales criterios se los podría perfectamente llamar ideales. Además, se debe considerar que tanto lo que una persona considera que son sus intereses, como también lo que supone que son los intereses de los demás, depende de sus ideas sobre lo qué es bueno o malo, obligatorio o prohibido. Esto queda claro en el ejemplo, discutido por HARE, del drogadicto[195]. HARE considera que el internamiento de éste en un centro y su desintoxicación obligada sería en su interés. Pero se le podría oponer que esto sólo lo puede decir alguien que esté convencido de la corrección de una determinada forma de vida.

Las debilidades de la diferenciación entre intereses e ideales no hacen, sin embargo, que ésta sea inútil. El que alguien haga prevalecer desconsideradamente un principio es diferente a que se tomen en consideración los intereses del prójimo, conformados e indicados normativamente de alguna manera. Queda claro que el argumento de HARE presupone premisas normativas, no sólo a propósito de la cuestión de cómo se pueden poner en relación los intereses, necesidades, etc., de diferentes tipos e intensidades, de distintas personas, sino también a propósito de la cuestión de qué se tiene que entender por intereses, necesidades, etc. Si se tiene esto a la vista, tiene pleno sentido el argumento de HARE en la siguiente forma.

Cualquiera debe poder aceptar las consecuencias de la regla presupuesta en su proposición normativa para la satisfacción de los intereses de cualquier persona individual, incluso en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de esta persona. En esta forma, el argumento no es todavía suficiente para la justificación de proposiciones normativas, ya que «poder aceptar»

195 *Ibid*., p. 174.

significa en la misma «poder aceptar corno moralmente justificado», y eso supone premisas normativas que también habría que justificar. Sin embargo, lo que queda excluido son las proposiciones normativas que el que juzga, si se encontrara en la situación de cualquier otro, no podría aceptar según sus convicciones normativas.

3.2.2.3. Hasta ahora no se ha planteado la cuestión de en qué sentido se puede decir que HARE ha fundamentado el PU y el PP. Según HARE, en estos principios se trata de tesis sobre el significado de las expresiones morales[196]. No es imposible usar expresiones como «bueno» y «debido» de un modo no prescriptivo y no universalizable. Pero en este caso ya no se toma parte en el discurso moral[197]. Se ha dejado de hablar el lenguaje de la moral y se está excluido, por tanto, del «moral 'game'»[198]. Si bien la mayoría juega este juego[199], no se puede dar una fundamentación moral de por qué se debe hacer esto[200]. Para ello se debería proceder ya según las reglas que todavía están por aceptar.

Por tanto, el PU y el PP sólo pueden calificarse de fundamentados, como HARE ha mostrado, en el sentido de que definen un determinado juego de lenguaje, un juego de lenguaje que se juega, por lo general, cuando los hombres discuten sobre cuestiones prácticas.

Esta idea recuerda a la teoría de HARE, expuesta en «The Language of Morals», de la justificación completa de una decisión,

196 *Ibid.,* pp. 30 y s., y 97.

197 *Ibid.,* pp. 99 y s, y 164.

198 *Ibid.,* p. 89.

199 *Ibid.,* p. 98.

200 *Ibid.,* p. 101.

a la que también se refiere a veces en «Freedom and Reason»[201]. «Una justificación completa de una decisión consistiría en una consideración completa de sus efectos juntamente con una completa consideración de los principios que cumple, y de los efectos de cumplir tales principios, pues, desde luego, son los efectos (en lo que consiste de hecho el obedecerlos), lo que también da contenido a los principios. Así, si tenemos que justificar una decisión de manera completa, tenemos que dar una especificación completa de la *forma de vida* de la cual constituye una parte»[202]. Pero una forma de vida no se puede justificar. Uno sólo puede decidirse por ella, e intentar vivir según la misma. El parecido de esta idea con la teoría de las formas de vida de WITTGENSTEIN es evidente. Esta idea está también en la base de la tesis de la imposibilidad, en última instancia, de elección entre ideales diferentes (como, por ejemplo, los de un nacionalsocialista y los de un liberal[203]).

3.2.3. Sobre la crítica de la teoría de HARE de la argumentación moral

Ya se han planteado las dos objeciones quizá más importantes contra la teoría de HARE. Para la fundamentación del procedimiento de HARE parece que es necesario, junto al PU y al PP, como principios basados en la lógica del lenguaje de la moral, un principio normativo, como el principio de igualdad de derechos. Este defecto, sin embargo, no es demasiado importante, ya que, como se demostrará más adelante, un principio de este tipo puede ser fundamentado. Más importantes son las objeciones contra la utilidad de este procedi-

201 *Ibid.,* p. 37.

202 *Id., The Language of Morals,* p. 69 (cursivas mías).

203 Cfr. *Id., Freedom and Reason*, p. 163.

miento. Si se guía uno por lo que le gustaría al afectado, se llega a resultados inaceptables; si se parte de lo que éste considera correcto, se presuponen premisas normativas adicionales. Esto último no priva de sentido al procedimiento, pero muestra que, por sí solo, no es suficiente; si ello es posible, hay que completarlo.

La separación estricta entre los argumentos que se refieren a intereses y los que se apoyan en ideales es también problemática. Esta separación no se puede realizar tajantemente en cada caso. Pero la diferenciación entre argumentos que no toman, en absoluto, en consideración los intereses, y aquéllos que sí lo hacen, es posible y tiene pleno sentido.

También debe ser puesta en duda la tesis de la imposibilidad de justificación –y por tanto de crítica– de ideales y de formas de vida. Sin duda, toda argumentación tiene que acabar alguna vez. La cuestión es si no se puede pensar siempre que todavía se pueden aducir nuevas razones[204]. En todo caso, HARE no considera una posibilidad de crítica, ya mencionada por STEVENSON: la investigación del origen de los ideales y formas de vida. Este procedimiento se tratará a fondo en relación con la discusión de la teoría de la deliberación racional de la escuela de Erlangen.

Pese a estos puntos de crítica, la teoría de HARE contiene aportes muy importantes para una teoría del discurso práctico racional.

1. Hay que mantener, en primer lugar, la modificación de HARE de la concepción de AUSTIN del acto de habla valorativo o prescriptivo.

2. La concepción de HARE de la universabilidad de los juicios morales es de importancia fundamental. Quien expresa un juicio moral presupone una regla. Esta regla determina qué es

204 Cfr, *supra,* p. 89

una razón G, para un juicio moral N. El concepto de razón está por tanto estrechamente unido al concepto de regla. Esto significa, en la cuestión planteada por STEVENSON de la relación entre G y N, que N siempre se sigue lógicamente de G, conjuntamente con una regla R que dice que G es una razón para N. Esta regla puede ser muy específica, dando por supuesto que sea universal.

3. También es importante la concepción de HARE de la comprobación de los juicios morales. Quien expresa un juicio moral debe estar dispuesto a aceptar cualquier limitación de intereses exigida por la regla presupuesta en ese juicio, incluso en el caso en que ésta le afecte a él. «Aceptar» significa aquí «aceptar como moralmente justificada».

4. Por último, hay que resaltar la concepción de HARE del discurso moral como una actividad racional con los mismos derechos que la de las ciencias empíricas.

3.3. La teoría de TOULMIN

Al igual que HARE, TOULMIN se dirige contra la concepción de que la argumentación moral es, en el mejor de los casos, una cuestión a explicar psicológicamente. Para ello, parte directamente del problema de STEVENSON de la relación de una razón G con una proposición normativa N[205]. Para él, la cuestión central es: «qué es lo que hace de un conjunto particular de hechos, R, una buena razón para una conclusión ética particular, E»[206]. La respuesta que TOULMIN da a esta cuestión consiste en la tesis de que junto a reglas de inferencia lógicas y científicas (TOULMIN incluye entre éstas las

205 Cfr. *supra,* pp. 78 y ss.

206 St. E. TOULMIN, *An Examination of the Place of Rason in Ethics,* Cambridge, 1950, p. 4. En esta investigación, en lugar de las letras «R» y «E» se usan las letras «G» y «N» por las razones indicadas en p. 75.

reglas de la inferencia inductiva), existen reglas de inferencia que son «específicas para los argumentos éticos» (*peculiar to ethical arguments*). Estas reglas de inferencia permiten el paso de razones fácticas (G) a una conclusión normativa (N). TOULMIN llama a las conclusiones de este tipo «conclusiones valorativas»[207].

3.3.1. La función de la ética

Para encontrar tales reglas de inferencia, o –dicho de otra manera– para encontrar criterios para las buenas razones, recurre TOULMIN a la idea de WITTGENSTEIN de que el lenguaje es una herramienta que se puede usar para diversos fines[208]. Su función va desde las descripciones hasta los juegos de palabras. Los criterios sobre su uso correcto dependen de la función que ha de realizar dentro de un determinado contexto social[209]. En las descripciones, este criterio es, según TOULMIN, la teoría de la verdad como correspondencia[210]; en los juegos de palabras puede serlo, por ejemplo, una determinada letra al comienzo de las palabras[211]. Mediante una investigación de la función que el lenguaje moral desarrolla en los contextos sociales, se puede encontrar cuál es el criterio del uso adecuado del lenguaje de la moral[212].

---

207 *Ibid.,* p. 38; cfr. también pp. 3 y 56.

208 L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen,* § 11. «Piensa en las herramientas en una caja de herramientas; allí hay un martillo, unos alicates, una sierra, un destornillador, un metro, un bote de cola, pegamento, clavos y tornillos. Tan diferentes como las funciones de estos objetos son las funciones de las palabras»

209 St. E. TOULMIN, *Ibid.,* p. 84.

210 *Ibid.,* pp. 72 y ss.

211 *Ibid.,* pp. 81 y s.

212 *Ibid.,* pp. 84, y 223.

Para encontrar tales criterios, TOULMIN compara la función de las explicaciones científicas con la de los enunciados de la ética. Un bastón metido en el agua parece como si estuviera partido. Esto es sorprendente. La tarea[213] de la explicación científica consiste, según TOULMIN, en transformar esta sorpresa en algo esperado[214]. Y esto lo hace ordenando toda la experiencia disponible según criterios de fiabilidad predictiva (*predictive reliability*), de coherencia (*coherence*) con las teorías de campos cercanos y de conveniencia (*convenience*)[215]. De este modo, el enunciado «esté bastón parece que está partido», a partir de una información directa o una expresión de nuestra experiencia, se transforma en el juicio científico completamente desarrollado (*fully-fleged scientific judgement*) «este bastón no está realmente partido; el que lo parezca es una ilusión óptica»[216].

Lo importante ahora es que también en la ética existe esta diferencia entre informaciones y expresiones directas, espontáneas, de sentimientos, y juicios morales completamente desarrollados. Tales juicios morales completamente desarrollados son el resultado de la reelaboración de toda la experiencia obtenible[217]. Sin embar-

---

213 Las expresiones «tarea», «función» y «fin» se usan aquí, como lo hace TOULMIN, en su significado ordinario. Los enunciados que contienen una de estas expresiones se pueden transformar en enunciados que contienen las otras.

214 *Ibid*., p. 88.

215 *Ibid.,* p. 95.

216 *Ibid.,* pp. 122 y s.

217 *Ibid.,* p. 124 y s. Sobre una diferenciación completamente distinta entre informaciones directas de experiencias y sentimientos, por una parte, y juicios (*judgements*), por otra, cfr. K. BAIER, *The Moral Point of View*. Ithaca/London, 1958, pp. 48 y ss.

go, existe una diferencia importante: las explicaciones científicas no cambian las experiencias que explican. Por el contrario, la esencia de la argumentación moral consiste precisamente en que los sentimientos morales manifestados espontáneamente resultan modificados[218].

Ciencia y ética tienen por tanto en común la elaboración de las experiencias sensoriales o emocionales espontáneas en un principio. Sin embargo, las funciones que cumplen con esto son diferentes. Por ello, tampoco es la misma la lógica de la elaboración. La función de la ética es «correlacionar nuestros sentimientos y conducta de tal manera que el cumplimiento de los fines y deseos de cada uno resulten entre sí tan compatibles como sea posible»[219]. «La ética se refiere a la satisfacción armoniosa de deseos e intereses»[220]. Con el cumplimiento de esta tarea sirve la ética a su meta más elevada, evitar el sufrimiento evitable[221].

3.3.2. El análisis de Toulmin de la argumentación moral

A partir de esta función Toulmin cree poder indicar los criterios para determinar qué es una buena razón en favor de una proposición normativa, y qué no lo es.

Para ello, diferencia dos formas y dos niveles de argumentación moral.

La primera forma se da cuando una acción se justifica porque una regla moral vigente en la sociedad del hablante la ordena.

---

218 *Ibid.,* p. 127.

219 *Ibid.,* p. 137; cfr, también pp. 145 y 168.

220 *Ibid.,* p. 223.

221 *Ibid.,* p. 142.

La segunda forma aparece cuando para la fundamentación de una acción (o de una regla) se aduce que ella causa menos daño que la alternativa discutida[222]. En la primera forma se justifica mediante la indicación de una regla; en la segunda, mediante la indicación de las consecuencias. La primera forma es deontológica, la segunda teleológica[223]. La segunda forma sirve directamente a la meta de la ética mencionada anteriormente, evitar el sufrimiento evitable. En la primera forma esto es así sólo en la medida en que las normas morales vigentes en una sociedad armonicen la vida en común de los hombres de tal manera que se evite el sufrimiento evitable. TOULMIN opina que esto sucede así por regla general[224].

La primera forma de argumento une la argumentación moral a las normas morales existentes. La segunda forma sirve al desarrollo de su función crítica. Esta función crítica se cumple mediante la adaptación de los sistemas morales a las nuevas circunstancias, acercándose a la meta de evitar el sufrimiento evitable. Con ello, la argumentación moral se conecta, por un lado, con la situación existente y, por otro lado, sirve al ideal de una sociedad, «en la que no se tolera ningún sufrimiento o frustración, dentro de

---

222 *Ibid.,* p. 132. La segunda forma de argumento es una variante del utilitarismo negativo. Sobre este concepto cfr. K. R. POPPER, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde,* vol. 1, *Der Zauber Platons,* Bern/ München, 1957, nota 6 del capítulo 5, nota 2 del capitulo 9; críticamente sobre esto R. N. SMART, *Negative Utilitarianism,* en: «Mind», 67 (1958), pp. 542 y s. Sin embargo, TOULMIN considera que también es compatible con su teoría una concepción positiva (cfr., *Ibid.,* pp. 159 y s.).

223 Sobre estos conceptos cfr. W. K. FRANKENA, *Analytische Ethik,* München, 1972, pp. 32 y ss.; C. D. BROAD, *Five Types of Ethical Theory*, London 1930, pp. 206 y s.

224 St. E. TOULMIN, *Ibid.,* pp. 136 y 223.

los límites de los recursos existentes y del estado del conocimiento»[225].

De estas dos formas se debe diferenciar los dos niveles de la argumentación moral. En el primer nivel se trata de la justificación de acciones individuales; en el segundo, de la justificación de reglas morales. La justificación de acciones individuales se produce de la primera forma[226]. La segunda forma tiene lugar sólo si dos reglas colisionan, o cuando no es aplicable ninguna de las reglas vigentes en la sociedad del hablante[227]. Para la justificación de reglas morales, por el contrario, sólo sirve la segunda forma[228].

3.3.3. La teoría general de la argumentación de TOULMIN

Como ya se ha expuesto, TOULMIN defiende la tesis de que hay reglas morales de inferencia especiales para el paso de proposiciones sobre hechos (G) a proposiciones normativas (N). La existencia de estas reglas posibilitaría el diferenciar los argumentos morales válidos de los inválidos. TOULMIN va todavía un paso más allá. Según él, una proposición moral es *verdadera* si se pue-

225 *Ibid.,* p 223

226 *Ibid.,* pp. 145 y s.

227 *Ibid.,* pp. 146 y ss.

228 *Ibid.,* pp. 148 y ss. La concepción de TOULMIN de la argumentación moral puede por tanto ser calificada como una variante del utilitarismo de reglas. La característica de este tipo de utilitarismo es que no se juzga las acciones concretas directamente según sus consecuencias (utilitarismo de acciones), sino las acciones concretas según reglas, y sólo estas reglas según sus consecuencias. Sobre el utilitarismo de reglas cfr. por todos J. RAWLS, *Two Concepts of Rules,* en: «Philosophical Review», 64 (1955), pp. 3 y ss. Críticamente sobre esta teoría J. J. C. SMART, *Extreme and Restricted Utilitarianism,* en: «Philosophical Quarterly», 6 (1956), pp. 344 y ss.; R: M. HARE, *Freedom and Reason*, pp. 130 y ss.

den aducir buenas razones para la misma[229]. De esta forma, de la existencia de tales reglas depende no sólo la posibilidad de diferenciación entre argumentos morales válidos e inválidos, sino también la capacidad de verdad de las proposiciones normativas[230]. Con ello, TOULMIN pone en primer plano el argumento de STEVENSON anteriormente discutido: la posibilidad de diferenciación entre argumentos válidos e inválidos no presupone la capacidad de verdad de las proposiciones normativas, sino que la capacidad de verdad de estas proposiciones presupone la posibilidad de esta diferenciación.

En «The Place of Reason in Ethics» no se encuentran formulaciones explícitas de reglas valorativas de inferencia[231]. Sólo se encuentran descripciones de ambas formas de argumento, así como argumentos concretos basados en estas reglas[232]. Para llegar a una formulación explícita, así como para una mayor determinación de su carácter lógico, es conveniente analizar «The Uses of Argument»[233] de TOULMIN.

El objeto de esa investigación es la lógica de los argumentos que realmente tienen lugar (*working logic*[234], *applied logic*[235]). Por «lógica» entiende aquí TOULMIN, no lo que hoy se designa como

---

229 St. E. TOULMIN, *Ibid.,* pp. 53, 72 y ss.

230 Sobre la conexión de la teoría de la argumentación de TOULMIN con una teoría de la capacidad de verdad de las proposiciones normativas cfr. G. C. KERNER, *The Revolution in Ethical Theory*, pp. 107 y ss.

231 Cfr. sobre esto K. NIELSEN, *Good Reason in Ethics: An Examination of the Toulmin-Hare Controversy,* en: «Theorie» 24, (1958), p. 18 nota 20.

232 Cfr. St. E. TOULMIN, *Ibid.,* pp. 132, 150 y 224.

233 St. E. TOULMIN, *The Uses of Argument,* Cambridge. 1958.

234 *Ibid.,* p. 9.

235 *Ibid.,* pp. 255, 95

lógica matemática o formal, sino la teoría de la justificación de aserciones y del enjuiciamiento de argumentos[236]. Una lógica así entendida tiene más similitud con la Jurisprudencia que con la matemática[237]. Así como la .Jurisprudencia describe las reglas según las cuales se puede, por ejemplo, hacer valer judicialmente pretensiones, la lógica determina las reglas según las cuales se fundamentan y rebaten aserciones. Según TOULMIN, la lógica y la Jurisprudencia se parecen tanto que él enuncia la tesis de que la lógica es Jurisprudencia generalizada: «Logic (we may say) is generalized jurisprudence»[238]. Con ello, TOULMIN se dirige contra la tradición de la lógica que desde ARISTÓTELES persigue el ideal de la matemática. A esta tradición le reprocha el orientarse únicamente según el paradigma del silogismo[239], una forma de argumento no muy importante, en su opinión, para el enjuiciamiento de la argumentación práctica. De esta manera, se ha perdido la relación de la lógica con la argumentación práctica[240]. Para restablecer esta relación es necesaria una reforma radical de la teoría de la lógica[241]. La exigencia de tal reforma radical no significa que la lógica tradicional carezca de valor. Ningún argumento la puede contradecir. La reforma es necesaria más bien porque la lógica tradicional no es suficiente para juzgar la fuerza y las debilidades de los argumentos no analíticos (materiales)[242].

---

236 *Ibid.,* pp. 6 y s.

237 *Ibid.,* pp. 7 y s., 15, 96, 143, 147, 171 y 255.

238 *Ibid.,* p. 7.

239 *Ibid.,* p. 149

240 *Ibid.,* p. 147.

241 *Ibid.,* p. 253.

242 *Ibid.,* p. 173.

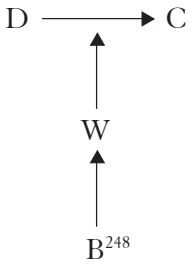
A los efectos de tal reorganización, TOULMIN analiza los argumentos usados en campos (*fields*) tan diferentes como los de la física, la Jurisprudencia y la ética, y llega al resultado de que, en lo esencial, tienen la misma estructura. En todos los campos, con las aserciones se plantea la pretensión (*claim*) de que sean aceptadas[243]. Si esta pretensión es puesta en duda, hay que fundamentarla. Esto se realiza aduciendo hechos como razones. Así, la aserción de que Harry es un ciudadano británico (C = claim or conclusion) se fundamenta en el hecho de que Harry nació en las Bermudas (D = data). Un oponente puede atacar este argumento de dos maneras. Puede cuestionar la verdad de D, pero puede también dudar de que D pueda fundamentar C. En el segundo caso, el proponente tiene que justificar el paso (*step*) de D a C. Esta justificación no puede producirse mediante la indicación de nuevos hechos. Es necesaria una proposición de un nuevo tipo lógico: una regla de inferencia (*inference-licence*)[244]. Tales reglas de inferencia tienen, por ejemplo, la forma: «Datos como D nos autorizan a extraer conclusiones o a realizar pretensiones como C»[245]. TOULMIN llama a tales reglas «warrants» (W). En el caso del ejemplo mencionado, W es del siguiente tenor: «Quien ha nacido en las Bermudas es ciudadano británico». También estas reglas de inferencia pueden ser puestas en duda. En el presente caso, sólo se puede indicar para la defensa de W el hecho, por ejemplo, de

243 *Ibid.,* pp., 11 y 97.

244 TOULMIN ha tomado de RYLE la idea de que en la base de los argumentos están reglas que permiten el paso de una proposición a otra (cfr. *Ibid.,* p. 260; O. BIRD, *The Discovery of the Topics,* en: «Mind», 70 (1961), p. 534). Sobre el concepto de *inference-licence* cfr. G. RYLE, *The Concept of Mind*, New York/ Melbourne/ Sydney/ Cape Town, 1949; pp. 121 y ss., y 306.

245 St, E. TOULMIN, *Ibid.,* p. 98.

que una determinada ley fue aprobada por el parlamento[246]. A las indicaciones de este tipo las llama TOULMIN «backing» (B)[247]. De esta manera surge la siguiente estructura de argumento.



C se sigue aquí lógicamente de D y W[249]. Esta conclusión tiene, en el caso del ejemplo indicado, la siguiente forma:

- (1) (x) (Fx → Gx) (W)
- (2) Fa (D)

  (3) Ga (C) (1), (2)[250]

246 Para un ejemplo no trivial de uso del esquema de TOULMIN cfr. D. WUNDERLICH, *Grundlagen der Linguistik,* Rewinbek bei Hamburg, 1974, pp. 71 y ss.

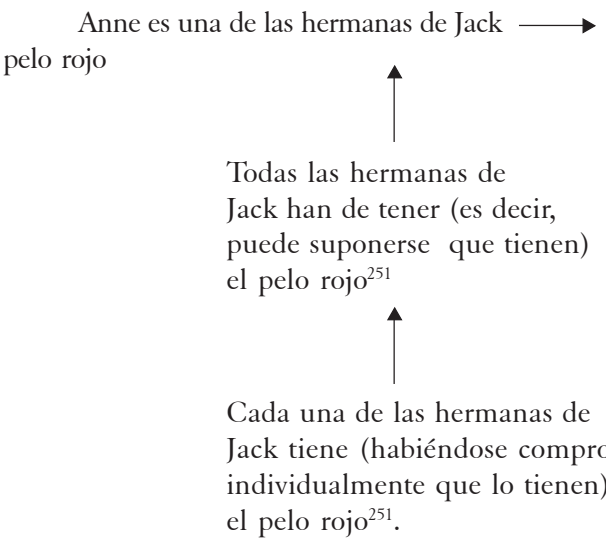
247 *Ibid.,* p. 103.

248 *Ibid.,* p. 104. TOULMIN introduce como otros conceptos fundamentales el calificador (cualifier Q) y la condición de refutación (*condition of rebuttal R*). El calificador fija la modalidad (necesario, posible, probable, etc.) con la que C puede ser afirmado en base a D y W; la condición de refutación indica cuándo W no permite el paso de D a C (*Ibid*., pp 100 y ss.).

249 *Ibid.,* pp. 119 y 123.

250 Con esto, la justificación de TOULMIN de C mediante D y W se corresponde con la de HARE de N mediante G y R. Cfr. *supra*, pp. 109 y ss.

Por el contrario, de D y B no se sigue C en el ejemplo indicado. Sin embargo, hay argumentos en los que C también se sigue de D y B. Como ejemplo de esto, TOULMIN indica el argumento



TOULMIN llama *analíticos* a los argumentos de este tipo. Frente a éstos coloca los argumentos *materiales*, en los cuales C no se deduce de D y B[252].

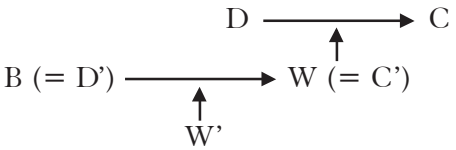
Con la ayuda de las diferenciaciones encontradas hasta ahora se puede aclarar qué entiende TOULMIN por reglas de inferencia valorativa.

La proposición normativa que debe ser justificada (C) es: «A ha actuado moralmente mal». Como razón se aduce «A ha mentido» (D). La regla de inferencia sería aquí un enunciado

251 *Ibid.,* p. 124.

252 *Ibid.,* pp. 123 y ss.

cuyo contenido fuera «mentir es moralmente malo» (W). A su vez, esta regla de inferencia puede ser justificada mediante la indicación, por ejemplo, de las malas consecuencias del mentir (B). Con esto, la misma W es objeto de una justificación de segundo nivel, C'. Lo que ahora es de importancia decisiva es que también en este segundo nivel se usan reglas de inferencia[253]. Según la teoría de la moral de TOULMIN, hay que usar, como regla de segundo nivel, una como «una regla cuyo seguimiento evita sufrimiento evitable es buena» (W'). W' permite el paso de B (= D') (mentir [como práctica] causa sufrimientos evitables) a C', esto es, a la W de la fundamentación del primer nivel. El citado argumento tiene, pues, la siguiente estructura[254]:



Ahora se plantea inmediatamente la cuestión de cómo puede justificarse W'. Según TOULMIN, hay que rechazar esta cuestión. Si no se quiere limitar la argumentación racional a argumentos analíticos, no se puede poner en duda y justificar todas las reglas de inferencia. Si no se aceptan por el interlocutor, desde un principio, algunas reglas de inferencia, no puede empezar la argumentación[255]. Ciertamente, se puede discutir sobre reglas de inferencia, pero tal discusión sólo tiene sentido si uno se pone de acuerdo sobre las reglas de inferencia del siguiente nivel[256].

---

253 Sobre el uso de reglas de inferencia para la fundamentación de reglas de inferencia, cfr, St. E. TOULMIN, *Ibid*., p. 106.

254 Cfr. *Ibid., The Place of Reason in Ethics,* pp. 132 y 150.

255 *Id., The Uses of Argument;* pp. 100 y 106.

256 *Ibid.,* pp. 175 y s.

3.3.4. Problemas de la teoría de TOULMIN

3.3.4.1. La teoría de TOULMIN plantea una serie de problemas. Uno muy discutido es la concepción de TOULMIN de la existencia de reglas valorativas de inferencia. Esta ha sido duramente criticada, especialmente por HARE. Según éste, sólo se podría denominar reglas de inferencia a las reglas de la lógica. Pero las reglas valorativas de inferencia de TOULMIN no son reglas lógicas. No se apoyan en el significado de las expresiones, entre las cuales deben establecer una relación. Además, es posible negar una de tales reglas sin contradecirse. Estas son más bien reglas de contenido moral[257], que se pueden considerar sin más como premisas de silogismos prácticos[258]. El que la mayoría de los hablantes, al aducir razones, prescindan de la mención

257 Cfr. G. C. KERNER, *The Revolution in Ethical Theory*, p. 103.

258 R. M. HARE, *An Examination of the Place of Reason in Ethics. By Stephen Edelson TOULMIN,* en: «Philosophical Quarterly», 1 (1959/51), p. 374; *Id., The Language of Morals,* pp. 45, 48 y ss.; *Id., Freedom and Reason*, p. 87. Para una descripción de la controversia cfr. N. PIKE, *Rules of Inference in Moral Reasoning,* en: «Mind» 70 (1961), pp. 391 y ss. El concepto «silogismo práctico» se usa aquí, en conexión con HARE, para designar aquellas conclusiones en las cuales se concluye de una premisa normativa juntamente con, al menos, una premisa no normativa, una conclusión normativa (cfr. R. M. HARE, Recensión: *An Examination of the Place of Rason in Ethics,* p. 374; *Id*., *The Language of Morals,* p. 25, nota 1) Sobre el concepto de silogismo práctico en ARISTÓTELES (Cfr. por ej. *Etica a Nicómaco* 1147 a) véase G. H. von WRIGHT, *On So Called Practical Inference,* «Acta sociológica» 15 (1972/73), p. 39 y s.; G. KALINOWSKI, EINFHÜRUNG IN DIE NORMENLOGIK, Frankfurt a. M., 1973, pp. 15 y ss. Sobre otro uso de la expresión «silogismo práctico» en el que se trata de la relación de intenciones y acciones, cfr. G. H. von WRIGHT, *Ibid*., pp. 40 y ss.; *Id., The Varieties of Goodness,* London/ New York, 1963, pp. 162 y ss.; *Id., Erklären und Verstehen,* Frankfurt a. M., 1974, pp. 93 y ss.

de tales reglas como premisas, no es importante. Sus argumentos son entimemáticos[259].

En la teoría de la ciencia existe un problema completamente análogo. Se trata de la cuestión de si las leyes de la naturaleza deben ser consideradas en las explicaciones como premisas o como reglas de inferencia. STEGMÜLLER ha señalado con razón que esta discusión viene a ser una pseudodiscusión, ya que es posible tanto lo uno como lo otro[260].

Esto vale también para la ética. Ciertamente, hay que señalar con HARE que los principios morales considerados como reglas valorativas de inferencia son algo diferente de las reglas lógicas. Tienen un contenido normativo y deben ser fundamentados de un modo específico.

La calificación de la controversia entre HARE y TOULMIN como una pseudodiscusión no significa que carezca de importancia. Se puede suponer que no sólo todos los principios morales pueden ser considerados como reglas de la argumentación moral, sino también que numerosas reglas del discurso moral pueden ser consideradas como principios morales. Esto podría ser de gran importancia, ya que se puede pensar que reglas que en cuanto principios morales sólo pueden ser objeto de una decisión, son

---

259 Sobre el concepto de entimema, cfr. R. GEORGE, *Emthymematic Consequence,* en: «American Philosophical Quarterly», 9 (1972), pp. 113-16; A. R. ANDERSON/ N. D. BELNAP, *Emthymemes*, en: «The Journal of Philosophy». 58 (1961). pp. 713-722; W. V. O. QUINE, *Grünzüge der Logik*, Frankfurt, 1969, pp. 240 y ss. Sobre el concepto de entimema en ARISTÓTELES, cfr. J. SPRUTE, *Topos und Emthymem der aristotelischen Rhetorik,* en: «Hermes» 103 (1975), pp. 68 y ss.

260 W. STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie,* vol. 1, *Wissenschaftliche Erklärung und Begründung,* Ed. corregida, BERLIN/ Heidelberg/ New York, 1974, p. 98.

perfectamente fundamentables como reglas del discurso racional sobre cuestiones prácticas[261].

3.3.4.2. Otro problema en relación con la teoría de TOULMIN de las reglas valorativas de inferencia es el problema de su justificación. TOULMIN señala que él ha encontrado sus reglas, así como la diferenciación entre los diferentes niveles y formas de la argumentación moral, en la *descripción* del discurso moral. «Esta descripción nos ha llevado a ver cómo en *particulares* tipos de cuestiones y argumentos, el buen razonamiento se distingue del malo, y el argumento válido del inválido»[262]. Naturalmente, es posible argumentar según otras reglas y formas. Pero lo que se hace entonces, según TOULMIN, no es ya argumentación moral[263]. Las reglas y formas elaboradas por TOULMIN definen[264] así el juego de lenguaje de la moral. Pero la cuestión de si se debe entrar en este juego, y aquí TOULMIN coincide con HARE, no puede ser planteada con sentido como cuestión moral[265]. Si esta pregunta pudiera contestarse, lo sería sólo en el interior de la ética. Pero quien deseara contestarla en el interior de la ética estaría ya presuponiendo la respuesta desde el principio.

El procedimiento elegido por TOULMIN para la fundamentación de las reglas de la argumentación moral puede ser designado

---

261 Un ejemplo de esto parece serlo el principio de universabilidad de HARE, quien menciona la posibilidad de considerar este principio tanto como una tesis sobre las propiedades lógicas de los juicios morales y, por tanto, como una regla de la argumentación moral, como también como juicio moral (analítico). Cfr. R. M. *Freedom and Reason*, p. 33.

262 *Ibid.,* p. 160.

263 *Ibid.,* p. 161.

264 Sobre el uso de la expresión «definir» en relación con los juegos y reglas del lenguaje, cfr. L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*. § 205.

265 St. E. TOULMIN, *Ibid.,* p. 162.

como *empírico-definitorio*. Es empírico (o descriptivo) porque TOULMIN llega a sus reglas mediante una descripción de la praxis de la argumentación moral. Esta descripción se realiza, por usar una expresión de HART, desde un punto de vista externo[266].

Es definitorio porque TOULMIN caracteriza uno de los numerosos juegos de lenguaje existentes fácticamente como el de la moral, y a todos los demás juegos del lenguaje les niega esta propiedad[267]. Esta unión de descripción y definición es problemática. ¿Por qué se ha de poder designar como «moral» o «ético»[268] sólo al juego de lenguaje descrito por TOULMIN? Según su uso ordinario, las expresiones «moral» o «ético» pueden ciertamente emplearse también para la designación de otras reglas de argumentación. Lo último vale especialmente para la regla que prescribe la evitación del sufrimiento evitable. Esto significa que TOULMIN sólo ha propuesto una de las varias definiciones posibles de la argumentación moral. Si a esto se añade que la mera indicación de que una regla es seguida de hecho sólo puede considerarse, y en el mejor de los casos, como su fundamentación en un sentido muy débil, se debe constatar que

---

266 Sobre este concepto, cfr. H. L. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, pp. 86 y s.

267 Se podría plantear la cuestión de si TOULMIN no usa todavía otra forma de fundamentación. Él formula sus reglas de manera que éstas sean adecuadas para servir a un fin determinado; concretamente, el de evitar el sufrimiento evitable y el de la satisfacción armoniosa de necesidades e intereses. Una fundamentación de este tipo en la que las reglas de la argumentación moral se proponen como medios para determinados fines puede denominarse «técnica». El primer fin es, sin embargo, idéntico al contenido de una de las reglas que hay que fundamentar y el segundo tan general que el mismo TOULMIN no lo usa para la fundamentación. La teoría de TOULMIN muestra así claramente los puntos débiles de la fundamentación técnica. Sobre estos puntos débiles y sobre otras formas de argumentación, cfr. *infra*. pp. 254 y ss.

268 En este contexto, TOULMIN usa ambas expresiones aproximadamente con el mismo significado (cfr. *Ibid.,* pp. 160 y s.).

TOULMIN ha resuelto el problema de la fundamentación de las reglas de la argumentación moral sólo muy incompletamente.

Otro punto débil de la teoría de TOULMIN consiste en la vaguedad de su regla fundamental. Con una fórmula como «evita el sufrimiento evitable» se indica sólo la idea general de una teoría utilitarista. ¿Qué hay que considerar como sufrimiento? ¿Cómo hay que poner en relación el sufrimiento de uno con el de otro? Y ante todo: ¿Cómo juega el sufrimiento de uno o de unos pocos para la evitación del sufrimiento de muchos? ¿Se puede aceptar lo primero para asegurar lo último? La teoría de TOULMIN plantea, pues, más preguntas de las que contesta.

A pesar de estas debilidades, la teoría de TOULMIN contiene una serie de aportaciones que son útiles para una teoría del discurso práctico racional.

1. De algún interés es su tesis de que hay reglas del discurso moral que caracterizan determinadas aserciones sobre hechos (G) como buenas razones para determinados juicios de valor (N). Puesto que el contenido normativo de estas reglas de argumentación se corresponde con el contenido normativo de los principios morales, no es inadmisible equiparar estas reglas a las reglas lógicas.

2. Hay que mantener para la ulterior discusión el paralelismo trazado por TOULMIN entre informaciones directas sobre experiencias y sobre sentimientos morales, por un lado, y juicios científicos y morales completamente formados, por otro lado. El juicio completamente formado es el resultado de una reelaboración de todo el material relevante, realizada según determinadas reglas.

3. También es importante la observación de TOULMIN de que en la fundamentación de los juicios de valor y de deber nos valemos primero de las normas morales existentes, para pasar a

su crítica sólo en un segundo paso. La argumentación moral no puede empezar desde la nada, sino que parte del material normativo surgido históricamente.

4. Ciertamente, la teoría general de la argumentación de TOULMIN no es adecuada para sustituir a la lógica formal. Pero transmite observaciones interesantes en la estructura de las premisas usadas en las fundamentaciones y aclara los diversos pasos específicos de la fundamentación. También es importante el reconocimiento de que se debe presuponer algunas premisas o reglas para que cualquier argumentación pueda tener lugar.

5. También hay que mantener la diferenciación de TOULMIN de las distintas formas y niveles de los argumentos; especialmente, la diferenciación entre la justificación de una proposición normativa singular y la de una regla.

6. Finalmente, es interesante la idea de que las reglas de un juego de lenguaje pueden ser encontradas mediante el análisis de su función o de su finalidad.

Si bien la teoría de TOULMIN no puede ser considerada en su conjunto como una teoría suficiente del discurso práctico, suministra, sin embargo, datos importantes sobre su desarrollo.

3.3.5. Precisiones terminológicas

Sobre la base de las diferenciaciones elaboradas por TOULMIN, es posible precisar la terminología usada hasta ahora. Para esto puede ser útil el que las reglas de inferencia (*warrants*) de TOULMIN puedan ser consideradas como premisas en cualquier nivel.

La expresión *«forma de argumento»* designa la estructura de la proposición (C) afirmada por un habitante y de las proposiciones aducidas o presupuestas directamente para el apoyo de esta proposición (D y W). Por «estructura» se entiende aquí no

sólo la forma lógica de estas proposiciones, sino también su carácter, por ejemplo, en cuanto empíricas, normativas (mórales, promulgadas por el legislador), ya aceptadas, puestas en duda, etc. Las proposiciones aducidas o presupuestas (D y W) apoyan la proposición que hay que fundamentar (C) directamente si no se puede omitir ninguna de estas proposiciones sin que la proposición a fundamentar (C) no se siga ya de ellas lógicamente.

Un *argumento* se compone de las proposiciones aducidas para apoyar una proposición y que pertenecen a una forma de argumento. Según esto, se dan *varios* argumentos cuando, por ejemplo, la proposición que se fundamenta se sigue *respectivamente* de varias clases parciales disjuntas de proposiciones aducidas o presupuestas. Un argumento contra una proposición es un argumento a favor de una proposición que contradice aquella proposición.

La expresión *«estructura de argumento»* designa las relaciones lógicas entre varios argumentos de un hablante. La relación más importante es la de conexión. Hay dos tipos de conexiones. Uno de ellos consiste en que la proposición que se fundamenta en un argumento es una proposición usada para la fundamentación de otro argumento. En este *raso* se puede hablar de argumentos de diferentes niveles. En el otro tipo, los diferentes argumentos sirven de la misma o diferente forma a la fundamentación de la misma proposición. Se trata aquí de argumentos del mismo nivel.

La expresión *«estructura de argumentación»* designa finalmente las relaciones lógicas de las proposiciones emitidas por varios hablantes.

Estas determinaciones conceptuales pueden todavía ser considerablemente precisadas; sin embargo, son suficientes para el objetivo aquí perseguido.

3.4. La teoría de BAIER

La teoría de la argumentación moral de BAIER es importante para la presente investigación sobre todo por dos razones. Contiene (1) un análisis de la estructura de la argumentación moral más desarrollado que el de la teoría de TOULMIN, así como (2) una concepción muy diferenciada, en relación con HARE, del concepto de generalizabilidad.

3.4.1. El análisis de BAIER *de la argumentación moral*

Según BAIER, la cuestión «¿qué debo hacer?» significa lo mismo que la cuestión «¿qué es lo *mejor* que puedo hacer?»[269]. Sin embargo, la mejor acción es aquella «que está apoyada por las mejores razones»[270].

Para determinar cuáles son las mejores razones es necesario realizar una determinada actividad. BAIER llama a esta actividad «deliberación»[271]. Esta expresión designa tanto las reflexiones de un individuo como también las deliberaciones de varios hablantes. Así pues, qué sean buenas razones es el resultado de reflexiones o deliberaciones.

BAIER diferencia dos niveles de reflexiones y de deliberaciones. En el primer nivel se consideran los hechos y se pregunta por su relevancia (*the surveying of the facts*); en el segundo nivel se sopesan las razones obtenidas en el primer nivel *the weighting of the reasons*.

En el primer nivel de la deliberación se plantea la cuestión de qué se puede considerar como razón en favor de una proposición normativa singular. La respuesta de BAIER se parece a la de TOULMIN y HARE en que él también opina que lo que hace que algo sea

269 K. BAIER, *The Moral Point of View*. Ithaca/ London, 1958. p. 85.

270 *Ibid.,* p. 88

271 *Ibid.,* p. 93

una razón son reglas. BAIER llama a estas reglas «consideration-making beliefs» o «rules of reason». Pero deja abierta la cuestión de si estas deben ser consideradas, como TOULMIN afirma, como reglas de inferencia (*inference-licences*), o como premisas mayores de silogismos prácticos (*major premise*) como HARE supone[272].

Según TOULMIN, las reglas usadas en el primer nivel de la argumentación permiten, en general, una decisión sobre qué es lo que hay que hacer. Por el contrario, BAIER parte de que, por regla general, se pueden aducir tanto razones a favor como en contra de determinadas acciones. La acción obligatoria es aquella para la que se dan las *mejores* razones. El que haya una razón G para una acción a sólo quiere decir que se debe hacer «a» cuando no hay mejores razones en contra de «a». Los hechos que son calificados como buenas razones por las «rules of reason» fundamentan por tanto sólo una presunción (*presumption*) a favor de lo que hay que hacer[273].

Las reglas de BAIER se diferencian de las de TOULMIN todavía desde otra perspectiva importante. Ellas no tienen sólo la función de posibilitar el paso de razones (G) a una proposición normativa (N), sino que sirven también sobre todo para identificar los hechos relevantes[274]. Esto, así como también el carácter presuntivo de las razones obtenidas mediante ellas, justifica el designar estas reglas, con E. V. SAVIGNY, como *«reglas de prioridad»*[275].

Cuando hay razones tanto para hacer a como para no hacerlo, un caso que BAIER designa con razón como «extraordinariamente

272 *Ibid.,* p. 94

273 *Ibid.,* p. 102

274 *Ibid.,* p. 94

275 E. V. SAVIGNY, *Die Philosophie der normalen Sprache*, p. 174.

frecuente» (*extremely frequent*)[276], es necesario sopesar cuál de las razones es la mejor.

El fundamento de esta ponderación que tiene lugar en el segundo nivel (*weighing of the reasons*), son !as reglas que determinan qué razones, dentro de un determinado tipo de razones, y qué tipos de razones hay que colocar en el nivel más alto. BAIER llama a estas reglas «*reglas de prioridad*» (*rules of superiority*[277]; *rules of priority*[278]).

3.4.2. El punto de vista moral

Este esquema de la argumentación práctica da cuenta de una de las características típicas de la argumentación práctica: el ir y venir de las razones. Concretamente, en la discusión de cuestiones complicadas (como, por ejemplo, problemas jurídicos) hay casi siempre razones tanto a favor como en contra de una determinada solución. La decisión se produce en el nivel de las reglas de prioridad. Se plantea, por tanto, la cuestión de cómo pueden justificarse éstas. Una solución sería la de TOULMIN: podrían justificarse mediante la regla «evita el sufrimiento evitable», e indicando las consecuencias de aquellas. La teoría de BAIER se reduciría así a un refinamiento de la de TOULMIN. Pero BAIER elige un camino que se parece más bien al de HARE: la teoría del punto de vista moral (*moral point of view*).

Según BAIER, el punto de vista moral se define mediante una serie de reglas, criterios o condiciones, con los que deben corresponderse los juicios morales para que puedan ser aceptados como tales. Un juicio moral que pueda ser aceptado en esta for-

276 *Ibid.,* p 171

277 *Ibid.,* p 99

278 *Ibid.,* p 106

ma se puede calificar, según BAIER, como verdadero[279]. Por tanto, la cuestión que se plantea es la de qué condiciones (criterios y reglas) son las que caracterizan a este punto de vista.

3.4.2.1. BAIER diferencia entre condiciones formales y materiales. La primera de las *condiciones formales* consiste en la exigencia de dirigir el actuar mediante reglas y no mediante los fines determinados por el propio interés[280]. Estas reglas, según la segunda condición formal, deben regir para todos («they are principles *meant for everybody*»[281]). De aquí se deduce, según el siguiente paso importante de BAIER, que tales reglas deben ser abiertas y enseñables en forma general[282]. De esta *exigencia de enseñabilidad general* (*universal teachability*)[283], que puede ser considerada como una variante especial de la idea de generalizabilidad, resultan tres criterios para el enjuiciamiento de las reglas morales.

(1) Las reglas morales no pueden ser *autofrustrantes* (*selffrustrating*). Lo son, cuando su objetivo fracasaría tan pronto como se produjera una enseñanza general que llevaría prácticamente a que nadie más actuara según ellas. Una regla de este tipo es la máxima «pide ayuda si lo necesitas, pero tú no ayudes a nadie que lo necesite»[284].

---

279 *Ibid.,* pp. 173 y ss., y 184. Sobre la tesis de BAIER de la capacidad de verdad de las proposiciones normativas cfr. K. NIELSEN, *On Moral Truth,* en: *Studies in Moral Philosophy*, «American Philosophical Quarterly», Monograph Series Nr. 1, Oxford, 1968, pp. 9 y ss.

280 *Ibid*., pp. 191 y ss.

281 *Ibid*., p. 195.

282 *Ibid*., pp. 195 y s.

283 La exigencia de BAIER de enseñabilidad general se corresponde con la exigencia kantiana de publicidad: «todas las acciones referidas al derecho de otras personas cuya máxima no sea compatible con la publicidad son injustas». (I. KANT, *Zum ewigen Frieden*, Akademie-Ausgabe vol. 8, BERLIN, 1912, p. 381).

284 *Ibid.,* pp. 196 y s

(2) Las reglas morales no pueden además ser *autodestructivas* (*self-defeating*). Lo son cuando el fin del que actúa según ellas fracasa tan pronto como se conoce que éste las sigue. «Haz promesas incluso cuando no las quieras cumplir», es una de estas reglas[285].

(3) En relación con las reglas mencionadas hasta ahora no tendría sentido una enseñanza general, aunque ésta sería sin embargo posible. Pero también hay reglas que ni siquiera pueden ser objeto de enseñanza general. Un ejemplo de tales reglas *«moralmente imposibles»* (*morally imposible*) es la regla «di siempre lo que sabes que no es verdad». La enseñanza abierta de esta regla conduciría a que el oyente añadiera a todos los enunciados una negación. No se enseñaría a mentir, sino sólo una nueva regla lingüística[286].

3.4.2.2. En relación con las *condiciones materiales* del punto de vista moral, BAIER discute igualmente tres criterios que son explicaciones de la exigencia de que las reglas morales deben suponer el mismo beneficio para todos (*for the good of everyone alike*)[287].

(1) El primer criterio se cumple cuando el seguimiento de una regla contribuye *directamente al bien común de todos* (*for the*

285 *Ibid.,* p. 197.

286 *Ibid*., pp. 197 y ss. Una regulación de este tipo no es, sin embargo, deseable. A la pregunta de si llueve afuera debería contestar que sí, cuando sé que afuera no llueve. Ya que el que pregunta conoce la nueva regla, tendría así la información que quiere tener. Pero si pregunta qué hora es, puedo contestar (sabiendo que son las doce) tanto que no son las doce como que son, por ejemplo, las 6.15, las 18.07 o las 22.24. Si elijo 1a última posibilidad mencionada, mi información carece de sentido para el que pregunta. Este debería averiguar trabajosamente la información correcta. El que una regla de este tipo no sea deseable por estas razones, no significa que no sea posible.

287 *Ibid.,* p. 200.

common good of everyone). Tal beneficio directo de todos se produce, por ejemplo, cuando aumenta la producción y, con ésta, el standard de vida de cada uno. Con esto queda claro que el campo de la aplicabilidad de este criterio está limitado a los casos en los cuales los intereses de todos concuerdan al menos en parte. Por tanto, no es aplicable en todos aquellos casos en los que existen conflictos de intereses[288].

(2) En estos casos, que son mucho más frecuentes, funciona el criterio de la *reversibilidad* (*reversibility*), considerado por BAIER como el criterio central: El comportamiento sobre el que se discute debe ser aceptable por los afectados, independientemente de si éstos están en el lado de los que dan o en el de los que reciben[289]. Este criterio se corresponde con el procedimiento de HARE ya discutido ampliamente, y participa de sus debilidades, ya que dice tan poco como éste sobre cuándo una regla es moralmente aceptable desde el punto de vista de los afectados. Sin embargo, se ha mostrado que tal criterio, pese a sus debilidades, no carece de sentido[290].

(3) Finalmente, la tercera condición de BAIER coincide con el argumento de la generalización de SINGER. Una acción está prohibida si su *realización general tiene consecuencias negativas*[291]. En las discusiones cotidianas este criterio adopta a menudo la forma de la pregunta «¿Dónde iríamos a parar si todos hicieran eso?» Ahí juega

---

288 *Ibid.,* p. 201.

289 *Ibid.,* pp. 202 y 208.

290 Cfr. *supra.* p. 119 y s.

291 *Ibid*., pp. 209 y ss. Sobre la versión más precisa de esta forma de argumento cfr. M. G. SINGER, *Generalization in Ethic,* p. 61: «lf everyone were to do x, the consequences would be disastrous or undesiderable; therefore no one ought to do x».

un considerable papel. Sin embargo, tanto su fundamentación como su campo de aplicación son objeto de discusión. Si todos los hombres fabricaran ropa, la humanidad perecería de hambre. ¿No debe por tanto nadie producir ropa? ¿Qué ocurre si resulta que realiza la correspondiente acción tanta gente que las consecuencias indeseadas se producen en cualquier caso? ¿Obliga este argumento a omitir esta acción también a cada individuo particular? ¿Cómo hay que juzgar el caso opuesto, si resulta que en ningún caso se producen las consecuencias negativas? Estos y muchos otros problemas han sido intensamente discutidos en conexión con el libro «Generalization in Ethics» de M. G. SINGER, en cuyo centro está el argumento arriba mencionado[292]. En esta discusión no se puede entrar aquí. Lo único que cabe es expresar la suposición de que el argumento en cuestión puede ser perfectamente calificado como utilizable si se lo dota de algunas limitaciones y matizaciones.

La cuestión que se plantea es la de cómo pueden ser fundamentadas las reglas, condiciones o criterios que definen el punto de vista moral. ¿Por qué se debe aceptar este punto de vista? Una referencia al propio interés no es suficiente. Quien se sitúa en el punto de vista moral debe a menudo limitar éste. La fundamentación de BAIER sigue, por tanto, la siguiente vía: Si se quiere fundamentar el punto de vista moral, no se puede preguntar por qué una persona determinada lo debe aceptar en una determinada situación. La cuestión debe más bien ser la de si un mundo en el que los hombres se sitúen en este punto de vista es mejor, desde

292 Cfr. por ej. N. HOERSTER, *Utilitaristiche Ethik und Verallgemeinerung*, Freiburg/ -München, 1971; J. H. SOBEL, *Generalization Arguments*, «Theorie» 31 (1965), pp. 32-60; W. C. LYCAN/ A. OLDEQUIST, *Can the Genalization Argument be Reinstated?* «Analysis» 32 (1971 /72) pp. 76-79; D. LYONS, *Forms and Limits of Utilitarianism*, Oxford, 1965, pp. 198 y ss.

el punto de vista de cualquier persona (*from the point of view of anyone*), que uno en el que todos actúen inmoralmente[293].

3.4.3. Para una crítica de la teoría de BAIER

Es dudoso que pueda sostenerse esta fundamentación. Para fundamentar el punto de vista moral se presupone el punto de vista de cualquier persona. Pero quien prescinde de sí mismo y adopta el punto de vista de cualquier otro, ha adoptado ya algo así como un punto de vista moral. La fundamentación es, por tanto, circular.

Además, es cuestionable si las condiciones que definen el punto de vista moral son suficientes como criterios para la comprobación de los juicios morales. A la condición de la enseñabilidad general y a los tres criterios obtenidos a partir de la misma van unidas una serie de reglas morales que son muy dudosas. Piénsese en leyes racistas promulgadas abiertamente. La fórmula del beneficio directo común de todos deja muchas cuestiones abiertas. Así, se puede hablar de un beneficio común tanto cuando A y B reciben 4 unidades cada uno en lugar de 2, como cuando A recibe 3 unidades y B 5 en lugar de 2. Pero lo último difícilmente se puede considerar sin más justo[294]. La condición de la reversibilidad está expuesta a los argumentos ya planteados frente a la teoría de HARE de la argumentación moral. Finalmente, la regla de que están prohibidas las acciones cuya realización general produzca consecuencias negativas no dice qué son consecuencias negativas. Pero hay que saber esto si se la quiere aplicar, Las condiciones de BAIER del punto de vista moral dejan, por tanto, una serie de problemas sin resolver.

---

293 K. BAIER, *Ibid.,* p. 310.

294 Sobre estos problemas de reparto cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass., 1971, pp. 60 y ss.

A pesar de estas debilidades, la teoría de BAIER es de cierta importancia para la presente investigación.

(1) La diferenciación de BAIER entre reglas sobre razones y reglas que establecen una jerarquía entre las primeras, es un complemento importante del análisis de TOULMIN de la argumentación moral.

(2) El análisis de BAIER del punto de vista moral revela una serie de aspectos del concepto de generalizabilidad. Este concepto es uno de los conceptos centrales de una teoría del discurso práctico racional.

4. Algunos resultados provisionales

En el campo de la metaética, así como en el campo de la ética analítica en general, hay una serie de teorías que no se han analizado aquí. Hay que mencionar en especial las numerosas investigaciones recientes sobre la ética utilitarista[295], así como la teoría de la justicia de RAWLS[296]. Seguramente sería útil la discusión de estas teorías, pero esto se saldría del marco de esta investigación.

---

295 Cfr. sobre esto la bibliografía de D. W. *Recent Work in Utilitarianism*, en: «American Philosophical Quarterly», 10 (1973), pp. 241-276, así como J. J. C. SMART/ B. WILLIAMS, *Utilitarianism for and against,* Cambridge, 1973.

296 La teoría de la justicia de RAWLS, en cuanto variante de una teoría contractualista, tiene numerosos puntos de contacto con la teoría del discurco defendida aquí, pese a algunas diferencias considerables. Que esta sea o no suficiente como fundamento de una teoría de la argumentación jurídica –lo que ella misma no pretende– debe considerarse como una cuestión abierta. El objeto de la teoría de RAWLS es la estructura fundamental de la sociedad (*basis structure of society*) (J. RAWLS, *A Theory of Justice,* p. 7). Por el contrario, el objeto de una teoría de la argumentación jurídica es el tratamiento de cuestiones prácticas concretas. La teoría de RAWLS contiene sólo unas pocas indicaciones sobre esto

Antes de pasar a la discusión de la teoría de HABERMAS, resumiremos algunos resultados especialmente importantes de las discusiones anteriores.

(1) La función del lenguaje moral no se reduce, como el naturalismo y el intuicionismo suponen, a la descripción de objetos, propiedades o relaciones empíricas o no empíricas.

(2) E1 discurso moral es, más bien, una *actividad guiada por reglas* de tipo propio, en la que se trata del equilibrio racional de intereses. La tarea más importante de una teoría del discurso práctico racional es la elaboración de las reglas que determinan esta actividad. A estos efectos, hay que diferenciar entre la descripción y el análisis de las reglas de juegos de lenguaje fácticamente existentes, y la justificación o fundamentación de tales reglas. Lo primero corresponde a la parte empírica o analítica de una teoría del discurso práctico; lo segundo, a su parte normativa.

(3) De las *reglas* de la argumentación práctica se deben diferenciar las distintas *formas de argumento.*

(4) Las proposiciones normativas son *universalizables*. Como HARE ha mostrado, esto significa que quien aduce una razón G en

---

(cfr. por ej. *Ibid.,* pp. 199 y s., así como p. 339, donde el mismo RAWELES se pregunta en relación con las obligaciones naturales fundamentables en su sistema: «Now are these duties to be balanced when they come into conflict, either whit each other or with obligations, and with the good that can be achieved by superrogatory actions?» y constata: «There are no obvious rules for settling these questions»). Por otra parte, la discusión de problemas prácticos concretos depende siempre de las cuestiones prácticas que afecten a la estructura fundamental de la sociedad. En este sentido, la teoría de RAWLS tiene también importancia para una teoría de la argumentación jurídica. Una discusión de la teoría de RAWLS, de su relación con la teoría del discurso aquí defendída así como de su relevancia para una teoría de la argumentación jurídica, tendría que ser objeto de una investigación específica.

favor de una proposición normativa N, presupone una regla que dice que G es una razón en favor de N. Junto a este concepto de universabilidad hay distintas versiones de la idea de generalizabilidad.

(5) La argumentación práctica obedece a reglas que no son, por ejemplo, las de la argumentación en las ciencias naturales. Esto no es, sin embargo, una razón para negarle a la primera el carácter de *actividad racional*.

En conjunto, se puede decir que si bien las teorías hasta ahora discutidas dejan abiertos, por un lado, muchos problemas contienen, por otro lado, numerosas indicaciones muy valiosas para la construcción que aquí se pretende de una teoría del discurso práctico racional que sea lo bastante sólida como para servir de base a una teoría de la argumentación jurídica.

II. LA TEORÍA CONSENSUAL DE LA VERDAD DE HABERMAS

Dentro de las teorías sobre la fundamentabilidad de proposiciones normativas desarrolladas en el ámbito lingüístico alemán, son importantes para la presente investigación, sobre todo, la teoría consensual de la verdad de HABERMAS, así como la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen. En el centro de ambas teorías se encuentra la discusión de cuestiones prácticas. En lo que sigue se considerará en primer lugar la teoría de HABERMAS.

HABERMAS afirma en su teoría consensual que las expresiones normativas, como mandatos y valoraciones, pueden ser fundamentadas de manera esencialmente idéntica a las proposiciones empíricas[297]. A la *verdad* de las proposiciones empí-

297 HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, en: *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für W. Schulz*, ed. de H. Fahrenbach, Pfullingen, 1973, pp. 220, 242 y ss.; *Id.,*

ricas corresponde aquí la *corrección* de los expresiones normativas[298].

1. La crítica de HABERMAS a la teoría de la verdad como correspondencia

Para la fundamentación de su tesis, HABERMAS confronta la teoría consensual por él desarrollada, en primer lugar, con las teorías de la verdad clásicas, especialmente con la teoría de la correspondencia. Intenta demostrar que las teorías clásicas no consiguen resolver los problemas conectados con el concepto de verdad, para mostrar después que estos problemas pueden ser superados en su teoría.

Legitimationsproblemensprobleme im Spätkapitalismus, Frankfurt a. M., 1973, pp. 140 y ss. En concreto, existen ciertamente una serie de diferencias (cfr. *Id., Erkenntnis und Interesse. Mit einem neuen Nachwort,* Frankfurt a. M., 1973, pp. 390 y ss.). A estas diferencias se hará referencia a lo largo de la investigación.

298 *Id., Wahreitstheorien,* pp. 220, 226 y ss. Por regla general, HABERMAS usa la expresión «corrección» en relación con las expresiones normativas, y la expresión «verdad» en relación con las proposiciones no normativas. Sin embargo, él habla también de la «capacidad de verdad de las cuestiones prácticas»: «Cuando nosotros concebimos «verdad» en sentido amplio como la racionalidad de un acuerdo alcanzable en una comunicación sin coacciones ni barreras, las cuestiones prácticas pueden perder su «capacidad de verdad» en este sentido sólo a los ojos de aquellos que positivistamente se adhieran al concepto de verdad teórico-representativo, o que, pragmáticamente, conciben la verdad como una función de la producción de certeza». (J. HABERMAS, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann,* en: J. HABERMAS/ Niklas LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie-Was leistet die Systemforschung?,* Frankfurt a. M., 1971, p. 241; cfr. también *Id. Legitimationsprobleme im Sätkapitalismus*, pp. 140 y ss.). HABERMAS diferencia a menudo ampliamente entre la corrección de los mandatos y la adecuación de las valoraciones (cfr. *Id., Wahreitstheorien*, p. 242).

Según el criterio de verdad de la teoría consensual de la verdad, «yo sólo puedo atribuir a un objeto un predicado si también cualquier otro que *pudiera* entablar una diálogo conmigo, *atribuyera* al mismo objeto el mismo predicado. Para diferenciar las proposiciones verdaderas de las falsas tomo como referencia el enjuiciamiento de los demás, concretamente de todos los demás con los que yo pudiera entablar un dialogo (con lo que incluyo contrafácticamente a todos los interlocutores que yo podría encontrar si mi historia vital fuera coextensiva con la historia del género humano). La condición para la verdad de las proposiones es el acuerdo potencial de todos los demás»[299].

Frente a esto, según la teoría de la verdad como correspondencia, sólo se puede designar un enunciado (o un juicio[300], proposición o aserción [*statement*])[301] como verdadero si existe el estado de cosas que el enunciado expresa. Un estado de cosas que

---

299 J. HABERMAS, *Vorbereitende Bemerkung zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz,* en: J. HABERMAS/ N. LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, p. 124; *Id., Wahrheitstheorien*, p. 219. La formulación citada se encuentra literalmente en ambos textos. Cfr. sobre esto la tesis de FRANKENA, formulada ciertamcnte de un modo más debil, que habla de que con el uso de expresiones como «good», «right», «justified», «valid», «true», «real», y «rational» se erigen pretensiones implícitas de un hipotético consenso (*implicit claims to a hypothetical consensus*). (W. K. FRANKENA, *Decisionism and the Separatism in Social Philosophy*, en: «Nomos» vol. 7 (1964), p, 23).

300 Sobre la teoría de la verdad como correspondencia cfr. G. F. MOORE, *Facts and Propositions,* en: «Proceedings of the Aristotelian Society», Suppl. Vol. 7 (1927), pp. 171-206; J. L. AUSTIN, *Truth,* en: *Id., Philosophical Papers*, London/ Oxford/ New York, 2.ª ed., 1970. pp. 117-133; A. TARSKI, *The Semantic conception of Truth and the Foundations of Semantics*, en: «Philosophy and Phenomenological Research», 4 (1943/44) pp. 341-375.

301 Sobre aquello de lo que se puede decir que es verdadero o falso cfr. A. R. WHITE, *Truth*, London/ Basingstoke, 1970, pp. y ss.

existe es un hecho[302]. La verdad se puede, pues, definir como concordancia entre enunciados y hechos.

A primera vista parece que la teoría de la correspondencia es no problemática, e incluso trivial. Difícilmente alguién se opondría a la formulación de ARISTÓTELES: «decir de lo que es, que es, y de lo que no es, que no es, es verdadero»[303]. Los problemas sólo aparecen con un examen desde más cerca. Uno de los problemas más difíciles que surge aquí consiste en la respuesta a la pregunta de qué es aquello con lo que se debe corresponder el enunciado para ser verdadero; en pocas palabras: qué es un hecho.

HABERMAS trata precisamente este punto. Diferencia con STRAWSON, en primer lugar, entre hechos y objetos de la experiencia. «Hechos son lo que los enunciados, cuando son verdaderos, enuncian; no son aquello a lo que se refieren los enunciados. No son, como las cosas o acontecimientos sobre la faz de la tierra, presenciados, oídos o vistos...»[304]. Los objetos de la experiencia están en el mundo. Por el contrario, como dice PATZIG, «los hechos no (son), en primer lugar lo que son, y no pueden, en segundo lugar, ser representados además mediante enunciados verdaderos»[305]. «Sin enunciados no puede... haber hechos; los hechos son esencialmente dependientes del lenguaje»[306].

En consecuencia, los hechos no son algo en el mundo de la misma manera que los objetos. Pero esto es lo que deberían ser, en

---

302 Sobre esta terminología cfr. J. WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-philosophicus,*. 2; «Lo que acaece, el hecho, es la existencia de los hechos atómicos»

303 ARISTÓTELES, *Metaphysik*, 1011 b.

304 P. F. STRAWSON, *Truth*, ed. de G. Pitscher, Englewood Cliffs, N. J., 1964, p. 38.

305 G. PATZIG, *Satz und Tatsache,* en: *Id., Sprache und Logik*, Göttingen, 1970, p. 43.

306 *Ibid.,* p. 44.

opinión de HABERMAS, si la teoría de la correspondencia ha de tener algún sentido. En otro caso, la teoría de la correspondencia quedaría limitada al campo lingüístico. Pero esto no es compatible con que las proposiciones se tengan que regir por los hechos, y no los hechos por las proposiciones. Una teoría de la verdad debe, por tanto, para ser adecuada, adecuarse a la «duplicidad interior»[307], como lo llama PATZIG, del concepto de hecho, que consiste en que los hechos son, por una parte, dependientes del lenguaje pero, por otra parte, los enunciados dependen de los hechos en cuanto a su verdad. Sólo una teoría consensual de la verdad, según HABERMAS, puede cumplir estas exigencias[308].

2. La conexión entre la teoría de los actos de habla y la teoría de la verdad

La teoría consensual de HABERMAS está construida sobre la base de la teoría ya discutida anteriormente de los actos de habla[309] [310].

Según HABERMAS, la verdad es una «pretensión de validez que unimos a actos de habla constatativos. Una proposición es verdadera si está justificada la pretensión de validez de los actos

307 *Ibid.,* p. 47.

308 J. HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, p. 217.

309 Cfr. *supra*, pp. 90 y ss.

310 Cfr. J. HABERMAS, *Vorbereitende Bemerkung zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz,* pp. 102 y ss. Para una contraposición más detallada de HABERMAS con la teoría del lenguaje cfr. *Id., Was ist Universalpragmatik?*, en: *Sprachpragmarik und Philosophie*, ed. de, K. O. APEL, Frankfurt a. M., 1976, pp. 204 y ss. HABERMAS entiende su teoría entre tanto como una continuación del análisis de WITTGENSTEIN de los juegos de lenguaje: «Si WITTGENSTEIN hubiera desarrollado una teoría de los juegos de lenguaje, ésta tendría que haber adoptado la forma de una pragmática universal». (*Id., Sprachspie, Intention und Bedeutung. Zu Motiven bei Sellars und Wittgenstein*, p. 327).

de habla con los que afirmamos cualquier proposición mediante el uso de enunciados»[311]. Por lo tanto, la justificación de una aserción no debe depender ya, como se suponía tradicionalmente, de la verdad de la aserción, sino que la verdad de la aserción debe depender de la justificación de la aserción. El concepto de verdad es, si se quiere, trasladado del nivel de la semántica al nivel de la pragmática.

Si esta solución es posible, entonces se logran dos objetivos: Por un lado, se puede mostrar que la verdad no consiste en una problemática relación enunciado-mundo. Por otro lado, se da un paso importante en la equiparación de proposiciones normativas y no normativas, en cuanto a su capacidad de verdad. Queda, sin embargo, por demostrar que también hay aserciones justificadas de proposiciones normativas. Si es que hay tales aserciones justificadas de proposiciones normativas, se puede incluso -yendo más lejos que HABERMAS- hablar de hechos normativos. Así como al enunciado «la nieve es blanca» puede corresponder el hecho de que la nieve es blanca[312], al enunciado «X es debido» puede corresponder el hecho de que X es debido[313].

3. La diferenciacion entre acción y discurso

Un paso decisivo de la teoría de HABERMAS consiste en que éste encuadra la teoría de los actos de habla dentro de una teoría general de la comunicación, y diferencia en ésta dos formas fundamentalmente distintas de comunicación: acción y discurso.

---

311 J. HABERMAS, *Warheitstheorien*, p. 218.

312 Cfr, sobre esto A. TARSKI, *The Semantic conception of Truth and the Foundations of Semantics*, p. 343.

313 Cfr. sobre esto A. R. WHITE, *Truth*, pp. 59 y ss.

Las acciones son juegos de lenguaje[314] en los que las pretensiones de validez planteadas en los actos de habla son reconocidas tácitamente. En los discursos, por el contrario, las pretensiones de validez que han llegado a ser problemáticas se transforman en el tema y se investiga su justificación[315]. En las acciones no se plantea la cuestión de si la proposición afirmada en un acto de habla es verdadera, de si existe el estado de cosas expresado en ella, es decir, si es un hecho. El tema de la comunicación es la experiencia con objetos en el mundo. Sobre estas experiencias se intercambian informaciones. Estas informaciones son fiables o infiables según que se fundamenten en experiencias subjetivas u objetivas[316]. Se fundamentan en la experiencia objetiva si las acciones apoyadas en ellas tienen éxito[317]. Tan pronto como son puestas en duda informaciones, es decir, tan pronto como se pregunta sobre la verdad de la proposición que fue usada para la transmisión de la información, se ha abandonado el campo de la acción y se está en el otro campo de la comunicación, en el del «discurso».

En los discursos no hay ningún «campo para los procesos de *obtención* de informaciones; los discursos están descargados de acciones y libres de experiencias. En los discursos se introducen

---

314 Sobre el concepto de juego de lenguaje cfr. *supra*, pp. 65 y ss.

315 J. Habermas, *Wharheitstheorien*, p. 214; *Id., Theorie und Praxis*, 40.ª ed. Frankfurt a. M., 1972, p. 25.

316 *Id., Wharheitstheorien*, p. 218.

317 *Ibid.,* pp. 388 y s. Queda claro así que la teoría de la objetividad de Habermas es una teoría pragmática. En conexión con K. O. Apel, Habermas habla de un «pragmatismo orientado trascendentalmente». (*Id., Wharheitstheorien*, p. 233; cfr. también K. O. Apel, *Von Kant zu Peirce: Die semiotische Transformation der transzendentalen Logik*, en: *Id., Transformation der Philosophie,* vol. II. *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft,* Frankfurt a. M., 1973, pp. 157 y ss.)

informaciones, y el resultado de los mismos consiste en el reconocimiento o rechazo de pretensiones de validez problemáticas. En el proceso discursivo no se produce nada, salvo argumentos»[318]. Así pues, el que los discursos están libres de experiencias no significa que en ellos no penetre ninguna experiencia, sino sólo que en ellos no se obtiene ninguna experiencia. En los discursos se presupone la totalidad de las experiencias obtenidas en las acciones, incluso las que son problematizadas. Mediante la progresiva problematización pueden ser elaboradas partes cada vez mayores del material experimental previamente dado.

La relación entre acción y discurso plantea una serie de problemas. Un problema es el de la simple proposición observacional. Se podría pensar que para la fundamentación de la proposición «este balón es rojo» se puede utilizar directamente la experiencia correspondiente[319]. Esto mostraría que la verdad, al menos en una serie de casos, consiste en una relación de las proposiciones con el mundo, no establecida mediante la argumentación. La diferenciación entre acción y discurso sería por tanto superflua, al menos por lo que se refiere a las simples proposiciones observacionales[320].

Esta objeción no es sin embargo sostenible. POPPER ha mostrado que las simples proposiciones observacionales, que denomina «enunciados básicos», no son nada firme, fundamentable con seguridad mediante la experiencia. En base a los «signos generales» (predicados) usados en ellas, estos enunciados tienen

---

318 *Id., Erkenntnis und Interese. Mit einem neuen Nachwort*, p. 386.

319 Cfr., *Ibid.,* p. 398.

320 Es característico de autores que defienden la teoría de la correspondencia, que discutan mayoritariamente proposiciones de este tipo. Cfr. por ejemplo J. L. AUSTIN, *Truth*, pp. 118 y ss.

también el carácter de hipótesis[321] y, como tales, son dependientes de las teorías. Así, «el término 'rojo' (implica) una teoría de los colores»[322]. Esto significa que tampoco los enunciados básicos son inatacables. También ellos pueden ser falsados. Su aceptación se basa en un acuerdo[323]. La referencia a las simples proposiciones observacionales no es por tanto ninguna objeción contra la posibilidad también de su comprobación discursiva.

Lo que vale para las simples proposiciones observacionales vale también para formas de proposición mucho más complicadas. La verdad de las proposiciones negativas, generales y modales no se puede constatar a través de su confrontación directa con algo en el mundo.

Como resultado de la diferenciación entre acción y discurso surge, por tanto, la siguiente definición de hecho: Un hecho es lo que expresa una proposición que puede ser fundamentada discursivamente. La dependencia del lenguaje permanece. Por otra parte, el discurso asegura (entre otras cosas, porque en él penetran experiencias, con lo que él mismo garantiza la relación hecho-mundo) la dependencia de las proposiciones respecto de los hechos, sin que por ello estos hechos deban transformarse en objetos en el mundo. Con esto estarían cumplidas las condiciones de adecuación de una definición de lo que es un hecho.

4. La justificación de las proposiciones normativas

El que la verdad no consiste en una simple relación proposición-mundo es un argumento importante contra la tesis

321 K. R. POPPER, *Logik der Forschung*, 5.ª ed. Tübingen, 1973, p 61.

322 *Ibid.,* p. 76.

323 *Ibid.,* pp. 69 y ss.

de que las proposiciones normativas no son susceptibles de verdad, pero para fundamentar positivamente su capacidad de verdad es necesario algo más. Se debe mostrar que, en el marco de una teoría consensual, es posible diferenciar las aserciones fundadas de las infundadas, los argumentos válidos de los inválidos, o los pasos de proposiciones sobre hechos (G) a proposiciones normativas (N) justificados de los injustificados. Una condición para esto es que se puedan formular las reglas que permiten hacer estas diferenciaciones. Con esto se plantea, en relación a la teoría de HABERMAS, la misma cuestión que ya estuvo en el centro de la discusión de la metaética de la filosofía analítica.

La respuesta de HABERMAS se basa en la teoría de las pretensiones de validez unidas a los actos de habla. Según HABERMAS, un juego de lenguaje que funcione presupone el reconocimiento recíproco de cuatro pretensiones de validez. «Se pretende la *inteligibilidad* de la expresión, la *verdad* de su contenido proposicional, la *corrección* o adecuación de su contenido performativo y la *veracidad* del sujeto hablante»[324]. La pretensión de inteligibilidad se plantea con cualquier acto de habla; la pretensión de verdad con los actos de habla constatativos como, por ejemplo, las aserciones. A la pretensión de corrección o adecuación le corresponden los actos de habla regulativos. Entre los actos de habla regulativos, según HABERMAS, se cuentan, por ejemplo, las órdenes, propuestas y promesas. Finalmente, la pretensión de veracidad se plantea en los actos de habla que expresan intenciones, actitudes, etc., del hablante. HABERMAS llama a estos actos de habla «actos de habla representativos»[325].

---

324 J. HABERMAS, *Theorie und Praxis*, p. 24 (cursivas mías); cfr. también Id., *Wahrheitstheorien*, pp. 220 y ss.

325 Sobre la clasificación habermasiana de los actos de habla cfr. *Id., Vorbereitende Bemerkung zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz,* pp. 111 y s.;

La pretensión de inteligibilidad es, según HABERMAS, condición, no objeto de la comunicación[326]. Tampoco la pretensión de veracidad es resuelta discursivamente. Si un hablante es o no sincero, sólo puedo reconocerlo en sus acciones[327]. La justificación de la pretensión de corrección o adecuación planteada con los actos de habla regulativos, por el contrario, al igual que la pretensión de verdad planteada con los actos de habla constatativos, sólo puede ser resuelta discursivamente. Con esto, los juicios de valor y de deber se equiparan en lo fundamental a los juicios empíricos en cuanto a su capacidad de verdad.

La concepción de HABERMAS de las pretensiones unidas a los actos de habla regulativos contiene, sin embargo, algunos puntos oscuros, conectados con su recepción, no carente totalmente de problemas, de la teoría de los actos de habla[328].

Id., Wahrheitstheorien, p. 228. No entraremos en los numerosos problemas que plantea esta clasificación. Indicaremos tan sólo que la clasificación de HABERMAS es completamente diferente a la de AUSTIN (cfr. J. L. AUSTIN, *How to do things Words*, pp 150 y ss.).

326 *Id., Wahrheitstheorien*, p. 222. Esta suposición no carece de problemas. También se puede discutir sobre problemas de comunicación, como HABERMAS por lo demás ve perfectamente (cfr. *Id., Wahrheitstheorien*, p. 222). Entraremos en el carácter discutible de los problemas de comunicación en la discusión de las tesis de la escuela de Erlangen.

327 *Ibid.,* p. 221; *Id, Theorie und Praxis*, p. 24.

328 Sobre la crítica de la recepción por HABERMAS de la teoría de los actos de habla cfr. Y. BAR-HILLEL, *On Habermas's Hermeneutic Philosophy of Language,* «Synthese», 26 (1973), pp. 1 y ss. Con la crítica de BAR-HILLEL hay que estar de acuerdo en muchos aspectos. Pero no se puede aceptar su tesis de que las oscuridades y malentendidos de Habermas suponen que su teoría es completamente defectuosa.

Los actos de habla pueden ser realizados mediante expresiones explícitamente performativas[329] como «te prometo que vendré mañana» o «aseguro que he visto al señor Lauben». A la primera parte de tales enunciados (prometo que...) la llama HABERMAS, en base a la terminología de SEARLE[330], el «enunciado performativo», y a la segunda parte (que vendré mañana) el «enunciado dependiente del contenido proposicional»[331]. La primera parte expresa lo que se hace con la expresión, la segunda lo que se dice. A lo primero lo llama AUSTIN la fuerza ilocucionaria (*illocucionary force*); a lo último, el significado locucionario (*locucionary meaning*)[332].

En los actos lingüísticos constatativos se comprueba el contenido proposicional, la proposición. La pretensión de corrección se refiere, por el contrario, al contenido performativo del acto de habla regulativo. Este contenido performativo debe ser comprobado desde el punto de vista de si puede ser considerado como «cumplimiento» de una norma justificada. Por tanto, el objeto de la comprobación discursiva no es el acto de habla regulativo mismo, sino la norma respecto de la cual éste se considera el cumplimiento[333]. Así, por ejemplo, una orden debe poder «ser justificada con la referencia a una norma vigente que atribuye la correspondiente competencia para dar órdenes»[334].

---

329 Sobre este concepto cfr. J. L. AUSTIN. *How to do things Words*, pp. 68 y s.; D. WUNDERLICH, *Zur Konventionalität von Sprechhandlungen,* pp. 16 y ss.

330 Cfr. J. R. SEARLE, *Speech Acts*, p. 24.

331 J. Habemas, *Vorbereitende Bemerkung zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz*, p. 104.

332 J. L. AUSTIN, *Idik.,* pp. 99 y 147; cfr. *supra*, pp. 91 y s.

333 J. HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, pp. 220, 228 y s.; *Id.; Theorie und Praxis*, p. 24.

334 *Id., Wahrheitstheorien,* p. 228.

Contra esto hay que objetar que incluso en relación con una serie de actos de habla llamados por HABERMAS «regulativos», puede y debe distinguirse entre enjuiciamiento de lo que se hizo y de lo que se dijo[335]. Así, por ejemplo, una orden puede ser enjuiciada desde el punto de vista de si se ha producido en el marco de una competencia para dar órdenes, pero también puede ser enjuiciada desde el punto de vista de si lo que se ordenó es correcto o adecuado. La necesidad de diferenciar entre el enjuiciamiento de lo que se hizo y de lo que se dijo, resulta especialmente clara en una expresión como «aseguro que esta decisión es injusta». Quien quiera enjuiciar una expresión de este tipo debe también (por lo menos) comprobar la justificación del juicio de valor afirmado en esta expresión (esta decisión es injusta). El hecho de que aquí, como ya se mostró en la discusión de las tesis de HARE[336], sea necesaria la comprobación de la regla (o del standard) presupuesta en tal juicio de valor, no impide hablar de justificación de este juicio. Y no lo impide porque el juicio puede ser defectuoso no sólo por la no fundamenfación de la regla en él presupuesta, sino también por una falsa apreciación de los hechos. La regla presupuesta en un juicio de valor de este tipo no debe ser confundida con las reglas cuyo «cumplimiento» puede ser considerado un acto de habla regulativo. Una regla que confiere competencia para dar órdenes a un suboficial es algo diferente de una regla que dice cómo ha de ser una buena orden en una determinada situación.

La concepción discrepante de HABERMAS parece basarse en dos razones. Por un lado, él no ve que, como HARE y STRAWSON han puesto de manifiesto[337], en una serie de actos de habla desig-

335 «Hacer» se refiere aquí al acto ilocucionario; «decir» al locucionario.

336 Cfr. *supra*, pp. 107 y ss.

337 Cfr. R. M. HARE, *AUSTIN's Distinction between Locutionary and Ilocutionary*

nados por él como «regulativos», calificar lo dicho como un juicio de valor o de deber sea una parte del significado locucionario. Esto vale por ejemplo para amonestaciones (deberías devolverle el dinero robado), recomendaciones (esta ayuda es buena), y también para la aserción simple de tales juicios. En este sentido, HABERMAS comete el mismo error que AUSTIN, en cuya teoría, el significado locucionario se limitaba a la atribución de una determinada propiedad (*sense*) a un objeto determinado (*reference*)[338]. Por otro lado, HABERMAS agrupa los actos de habla que tienen como significado locucionario proposiciones normativas (juicios de valor y de deber) y los actos de habla como las promesas que no contienen como significado locucionario proposiciones normativas, sino proposiciones sobre comportamientos futuros, en una clase común de actos de habla y trata de la misma manera estos actos de habla de tipo tan completamente diferente[339].

Para evitar estas dificultades se podría subdividir el concepto de acto de habla regulativo. Todos los actos de habla cuyo significado locucionario consista en una proposición normativa (juicio de valor o de deber) podrían designarse como *«actos de habla normativos»*. Los actos de habla normativos pueden ser constatativos, de la misma manera que la aserción de una proposición normativa es un acto de habla normativo[340]. La comprobación de tales actos de habla regulativos que no caen dentro de esta clase parcial, como por ejemplo las disculpas, tiene que producirse

---

Acts, p. 107; *Id., Meaning and Speech Acts*, p. 90; P. F. STRAWSON, *AUSTIN and «Locutionary Meaning»*, p. 60: sobre esto *supra*, pp. 101 y ss.

338 L. AUSTIN *How to do things Words*, pp. 92 y s.

339 Sobre los actos de habla que HABERMAS designa como «regulativos», cfr. Id., *Wahrheitstheorien*, p. 228.

340 Cfr. *supra*, pp. 106 y s.

mediante el enjuiciamiento de una proposición normativa singular (que puede ser afirmada en un acto de habla normativo) relativa a este acto de habla regulativo (por ejemplo, «la disculpa de A era adecuada/ inadecuada»). Por tanto, los actos de habla regulativos que no son actos de habla normativos son enjuiciados como cualquier otra acción.

5. La lógica del discurso

Según la teoría consensual, el acuerdo potencial de todos es condición tanto para la verdad de una proposición no normativa como también para la corrección de una proposición normativa. Este criterio de verdad tiene dos puntos débiles: Por un lado, no puede ser cumplido, y, por otro lado, incluso su cumplimiento no sería suficiente. El acuerdo de todos no se puede conseguir, porque las personas muertas hasta ahora no pueden ya participar en el diálogo, y no está determinado en qué sentido se hubieran pronunciado. Pero incluso si todos se pudieran pronunciar, un acuerdo producido casualmente no podría servir como criterio de verdad[341], ya que éste podría estar basado, por ejemplo, en un error o en una coacción.

En su ensayo sobre las teorías de la verdad, HABERMAS intenta salvar estas dificultades considerando suficiente como criterio de verdad tan sólo un *consenso fundado*[342]. «El sentido de la verdad no es la circunstancia de que se haya alcanzado cualquier consenso, sino: que en cualquier momento y en todas partes, si entramos en un discurso, puede ser obtenido un consenso en condiciones que lo acrediten como un consenso fundado»[343]. Un consenso fundado es

341 J. HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, p. 239.

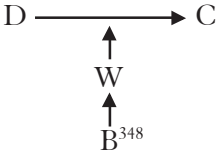
342 *Ibid.,* p. 239.

343 *Ibid.,* pp. 239 y s.

un consenso que se basa en la «fuerza del mejor argumento». Pero, ¿qué es lo que hace a un argumento mejor que otro, y en qué consiste la fuerza del mejor argumento?

HABERMAS pretende clarificar estas cuestiones en el marco de una lógica del discurso»[344]. El objeto de una lógica del discurso son las propiedades formales de los contextos de argumentación. El que los contextos de argumentación estén compuestos no de enunciados, sino de actos de habla, es decisivo. La lógica del discurso es, por tanto, una lógica pragmática[345].

En el centro de la lógica del discurso está el argumento. «Un argumento es la fundamentación que nos motiva a reconocer la pretensión de validez de una afirmación o de una orden o, en su caso, de una valoración»[346]. Para la representación de la estructura formal de un argumento HABERMAS usa el esquema de TOULMIN ya discutido anteriormente[347]:



[348]

En los discursos teóricos se usa esta estructura de argumento para dar explicaciones. En los discursos prácticos, ella se encuentra en la base de la justificación. Así, la orden (C) «A debe devolver a B 50 marcos durante el fin de semana» puede ser justificada con el hecho

344 *Ibid.,* p. 240.

345 *Ibid.,* p. 241.

346 *Ibid.,* pp. 241 y s.

347 Cfr. *supra*, pp. 133 y ss.

348 Cfr. S. E. TOULMIN, *The Uses of Arguments*, pp. 95 y ss.

(D) de que B le prestó a A 50 marcos por ese plazo, y la regla (W) «los préstamos deben ser devueltos dentro de los plazos indicados». Esta misma regla (W) es a su vez justificable, por ejemplo, mediante la referencia a consecuencias directas e indirectas del seguimiento de la norma (B)[349]. Lo decisivo aquí es que la relación entre B y W no es deductiva. W no se infiere de B. Por tanto, la fuerza del argumcnto depende de la aceptabilidad del paso de B a W.

Ya se mostró anteriormente que el paso de B a W es aceptable en todo caso si se puede presuponer una regla W', de la que conjuntamente con B se siga W[350]. Pero con esto se plantea inmediatamente la cuestión de si W' puede ser justificada, y cómo puede serlo. Esta cuestión se corresponde con el problema discutido por HABERMAS, esto es, de dónde puede tomar su fuerza el paso de B a W para producir un consenso. Esta cuestión es una variante del problema ya discutido por STEVENSON de la relación de una razón G con una proposición normativa N: ¿Hay algo así como pasos válidos e inválidos de G a N, o bien la disposición de aceptar tal paso depende sólo de las características psíquicas, de la posición social y de la pertenencia a una determinada cultura de la persona en cuestión? En el caso de que fuera esto último, el estar dispuesto a pasar de G a N podría ser, en el mejor de los casos, explicado, pero no justificado. Una teoría del discurso racional no sería posible; sólo sería posible una teoría de la utilización eficaz de los medios discursivos. Con ello queda señalado el peso de una respuesta eventualmente dada por HABERMAS.

Según HABERMAS, la fuerza que tenga el paso de B a W para producir consenso depende de la adecuación del sistema lin-

349 Cfr. J. HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, p. 244.

350 Cfr. *supra*, p. 98.

güístico usado para la argumentación. El sistema lingüístico usado para la argumentación debe por tanto decidir sobre qué clases de experiencias pueden entrar en la argumentación como *backing*. En los discursos teóricos, estas experiencias son datos de observaciones y de encuestas; en los discursos prácticos, interpretaciones de necesidades.

El hecho de que el sistema lingüístico pueda decidir sobre qué clases de experiencias son admisibles como *backing*, ha de ser posible porque en la base de los «predicados fundamentales de los lenguajes de fundamentación acreditados» se encuentran esquemas cognitivos[351]. Con el concepto de esquema cognitivo conecta HABERMAS con la epistemología genética de PIAGET. Según PIAGET, las estructuras fundamentales del conocimiento, los esquemas cognitivos, no son ni meros reflejos de un orden dado del mundo exterior, como se supuso, en el empirismo, ni algo establecido innata o genéticamente, como se afirmó en el racionalismo. Estas se deben entender más bien como construcciones producidas por sujetos dotados genéticamente de una determinada manera, mediante sus acciones en un mundo configurado de determinada manera, en el marco de una determinada sociedad en el transcurso de su proceso de desarrollo. Estas construcciones preceden a cualquier conocimiento y lo determinan[352].

El paso de B a W, según esto, se realiza mediante esquemas cognitivos. La inducción, el paso de una serie de proposiciones singulares a una proposición general, es, pues, según HABERMAS, algo trivial, «concretamente, la repetición ejemplar exactamente

---

351 *Ibid.,* p. 246.

352 J. PIAGET, *Piaget's Theorie*, en: *Carmichal's Manual of Child Psychology*, 3.ª ed., ed. de P. H. Mussen, vol. 1, New York/ London/ Toronto, 1979, pp. 703 y ss.

del tipo de experiencia en que se han formado antes los esquemas cognitivos que respectivamente han penetrado en los predicados fundamentales del lenguaje de fundamentación»[353].

La fuerza de un argumento para producir consenso descansa por tanto «en un desarrollo cognitivo que garantiza la adecuación del sistema de descripción que precede a toda argumentación singular»[354]. Ahora se podría pensar en definir la verdad a través de la adecuación del sistema lingüístico. Pero HABERMAS rechaza esto expresamente. Los sistemas lingüísticos y conceptuales no pueden ser susceptibles de verdad; la verdad sólo puede ser determinada en relación a proposiciones o a la argumentación que tiene lugar para su fundamentación. El paso decisivo de HABERMAS consiste en que él exige que el sistema lingüístico «naturalmente regulado» en que se basa en primer lugar toda argumentación debe ser, a su vez, objeto de la argumentación. Con esto ha llegado HABERMAS a su criterio para un consenso fundamentado: «Un consenso argumentativamente producido puede ser considerado como criterio de verdad sólo si existe la posibilidad estructural de interrogar, modificar y sustituir el respectivo lenguaje de fundamentación en que son interpretadas las experiencias»[355].

---

353 J. HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, p. 246.

354 *Ibid.,* p. 249.

355 *Ibid.,* p, 250. Es digno de mención que en la obra de teoría del Derecho de Josef ESSER se contiene una idea parecida. ESSER constata, en primer lugar, que también el lenguaje es «un trozo de precomprensión». «Las modalidades de contemplación social propias de un lenguaje son continuamente actualizadas con cada uso del lenguaje, sin que nos demos cuenta. Así, con estos *esquemas mentales inherentes al lenguaje* se construye un «contexto tradicional» que permanece a menudo durante generaciones... La Jurisprudencia no ha logrado dar hasta ahora clara cuenta del poder inconsciente de las tradiciones. Sin embargo, todos estos marcos de referencia

Este criterio de verdad es ciertamente problemático. Sin embargo, no puede ser discutido aquí en todos sus aspectos. Su discusión se debe limitar a su funcionalidad como criterio de racionalidad de los discursos prácticos. En lugar de «la lógica del discurso» en general, en adelante se hablará sólo de la lógica del discurso práctico.

El papel que la inducción juega en los discursos teóricos lo debe jugar en los discursos prácticos la generalizabilidad. HABERMAS designa al «principio de universalización»[356] como «el único principio en el que se manifiesta la razón práctica»[357]. Pero desgraciadamente renuncia a investigar sistemáticamente este principio tan ambiguo –como lo revela ya, por ejemplo, una primera mirada a las concepciones de HARE, BAIER y SINGER[358].

La concepción de HABERMAS de la idea de generalizabilidad se apoya en su teoría de la situación ideal de diálogo que se discutirá extensamente más adelante. En la situación ideal de diálogo, todos los hablantes tienen los mismos derechos; no existe ninguna coacción. Es evidente que en tal situación sólo es posible un consenso sobre aquellas órdenes, normas, etc., que «*todos* pueden querer»[359]. Según HABERMAS, las normas regulan la posibilidad de satisfacción de necesidades o de consecución de intereses[360].

---

deberían ser tenidos en cuenta si las condiciones de nuestro procedimiento para encontrar soluciones jurídicas han de ser racionales». J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2.ª ed., Frankfurt a. M., 1970, pp. 10 y s. (cursivas mías).

356 *Id., Wahrheitstheorien*, p. 251.

357 *Id., Legitimationsprobleme im Säptkapitalismus*, p. 149.

358 Cfr, *supra*, pp. 106 y ss., y 146 y ss.

359 *Ibid.,* p. 148.

360 Id., *Wahrheitstheorien*, p. 251.

Una norma que «*todos* puedan querer» es, por tanto, aquella cuyas consecuencias directas e indirectas para la satisfacción de las necesidades de *cualquier individuo* pueden ser aceptados por *todos*[361].

Esta fórmula se diferencia tanto de la de HARE como del argumento de generalización de SINGER. Según HARE, es suficiente con que el *individuo que juzga* acepte las consecuencias para *todos*[362]; según SINGER, es necesario que las consecuencias del seguimiento de la norma sean aceptables *para todos*[363]. No es sin embargo necesario, ni tendría sentido, adoptar algo así como una decisión entre estas tres concepciones de la idea de generalizabilidad a las que, además, se les pueden añadir otras como la exigencia de *consistencia*[364] expresada por el principio de universabilidad y la exigencia de *enseñabilidad general* (BAIER)[365]. Hay muchos motivos para pensar que ellas pueden conectarse entre sí. Sólo parece

361 Cfr. *Id., Legitimationsprobleme im Säptkapitalismus*, pp. 148 y s.: «La voluntad formada puede llamarse 'racional' porque las propiedades formales del discurso y de la situación de deliberación garantizan suficientemente que sólo pueda producirse un consenso sobre intereses *susceptibles de generalización* interpretados adecuadamente; por esto último entiendo: necesidades que *son compartidas comunicativamente*.» Un criterio parecido lo sugiere FRANKENA. «Y nuestros juicios están realmente justificados si ellos se mantienen tras una profunda comprobación critica de este tipo por parte de *todos los participantes*». W. K. FRANKENA, *Analytische Ethik,* München, 1972, p. 136. (cursivas mías).

362 Cir. *supra*, pp. 115 y ss. Se trata aquí de la exigencia que debe propoducirse de la conexión del principio de universalidad con el principio de prescriptividad.

363 Cfr. *supra*, pp. 149 y s.

364 Cfr. *supra*, pp. 107 y s.

365 Cfr. *supra*, pp. 146 y s.

posible una incompatibilidad entre el argumento de HARE y la fórrnula de HABERMAS. Pero ella puede ser eliminada en favor de la fórmula de HABERMAS, mediante una regla de prioridad que no hace de ninguna manera superfluo el argumento de HARE. La fórmula de HABERMAS, como se aclarará, sólo se puede cumplir, por regla general, de un modo aproximado. La misma define más bien un ideal que un criterio seguro. En esta situación tiene pleno sentido exigir como condición mínima el cumplimiento del criterio de HARE.

Una cuestión diferente es la de si, y en qué medida, son reducibles las unas a las otras las distintas variantes indicadas del principio de generalizabilidad. Para aclarar esto serían necesarios amplios análisis lógicos; de ahí que en adelante sólo ocasionalmente se entrará en este tema, cuyo análisis sistemático exigiría una investigación propia[366].

366 Los resultados de este análisis suministrarían al mismo tiempo la base de una interpretación de las diferentes versiones del imperativo categórico de KANT, especialmente de la formulación «obra sólo según una máxima tal que puedas querer al misrno tiempo que se transforme en ley universal» (I. KANT, *Grunlegung zur Metaphysik der Sitten*. Akademie-Ausgabe, vol. 4 Berlin, 1911. p. 421), así como de los principios contenidos en la filosofía jurídica de KANT basados en la idea de generalizabilidad, como el de libertad que exige que «sólo puede ser legisladora la voluntad concordante de todos, por tanto sólo la voluntad general y unida del pueblo en tanto que cada uno decide lo mismo para todos, y todos deciden lo mismo para cada uno». (*Id., Metaphysik der Sitten*, Akademie Ausgabe, vol. 6 Berlin, 1907, pp. 313 y s.), el de igualdad, que exige que «nadie puede vincular jurídicamente a otro sin someterse él al mismo tiempo a la ley» (*Id., Zum ewigen Frieden*, Akademie Ausgabe, vol. 8, BERLIN, 1912, p. 350, nota) y el de publicidad que establece: «todas las acciones referidas al derecho de otras personas cuya máxima no sea compatible con la publicidad son injustas» (*Ibid.,* p. 381). Estas pocas citas permiten ya suponer que en la teoría de KANT están contenidas todas las variantes de la teoría de la generalizabilidad arriba indicadas. Si esta

El consenso sobre una norma depende, según la versión de HABERMAS del principio de generalizabilidad, de qué pueda ser considerado como necesidad aceptable por todos. Para la solución de esta cuestión recurre HABERMAS a su teoría de los esquemas cognitivos. Las necesidades de los hombres no son algo predeterminado de un modo firme por la naturaleza. Quizá sea posible indicar una serie de condiciones de supervivencia. Si se adopta la premisa de que los hombres deben sobrevivir, se pueden resolver una serie de cuestiones prácticas (por ejemplo, en el sentido de una teoría del *minimal content of natural law*[367]). Pero, prescindiendo completamente del hecho de que es ya dudoso que sean condiciones de la supervivencia humana, con esto se resuelven sólo muy pocas cuestiones. La razón de la impracticabilidad de este intento consiste en que, como KAMLAH[368] por ejemplo ha resaltado, las necesidades de los hombres están conformadas culturalmente. Estas son aprehendidas por el individuo sólo en determinadas interpretaciones. Dichas interpretaciones tienen lugar en el marco de los esquemas cognitivos, o como HABERMAS ocasionalmente escribe, en el marco de representaciones del mundo[369].

---

suposición es cierta y en tanto que estas variantes del principio de generalizabilidad penetran en la teoría del discurso práctico racional, esta teoría puede designarse como «kantiana». Para confirmar tal suposición sería necesaria una investigación de la teoría de KANT a la vista de las cinco (y en su caso de otras) fórmulas; para precisar esta aserción se requeriría un análisis de la relación de la teoría del discurso práctico racional con la teoría de KANT.

367 Cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law,* pp. 189 y ss.

368 W. KAMLAH, *Philosophische Anthropologie*, Mannheim/ Wien/ Zürich, 1973, pp. 52 y ss.

369 HABERMAS, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann*, p. 286.

En lugar de «esquemas cognitivos» o de «representaciones del mundo» se puede hablar de que la caracterización de una necesidad como generalmente aceptable está determinada por reglas que están en la base de las convicciones morales surgidas históricamente y, por tanto, del lenguaje de la moral. La exigencia de HABERMAS de comprobación discursiva de la adecuación del sistema lingüístico que determina la interpretación de las necesidades puede, por tanto, ser concebida como la exigencia de comprobación discursiva del lenguaje de la moral. Un ejemplo de tales reglas serían las que regulan el uso de la expresión «valiente»[370].

Para que sea posible tal comprobación discursiva de las reglas en que se basan las expresiones morales es necesario que la configuración formal del discurso práctico permita la revisión del sistema lingüístico elegido en principio. Esto presupone, según HABERMAS, que sea posible un cambio libre entre los diversos niveles del discurso. Se pueden diferenciar cuatro niveles y, en consecuencia, cuatro pasos diferentes.

El primer paso consiste, en el discurso teórico, en el paso de la acción al discurso mediante la problematización de una afirmación (entrada en el discurso). El segundo paso consiste en que se dé al menos un argumento (discurso teórico). El tercero es el

370 Sobre la concepción de estas reglas como reglas determinantes de la argumentación moral cfr. la neonaturalista Ph. FOOT, *Moral Arguments,* en «Mind», 67 (1958) pp. 509 y s. Frente al neonaturalismo, HARE acentúa que los que argumentan moralmente no están estrictamente vinculados por estas reglas. Ellos pueden usar y justificar otras reglas (cfr. sobre esto *supra*, p. 116). Entre esta concepción de HARE y la exigencia de HABERMAS de comprobación discursiva del sistema del lenguaje moral, existe una cierta concordancia.

paso a una modificación del sistema lingüístico elegido al principio (discurso metateórico). El último es, finalmente, el paso a la «reflexión sobre la transformación sistemática del lenguaje de fundamentación»[371] en el que «con la ayuda del movimiento circular característico de la reconstrucción racional nos cercioramos de lo que *debe* valer como conocimiento»[372]. En este último nivel nos encontramos con el fundamento práctico de las normas fundamentales del discurso teórico.

De manera análoga, el inicio del discurso práctico se produce mediante la problematización por ejemplo de órdenes y prohibiciones. El segundo paso consiste en aducir por lo menos un argumento. En el tercer paso, la adecuación del sistema lingüístico se transforma en el objeto del discurso. Finalmente, el último paso consiste en la «reflexión sobre la dependencia de nuestras estructuras de necesidades con respecto al estado de nuestros conocimientos y posibilidades: nosotros nos ponemos de acuerdo sobre la interpretación de nuestras necesidades a la luz de las informaciones existentes en el campo de lo factible y alcanzable»[373]. En el cuarto paso se encuentran los discursos prácticos y teóricos.

La fuerza de producir consenso de un argumento se basa, en ambas formas de discurso, en que podamos ir y venir entre los diferentes niveles ilimitadamente, hasta que se produzca un consenso. Las características formales del discurso deben por tanto ser de tal manera que el paso libre entre los niveles del discurso esté asegurado.

---

371 Habermas, *Wahrheitstheorien*, p. 251, *Ibid.,* p. 253.

372 *Ibid.,* p. 253.

373 *Ibid.,* p. 254.

6. La situación ideal del diálogo

Las características formales que cumplen esta condición son las características de la situación ideal del diálogo[374]. HABERMAS llama ideal a una situación lingüística «en la que la comunicación no puede ser impedida ni por causas contingentes exteriores, ni tampoco por coacciones que surjan de la misma estructura de la comunicación»[375]. Una comunicción no produce «coacciones sólo si se da una distribución simétrica para todos de las posibilidades de elegir y efectuar actos de habla»[376]. De esta exigencia general de simetría hace derivar HABERMAS cuatro exigencias para las diversas clases de actos de habla que él diferencia.

«1. Todos los participantes potenciales en un discurso deben tener la misma posibilidad de utilizar actos de habla comunicativos[377], de manera que puedan iniciar un discurso en cualquier momento, así como perpetuarlo con réplicas y contrarréplicas, preguntas y respuestas.

2. Todos los participantes en un discurso deben tener la misma posibilidad de realizar interpretaciones, aserciones, recomendaciones, explicaciones y justificaciones, y de problematizar, fundamentar o contradecir la pretensión de validez de las mis-

374 *Ibid.,* pp: 255 y ss.

375 *Ibid.,* p. 255.

376 *Ibid.,* p. 255.

377 Los actos de habla comunicativos indicados en la primera exigencia no han sido mencionados hasta ahora. Estos no están unidos a una especial pretensión de validez, sino que sirven para expresar «el sentido pragmático de la conversación». A ellos pertenecen verbos como «decir», «contradecir» y «citar» (J. HABERMAS, *Vorbereitende Bemerkung zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz*, p. 111).

mas, de manera que ninguna opinión anterior se sustraiga contínuamente de ser tematizada y criticada»[378].

Ambas exigencias se refieren directamente al discurso. Las siguientes exigencias tratan del encuadre de los discursos en contextos de acción.

«3. Sólo se admiten en el discurso hablantes que tengan, en cuanto actores, las mismas posibilidades de utilizar actos de habla representativos, es decir, de expresar sus opiniones, sentimientos e intenciones...

4. Sólo se admiten en el discurso hablantes que tengan, en cuanto actores, las mismas posibilidades de usar actos de habla regulativos, es decir, de ordenar y oponerse, de permitir y prohibir, prometer y retirar promesas, rendir y exigir cuentas, etc.»[379].

Las dos últimas exigencias deben expresar el hecho de que la realización de la situación ideal de diálogo presupone tanto la realización de una apertura en la vida cotidiana, como también la realización de una libertad de acción.

Se puede cuestionar si tiene o no sentido formular estas condiciones de un modo tan estricto. Ciertamente, es correcto afirmar que la falta de sinceridad y las coacciones de la vida cotidiana pueden tener efectos negativos sobre los discursos. Pero, ¿por qué no ha de ser posible que en los discursos se esté más allá del campo de la acción? Se puede pensar perfectamente, por ejemplo, que en los discursos se pueden fundamentar como correctas normas que contradicen normas vigentes en los contextos de acción. Por lo demás, es perfectamente posible que en los discursos aparezcan comporta-

378 *Ibid.,* p. 255.

379 *Ibid.,* p. 255.

mientos, por ejemplo determinados grados de apertura, que no son frecuentes (todavía) fuera de los discursos. Además, es dudoso que la dependencia completa de la realización de las condiciones de la situación ideal de diálogo con respecto a la realización del puro actuar comunicativo, corno lo llama HABERMAS, haga que sea imposible cambiar las relaciones fácticas por medio del discurso. Por ello, tiene pleno sentido no unir estrictamente las condiciones de la situación ideal de diálogo a las condiciones ideales dcl actuar general[380]. Por lo demás, a esto es a lo que se refiere HABERMAS cuando habla de una «realización suficiente de las exigencias, que es lo que debemos exigir a los discursos»[381]. Tal realización suficiente se da «si las coacciones externas e inmanentes a la conversación están tan neutralizadas que no existe el peligro de un pseudoconsenso (basado en el engaño o en el autoengaño)»[382].

También se plantea una serie de objeciones contra un concepto más débil de situación ideal del diálogo formulado de la manera indicada.

La objeción quizá más a menudo planteada se refiere a que la situación ideal de diálogo no se puede realizar[383]. Así, el mismo HABERMAS constata que las «limitaciones espacio-temporales del proceso de comunicación, así como también... las

---

380 En forma parecida, F. W, STALBERG, *Legitimation und Diskurs-Zur HABERMAS-Analyse Wolfang Fachs*, en: «Zeitschrift für Soziologie», 4 (1975), p. 98.

381 J. HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, p. 257.

382 Carta de HABERMAS al autor, de 17-12-1974, citada con el consentimiento de HABERMAS.

383 Cfr. N. LUHMANN, *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf Jürgeng HABERMAS*, en: J. HABERMAS/ N. LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt a. M., 1972, p. 336; H. SCHNELLE, *Sprachphilosophie und Linguistik,* Reinbek bei Hamburg, 1973, p. 41.

limitaciones psicológicas de los participantes en el discurso» excluyen esto[384]. Una objeción cercana a ésta puede verse en que nunca es posible determinar con seguridad si está realizada o no la situación lingüística ideal. Uno se puede engañar por ejemplo siempre sobre la existencia de coacciones[385]. HABERMAS hace frente a esta objeción con su teoría del carácter contrafáctico de la situación ideal de diálogo. Según esto, por usar la formulación de HABERMAS, la situación ideal de diálogo no es «ni un fenómeno empírico ni un mero artificio, sino una inevitable presunción recíproca adoptada en un discurso»[386]. Esta anticipación de la realización de una situación lingüística ideal es sólo «garantía de que con un consenso alcanzado fácticamente podemos unir la pretensión de un consenso racional; al mismo tiempo, es un criterio crítico con el que se puede cuestionar y comprobar cualquier consenso alcanzado fácticamente, en el sentido de si éste es o no un indicador suficiente para un consenso fundado»[387]. «A la estructura del discurso posible corresponde el que nosotros, en el desarrollo del acto de habla, hagamos contrafácticamente como si la situación ideal de diálogo no fuera una mera ficción, sino una realidad. Precisamente es a esto a lo que llamamos una suposición. El fundamento normativo de la comunicación lingüística tiene, por tanto, dos aspectos: existe anticipadamente, pero en cuanto fundamento anticipado es también eficaz»[388]. «Sin que

384 J. HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, p. 257.

385 *Ibid.,* p. 257.

386 *Ibid.,* p. 258.

387 *Ibid.,* p. 258.

388 *Id., Vorbereitende Bemerkung zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz,* p. 140. Cfr. también *Id., Historischer Materialismus und die Entwicklung normativer Strukturen*, en: *Id., Zur Rekonstruktion des Historischen Mate-*

importe cómo pueda ser deformada la intersubjetividad de la comprensión mutua, el diseño de una situación ideal de diálogo está implicado necesariamente en la estructura de potenciales diálogos; pues todo diálogo, incluso el de engaño intencional, se orienta hacia la idea de verdad»[389].

Esta versión de la teoría de la situación ideal de diálogo tiene la ventaja de que hace frente al reproche de no poder ser realizada. Se puede perseguir un ideal que nunca se va a poder realizar. Pero la misma tiene la desventaja de que no ofrece ningún criterio de decisión que conduzca siempre a resultados únicos. Sin embargo, este punto débil se suaviza por dos razones. Por una parte, las reglas que definen la situación ideal de diálogo constituyen criterios para la crítica de normas. Además, hay que pensar que es posible una realización aproximada de la situación ideal de diálogo. En este sentido, HABERMAS señala que las distribuciones desiguales de las oportunidades de usar actos de habla pueden ser neutralizadas mediante redistribuciones institucionales[390].

Según HABERMAS, las normas fundamentales del diálogo racional definidas por la situación ideal de diálogo no se presuponen sólo en el discurso, sino que también están en la base de las pretensiones de validez planteadas en el actuar cotidiano. Por ello, HABERMAS afirma que cualquiera que esté en una relación comunicativa de cualquier tipo presupone ya la situación ideal de

---

rialismus. Frankfurt a. M., 1976, p. 11, donde HABERMAS habla de que la teoría de la comunicación, en las cuatro pretensiones de validez mencionadas, puede «buscar una pretensión de razón suave pero terca, que nunca enmudece pero raramente se cumple».

389 *Id., Towards a Theory of Communicative Competence*, en: *Recent Sociology*, ed. de H. P. Dreitzel, vol. 2, London, 1970, p. 144.

390 *Id., Wahrheitstheorien*, p. 257.

diálogo, aunque se desvíe fácticamente lo que quiera de sus postulados[391]. De esto sólo se puede sustraer quien se excluya de todo tipo de relación comunicativa. Pero tal individuo perdería, según HABERMAS, su identidad[392].

Si estas reflexiones fueran acertadas, entonces se habría ganado algo en relación con el problema de la fundamentación de las normas básicas del diálogo racional. K. O. APEL llama «pragmático-trascendental» a una fundamentación como la expuesta por HABERMAS[393]. Es trascendental, en cuanto que estas reglas pueden ser fundamentadas mostrando que su validez es condición de posibilidad de la comunicación lingüística. Es pragmática, por-

391 *Id., Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, p. 155, continuación de la nota. 160 de p. 152: «Las formas de vida socio-culturales de los individuos comunicativamente socializados produce en *todo* contexto interactivo la «apariencia trascendental» del puro actuar comunicativo y, al mismo tiempo, ella remite todo contexto interactivo estructuralmente a la posibilidad de una situación lingüística ideal en la que las pretensiones de validez aceptadas en el actuar pueden ser sometidas a prueba discursivamente». Cfr. también *Id., Zwei Bemerkungen zum praktischen Diskurs*, en: *Id.,* Zur Rekonstruktion des *Historischen Materialismus*, Frankfurt a. M., 1976, p. 339: «La idea del diálogo racional, si me puedo expresar así, no está situada sólo en las estructuras generales discursivas y de fundamentación, sino en las estructuras fundamentales de la acción lingüística». Sobre una concepción muy parecida cfr. K. O. APEL, *Das apriori der kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik*, en: *Id., Transformation der Philosophie*, vol. 2. Frankfurt a. M., 1973, p. 400: «Todos los seres capaces de comunicación lingüística deben ser reconocidos como personas, puesto que en todas sus acciones y expresiones son virtuales interlocutores, y la justificación ilimitada del pensar no puede renunciar a ningún interlocutor ni a ninguna de sus virtuales contribuciones al discurso».

392 J. HABERMAS, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, p. 155, continuación de la nota 160 de p. 152. En forma parecida, K. O. APEL, *Ibid.,* p. 414.

393 Cfr. *Ibid.,* pp. 395 y s.

que estas reglas son reglas lingüísticas que no se refieren sólo a la sintaxis o a la semántica, sino que, además, regulan la relación de los hablantes con las manifestaciones realizadas por ellos[394]. HABERMAS, quien todavía en 1973 hablaba del «carácter trascendental del lenguaje cotidiano»[395], ha manifestado después dudas sobre el uso del término acuñado por KANT. Él propone la expresión «pragmático-universal»[396]. Este problema de cómo haya que caracterizar la fundamentación elegida por HABERMAS sólo se analizará más adelante, cuando se discutan las formas posibles de fundamentación de las reglas del discurso. Ahora hay que plantear, en primer lugar, si, y en qué medida, pueden ser considerados sostenibles los argumentos expuestos por HABERMAS, con total independencia de cómo haya que calificarlos.

7. Discusión crítica de la teoría de Habermas

Esta cuestión conduce a una discusión crítica general de la teoría de HABERMAS. En ella se considerará sobre todo su posible mantenimiento y utilidad como teoría del discurso práctico[397].

7.1. Uno de los adversarios más prominentes de la teoría del discurso es Niklas LUHMANN. Este defiende la tesis de que los

---

394 Sobre la diferenciación entre sintaxis, semántica y pragmática cfr., Ch. W. MORRIS, *Foundations of the Theory of Sings*, en: *International Encyclopedia of Unifred Science*, vol. 1, Nr. 2, Chicago, 1938, pp. 1 y ss.

395 J. HABERMAS, *Legitimationsprobleme im Säptkapitalismus*, p, 152.

396 *Id., Was heisst Universalpragmatik?,* en: *Sprachpragmatik und Philosophie*, ed., de K. O. APEL, Frankfurt a. M. 1976, pp. 198 y ss.

397 Como tal, esta es la primera que podría aceptarse. Así, el mismo HABERMAS constata que «una teoría consensual de la corrección no se enfrenta con las mismas objeciones que una teoría consensual de la verdad» (J. HABERMAS, *Waheheitstheorien*, p. 250)

intentos como el emprendido por HABERMAS están condenados al fracaso «en las condiciones actuales de un mundo muy rico en posibilidades»[398]. El problema que se plantea hoy no es ya el de la corrección interna de decisiones o normas, sino el de la superación de la complejidad. Por tanto, el problema de la justicia debe separarse de la vieja relación entre verdad y fundamentabilidad, y debe formularse de nuevo como pregunta sobre la «complejidad adecuada del sistema jurídico»[399].

En esta objeción completamente general dirigida contra la relevancia de las cuestiones de verdad, fundamentabilidad y justicia en las sociedades modernas, es en lo que se basa la afirmación de que las discusiones pueden comprenderse más adecuadamente a partir de una aproximación de la teoría de sistemas, más bien que a partir de una teoría del lenguaje. Una aproximación a partir de la teoría de sistemas no se detiene en la exigencia de condiciones ideales, sino que puede trabajar sobre las limitaciones de cualquier sistema de discusión y mostrar las posibilidades de aumentar su utilidad mediante organizaciones alternativas del discurso[400].

El objeto de esta investigación no es una discusión general de la teoría de sistemas de LUHMANN. Por ello, sólo se aducirán aquí algunos argumentos que son adecuados para disminuir al

---

398 N. LUHMANN, *Gerechtigkeit in der Rechtssystemen der modernen Gesellschaft,* en: «Rechtstheorie», 4 (1973), p. 144, nota 33.

399 *Ibid.,* p. 142. Sobre la crítica de la teoría de la justicia de LUHMANN cfr. R. DREIER, *Zur Luhmanns systemtheoretischer Nueformulierung des Gerechtigkeitsproblems*, en: «Rechtstheorie» 5 (1974), pp. 189 y ss.

400 *Id., Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf J. HABERMAS*, en: J. HABERMAS/ N. LUHMANN, *Theorie oder Gesellschaft der Sozialtechnologie*, Frankfurt a. M., 1972, pp. 328 y ss.

menos la plausibilidad de las objeciones de LUHMANN contra la posibilidad y la relevancia de una teoría del discurso, de manera que ellos no hagan aparecer a una teoría del discurso práctico racional como una empresa carente de antemano de sentido. Una contraposición más profunda con LUHMANN no tendría que tener lugar en el nivel del intercambio de argumentos particulares, sino en el nivel de una comparación completa entre las teorías. Para ello es necesario elaborar, en primer lugar, una teoría del discurso racional que fuera más allá del estadio de los primeros conceptos. La meta de esta investigación es contribuir a dicha elaboración, y no en último lugar, mediante una extensión de la teoría del discurso práctico racional al campo de la argumentación jurídica. Por ello, en lo esencial, en este trabajo se lleva a cabo una contraposición sólo indirecta con LUHMANN. Tiene lugar indirectamente en cuanto que los argumentos aducidos aquí en favor de la teoría del discurso pueden ser considerados como argumentos contra la teoría de sistemas, en la medida en que la teoría del discurso sea incompatible con la teoría de sistemas.

La cuestión de en qué medida la teoría del discurso es incompatible con la teoría de sistemas reconduce a las dos objeciones de LUHMANN arriba indicadas.

El hecho de que el punto de vista de la teoría de sistemas sea adecuado para trabajar sobre el rendimiento y las limitaciones de cualquier sistema de discurso y para mostrar las posibilidades de aumentos del rendimiento mediante organizaciones alternativas de los discursos, sólo supondría una objeción contra la teoría del discurso si ésta necesitara realmente permanecer anclada en la exigencia de condiciones ideales. Pero esto no es así. A las tareas de la teoría del discurso corresponde el investigar incluso cómo se puede argumentar racionalmente y se argumenta bajo condiciones limitadoras, y cómo puede mejorarse la posibilidad de argumentar racional-

mente en condiciones limitadoras. Para esto es necesario el conocimiento del rendimiento de los diferentes sistemas discursivos y de la posibilidad de aumentar dicho rendimiento. En tanto la teoría de sistemas pueda contribuir a este conocimiento, ella es no sólo útil, sino incluso imprescindible para la teoría del discurso.

La cuestión decisiva es por tanto si el enfoque teórico-discursivo tiene sentido en cuanto tal, es decir, si las cuestiones tradicionales de verdad, fundamentabilidad y justicia han perdido actualmente su relevancia y, por tanto, el problema de la justicia se tiene que separar de la antigua relación con la verdad y la fundamentabilidad y reformularse como pregunta sobre la complejidad adecuada del sistema jurídico. Aquí puede resaltarse, en primer lugar, que se puede pensar perfectamente que la fórmula de la complejidad adecuada contiene una referencia a una condición necesaria del decidir justo[401]. Y se debe poner en duda el que «hoy» ya no esté unida a las normas la pretensión de corrección o fundamentabilidad. Así, DREIER[402], refiriéndose a HABERMAS, señala que la tarea de esta pretensión presupondría la formación de un «modo diferente de socialización» que esté «separado de normas necesitadas de justificación»[403]. Se podría poner en duda incluso que tal modo de socialización sea posible realmente[404]. En cualquier caso, una mirada a la praxis de las discusiones político-jurídicas, de las

401 Cfr. R. DREIER, *Ibid.,* p, 200.

402 *Ibid.,* p. 199.

403 J. HABERMAS, *Legitimationsprobleme im Sätkapitalismus*, p. 130.

404 Contra esta posibilidad se podría aducir que mientras los hombres puedan preguntar, dudar, realizar aserciones y argumentar, pueden al menos criticar y, en su caso, justificar las normas según las cuales viven. Si a esto se añade la premisa –ciertamente no carente de problemas– de que si los humanos tienen una facultad, tienen también un interés en hacer uso de esta facultad,

deliberaciones judiciales, de las discusiones científicas, así como del razonamiento cotidiano, muestra que hay motivos para pensar que este modo, por lo menos, no se ha generalizado todavía. La objeción de la teoría de sistemas, por tanto, puede ciertamente descubrir los límites de la teoría del discurso, pero no puede ser aceptada, sin embargo, como argumento contra la posibilidad y necesidad de tal teoría.

7.2. El núcleo de la fundamentación pragmático-universal de las normas fundamentales del diálogo racional lo forma la tesis de que todo hablante une a sus manifestaciones las pretensiones de comprensibilidad, veracidad, corrección y verdad. Quien afirma un juicio de valor o de deber[405] plantea la pretensión de corrección; pretende que su afirmación es fundamentable racionalmente.

Esta tesis va más lejos que la de que en los discursos prácticos se presupone la posibilidad de fundamentabilidad de decisiones prácticas, ya que esto no tiene que significar todavía que con *toda* expresión de un juicio de valor o de deber se plantea la pretensión de fundamentabilidad. Se podría opinar que si bien quien entra en discusiones sobre la corrección de sus expresiones plantea esta pretensión, se puede sin embargo perfectamente expresar opiniones morales sin esta pretensión. Las normas fundamentales del diálogo racional tendrían, por tanto, sentido sólo para quien se decide a tomar parte en el juego de lenguaje de la argumentación

---

entonces resulta que un modo de socialización desvinculado de normas necesitadas de justificación, si bien se puede extender, no se puede imponer de manera general y definitiva. Este argumento, sin embargo, se indica sólo marginalmente, por la debilidad de la tesis del interés en la justificación racional. Aquí basta con la observación de que de hecho existe algo así como la praxis de la deliberación racional.

405 Sobre estos conceptos cfr. *supra*, pp. 99 y ss.

práctica. La fundamentación pragmático-universal de HABERMAS carecería de validez. Para la fundamentación de esta concepción se podría remitir uno al hecho de que muchos hombres afirman algo sin estar dispuestos a fundamentarlo. Incluso a menudo no podrían hacerlo en absoluto.

Sin embargo, esta objeción no puede ser considerada como muy acertada. El que alguien no pueda o quiera cumplir una pretensión no dice nada sobre la existencia de dicha pretensión. Las pretensiones unidas a actos de habla no dependen de los deseos del hablante, sino de las reglas que están en la base de los actos de habla. Supongamos que alguien afirma una proposición normativa y, sin dar razones para ello, no contestara a la pregunta «¿por qué?» o contestara con la constatación de que no hay ninguna razón para su afirmación. En esta situación se puede reaccionar con frases como «pero tú tendrías que fundamentar esto» o «si no hay ninguna razón para que A esté obligado a ayudar a B, entonces no deberías afirmarlo». Los términos deontológicos «tendrías» y «deberías» que aparecen en estas frases son un signo de que el hablante se refiere a una regla que exige una fundamentación[406]. Por regla general, el destinatario aceptará estas expresiones como reproches y aducirá razones en su favor o dejará ver por qué no hay ninguna fundamentación. Sobre estas razones se puede discutir, al igual que sobre las razones para la aserción originaria. Tales razones son a menudo aceptadas.

---

406 Cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, p. 56, «What is necessary [para la existencia de una regla] is that there should be a critical reflective attitude to certain pattern of behaviour as a common standard, and that this should display itself in criticism (including selfcriticism), demands for conformity, and in acknowledgements that such criticism and demands are justified, all of wich find their characteristic expression in the normative terminology of 'ought', 'must' and 'should', 'right' and 'wrong'»

Lo último pone de manifiesto que si bien los hablantes presuponen una regla que exige una fundamentación, esta regla no exige que todos deban fundamentar frente a todos toda aserción y en todo momento. Es suficiente con que se aduzcan razones de por qué no se puede o quiere aducir razones en la situación presente, o que se remita uno a la competencia de un tercero para la fundamentación. Esta regla no exige, por tanto, una fundamentación propia del hablante para cada aserción, pero asegura la discutibilidad de su manifestación. Sobre las razones de que no se aduzcan razones se puede a su vez discutir. La referencia a la competencia de fundamentación de otros es comprobable en cuanto a su justificación. Así, se puede cuestionar si la autoridad a la que se refiere el hablante garantiza realmente la corrección de su tesis. Para esto es sin embargo posible, y a menudo necesario, plantearse la corrección interna de su aserción. Para asegurar la discutibilidad del argumento de autoridad es necesario que el hablante se pueda remitir sólo a determinadas autoridades. No es admisible el que, sin que pueda dar razones para ello, él sea simplemente de la opinión de que alguna vez alguien podrá fundamentar su proposición.

Naturalmente, se puede también expresar enunciados referidos a cuestiones prácticas sin tener que aducir razones en este sentido. En este caso, sin embargo, no se trata de la expresión de un juicio de valor o de deber, sino de la manifestación, por ejemplo, de un sentimiento, de una actitud o de un deseo. Si se quiere considerar algo como un juicio de valor o de deber se lo debe entender siempre como sujeto a la pretensión de fundamentabilidad.

A esto es a lo que se refiere PATZIG cuando escribe: «Sólo mediante esta pretensión esencial de fundamentabilidad que los juicios morales siempre plantean conforme a su sentido, es comprensible el sentido del juicio de tales tomas de postura. Si no se quiere errar sobre el sentido de tales juicios, no se los debe consi-

derar como meras manifestaciones espontáneas de una reacción emocional, sino que se los debe tomar como aserciones auténticas que (porque son auténticas) pueden ser falsas (y, naturalmente, también verdaderas)»[407].

La siguiente exigencia puede, por tanto, ser formulada como una regla en la que se basa el acto de habla de la aserción:

Todo hablante debe, si se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda aducir razones que justifiquen el negar una fundamentación[408].

Esta regla se llamará la *«regla general de la fundamentación»*.

Es posible que en una serie de manifestaciones ninguna sea una aserción. Pero una comunicación duradera, en la que no se produzca absolutamente ninguna aserción, sólo es posible en condiciones

---

407 G. PATZIG, *Relativismus und Objetivität moralischer* Normen, en: Id., *Ethik und Metaphysik,* Göttingen, 1971, p. 75.

408 Sobre una regla de este tipo cfr. D. WUNDERLICH, *Zur Konventionalität von Sprechhandlungen,* p. 21; J. R. SEARLE, *Speech Acts*, pp. 65 y s.; H. SCHNELLE, *Sprachphilosophie und Linguistik*, pp. 42 y s. El estatus de una regla de este tipo es polémico. Se podría opinar que ella es constitutiva para el acto de habla de la aserción. (Sobre el concepto de regla constitutiva cfr. J. R. SEARLE, *Speech Acts*, pp. 33 y ss.). Frente a esto, SCHNELLE opina que el concepto de aserción, a diferencia del de promesa, no está unido con el de una obligación de este tipo. Por tanto, una regla como la regla de fundamentación indicada debe considerarse sólo como un postulado general de la conversación. (H. SCHNELLE, *Ibid.,* pp. 42 y s. Sobre el concepto de postulado de conversación cfr. H. P. GRICE, *Logic and Conversation*, escrito dactilográfico, pp. 32 y ss.). Existen razones para creer que si con el concepto de aserción se une la pretensión de verdad/corrección. también debe considerarse constitutiva para la aserción la regla de fundamentación. Se indica aquí como interesante, no como argumento (ni siquiera de autoridad), una definición de aserción que dio KANT: «afirmar algo, esto es, expresar un juicio como necesariamente válido para cualquiera». (I. KANT, *Kritik der reinen Vernunf.* A 821, B 849).

artificiales; por ejemplo, en base a un acuerdo en este sentido. Sin embargo, tal acuerdo sólo muy difícilmente se podría sostener toda una vida. Por lo demás, presupone también la regla de fundamentación. No se puede establecer un acuerdo para no aplicar una regla que no existe. Por lo tanto, cualquiera que toma parte en procesos de comunicación está bajo la regla de fundamentación.

7.3. La regla general de fundamentación está en una relación muy estrecha con las condiciones ideales de la situación ideal de diálogo. Quien fundamenta algo admite por lo menos el aceptar al otro, al menos en lo que se refiere a la fundamentación, como interlocutor con los mismos derechos que él, y el no ejercer personalmente coacción ni apoyarse en la coacción ejercida por otros. Además, pretende poder defender su aserción frente a cualquiera. Los juegos de lenguaje en los que no se admita por lo menos cumplir estas exigencias, no pueden ser considerados como fundamentaciones. Así, sólo muy difícilmente se podrá designar como fundamentaciones expresiones como «si no crees esto, perderás tu trabajo» o «el señor F podría rebatir esto fácilmente, pero tú deberías aceptarlo por la razón G».

Las exigencias de igualdad de derechos, universabilidad y ausencia de coacción se pueden formular como tres reglas. Estas reglas se corresponden con las condiciones de la situación ideal de diálogo planteadas por HABERMAS en la versión débil aceptada anteriormente[409]. La primera regla se refiere a la admisión en el discurso y tiene el siguiente contenido:

(1) Cualquiera que pueda hablar puede tomar parte en el discurso[410].

---

409 Cfr. *supra*, pp. 163 y s.

410 POPPER suministra una interesante fundamentación de una regla como ésta, que hay que diferenciar de la dada arriba: «La circunstancia de que la

La segunda regla regula la libertad de la discusión. Se puede articular en las tres exigencias:

(2) a) Cualquiera puede problematizar cualquier aserción.

b) Cualquiera puede introducir cualquier aserción en el discurso.

c) Cualquiera puede expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

En los discursos prácticos es especialmente importante (c), la cual formula la exigencia de apertura. Finalmente, la tercera regla tiene la tarea de proteger el discurso frente a la coacción. Reza así:

(3) No se puede impedir a ningún hablante ejercer sus derechos establecidos en (1) y (2) mediante coacción existente dentro o fuera del discurso.

Se puede incluso poner en duda que (3) sea una regla del discurso.

Se la podría considar como condición para el cumplimiento de (1) y (2). Pero aquí basta con indicar su estatus especial.

(1)-(3) definen las condiciones más importantes para la racionalidad de los discursos. Por ello se llamarán *«reglas de razón»*.

---

postura racionalista considera el argumento y no la persona que argumenta tiene muchas consecuencias. Tal postura conduce a la perspectiva de que nosotros debemos considerar a cualquier persona con quien nos comunicamos como una fuente potencial de argumentos y de información racional; y, por tanto, se produce una unión entre los hombres que se podría designar como 'unidad racional de la humanidad'» (K. R. POPPER, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, vol 2, Bern, 1958, p. 277).

Se podría pensar que con la presentación de estas reglas no se ha ganado mucho. Ya se mencionó anteriormente que no pueden ser realizadas completamente. Pero esto no se consideró como una objeción que fundamentara su carencia de sentido[411]. Estas definen (1) un ideal que puede ser cumplido por aproximación, son (2) un instrumento de crítica de las limitaciones injustificables de los derechos y posibilidades de los interlocutores y, con ello, (3) al menos un criterio hipotético y negativo sobre la corrección o verdad, y ofrecen (4) una explicación de la pretensión de corrección o verdad[412].

7.4. Sin embargo, el carácter ideal de las reglas de razón, así como la posibilidad de engañarse sobre la medida de su cumplimiento, muestra que ningún consenso producido fácticamente es una garantía de validez de los resultados del discurso[413]. Las reglas señaladas no indican ningún procedimiento sobre cómo debe por ejemplo resolver un jurista un caso determinado en una situación determinada. De aquí se podría concluir que, si bien la teoría de

---

411 Sobre la objeción de que reglas como la mencionada arriba no pueden ser cumplidas fácticamente, así como sobre la función de estas reglas, cfr. la atinada observación de KANT: «Puesto que nada puede ser encontrado más dañino e indigno de un filósofo que la populachera apelación a la experiencia pretendidamente antagónica que, sin embargo, no existiría en absoluto si aquellas instituciones hubieran sido encontradas según las ideas a su debido tiempo.» Así como esta otra: «Aunque ahora igualmente no pudiera tener lugar esto último, es perfectamente correcta la idea que plantea esta máxima, en cuanto modelo para llevar, de acuerdo con ella, la constitución legal de los hombres cada vez más cerca de la mayor perfección posible.» (I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, A 316 y s., B 373 y s.).

412 Para más detalles sobre los resultados de esta regla cfr. *infra*, pp. y ss.; 269 y ss.

413 Cfr. R. POSNER, *Diskurs als Mittel der Aufklärung. Zur Theorie der rationalen Kommunikation bei HABERMAS und ALBERT*, en: *Linguistik und Sprachphilosophie*, ed. de M. Gerhard, München, 1974, p. 295.

HABERMAS describe un bello ideal, sin embargo sirve de poco tanto en la práctica de la argumentación moral cotidiana, como en la de las ciencias normativas como la Jurisprudencia[414].

Pero esto tiene que discutirse. Por un lado, de la teoría de HABERMAS se pueden extraer reglas ulteriores de la argumentación práctica; por otro lado, esta teoría no sólo necesita complementarse, sino que puede ser complementada.

En primer lugar, se debe resaltar que las reglas de razón excluyen ya algunos resultados. Así, no es compatible con ellas el hecho de que una persona reciba de un modo duradero un estatus carente de derechos, como por ejemplo el de un esclavo, incluso aunque lo acepte voluntariamente. Cualquiera debe tener en cualquier momento el derecho de poder exigir la comprobación discursiva de cualquier norma. No es admisible una norma que excluya esto. La misma es *discursivamente imposible*. Una contribución de esta teoría que no carece de importancia es que ella puede fundamentar la inadmisibilidad de normas de este tipo.

El número de normas imposibles discursivamente es, ciertamente, pequeño. Pero también para el campo de lo discursivamente posible da HABERMAS algunas pautas.

En primer lugar, hay que mencionar la referencia realizada por HABERMAS, en base a TOULMIN, a las formas de los argumentos. Efectivamente, HABERMAS menciona sólo dos formas de argumento: la justificación de un juicio de valor o de deber mediante una regla, y la justificación de una regla mediante la indicación de sus consecuencias directas e indirectas para la satisfacción de necesidades.

---

414 Así H. RÜSSMANN, *Die Begründung von Werturteilen*, en: «JuS», 1975, p. 355.

Como han mostrado las discusiones de las teorías de STEVENSON y de BAIER, hay que considerar muchas más formas. Su enumeración, así como su sistematización, tendrá lugar más adelante. Ciertamente hay que admitir que un análisis de las formas de argumento todavía no nos aporta nada sobre cómo hay que argumentar en cuanto al contenido. Pero este análisis es necesario para establecer las reglas que influyen sobre el contenido de la argumentación.

Una regla de este tipo la constituye el principio de HABERMAS de la generalizabilidad. Según ella, una norma es susceptible de generalización si pueden aceptarse por *todos* sus consecuencias directas e indirectas para la satisfacción de las necesidades de *cualquier individuo*[415]. Esta regla se puede formular provisionalmente de la siguiente manera:

Las consecuencias de una norma para la satisfacción de las necesidades de cualquier individuo deben poder ser aceptadas por todos.

Con esto, el discurso está legítimamente unido a las interpretaciones de necesidades reinantes en cada caso. Qué necesidades se consideran susceptibles de generalización, depende de las convicciones morales del hablante surgidas individual y socialmente. De aquí arranca la teoría de HABERMAS de la crítica del lenguaje de fundamentación. Las convicciones morales fundamentales surgidas en el transcurso del desarrollo de un individuo, de una sociedad, así como a lo largo del desarrollo de la especie humana, han penetrado en el lenguaje de la moral. Las mismas se pueden formular como reglas en las que se basa el uso de expresiones valorativas como «bueno» o «debido», «contrario a las buenas cos-

415 Cfr. *supra*, pp. 168 y s.

tumbres» o «codicia». Estas reglas determinan la interpretación de las necesidades propias y ajenas como susceptibles, o no, de generalización. La cuestión central del discurso es, pues, la siguiente: ¿qué interpretación es la correcta?

A esto hay que contestar que esta pregunta no puede ser aclarada en una teoría del discurso práctico, sino en el discurso mismo. Fórmulas como «las necesidades objetivamente valiosas deben ser preferidas a las objetivamente menos valiosas» o «la satisfacción de las necesidades fundamentales debe preceder a la de las menos fundamentales» presuponen una teoría metaética intuicionista o naturalista insostenible –como se mostró anteriormente–[416], o bien resultan ser fórmulas vacías. Pero la simple remisión a la clarificación en el discurso tampoco es suficiente. Una teoría del discurso práctico tiene que indicar reglas y fórmulas según las cuales pueda ser comprobada la corrección de las interpretaciones de necesidades y, por tanto, la corrección de las reglas morales que les sirven de base.

En el marco de su teoría del discurso, HABERMAS indica un procedimiento de este tipo. Para ello, se refiere al procedimiento de la génesis crítica expuesto por él desde puntos de vista de teoría del conocimiento, siguiendo las ideas de HEGEL, MARX y FREUD, y cuyas peculiaridades técnicas han sido elaboradas por LORENZEN y SCHWEMMER[417, 418]. En esta génesis crítica se reproduce por los participantes en el discurso el surgimiento tanto en el indivi-

416 Cfr. *supra*, pp. 65 y ss.

417 J. HABERMAS, *Erkenntnis und Interesse*, pp. 14 y ss., 36 y ss., 262 y ss.

418 P. LORENZEN/ O. SWEMMER, *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie,* Mannheim/ Wien/ Zürich, 1973, pp. 209 y ss. Sobre las referencias expresas de la escuela de Erlangen a HEGEL y MARX, cfr. P. LORENZEN, *Normative Logic and Ethics*, Mannheim/ Zürich, 1969, pp. 84 y ss.; O. SCHWEMMER, *Philosophie der Praxis*, Frankfurt a. M., 1971, p. 4.

duo como en la historia de la especie, de las reglas morales[419]. En ella se puede comprobar hasta qué punto se realizaron las condiciones de la situación ideal de diálogo en los diferentes niveles de desarrollo. En consecuencia, pueden ser criticadas las reglas morales surgidas en este proceso de desarrollo y que ahora determinan nuestro pensamiento y nuestra argumentación. HABERMAS formula lo anterior de la siguiente manera: «¿cómo hubieran interpretado necesariamente los miembros de un sistema social, en un determinado estadio del desarrollo de las fuerzas productivas, sus necesidades colectivas, y qué normas habrían aceptado como justificadas si hubieran podido y querido decidir, con conocimiento suficiente de las condiciones delimitadoras y de los imperativos funcionales de su sociedad, en un proceso de formación de la voluntad discursiva, sobre la organización de la vida social?»[420].

De la idea de la génesis crítica sólo nos ocuparemos más detenidamente con ocasión de la discusión sobre la concepción de LORENZEN y SCHWEMMER. Aquí hay que retener solamente que si un procedimicnlo de este tipo resultara tener sentido, se habría encontrado otra regla del discurso, que puede ser formulada provisionalmente de la siguiente manera:

La interpretación de las necesidades como aceptables de manera general debe poder resistir la comprobación en una génesis crítica.

---

419 Por ello, podría tener sentido hablar de una «comprobación crítica de la génesis» en lugar de una «génesis crítica».

420 HABERMAS, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, p, 156; cfr, también *Id., Einige Bemerkungen zum Problem der Begründung von Werturteilen*, en: 9. *Deutscher Kongress für Philosophie*, Düsseldorf, 1969, ed. de L. Landgrebe, Meisenheim am Glan, 1972, p. 99, e *Id., Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?* en: J. HABERMAS/ N. LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, p. 164.

Esta regla, así como el principio de generalizabilidad de HABERMAS, contienen, a diferencia de las formas de argumento mencionadas, criterios sobre la comprobación del contenido y la justificación de las normas. Por tanto, se llamarán *«reglas de fundamentación»*.

7.5. Un discurso que se haya seguido según las reglas elaboradas hasta ahora, y en las formas anteriormente analizadas, no puede suponer tampoco una garantía en cuanto a la corrección del resultado. Esto no es así sólo en relación con algunas normas discursivamente necesarias. La mayoría de las normas, sin embargo, son sólo *discursivamente posibles*. Esto significa que tanto ellas como sus negaciones son compatibles con las reglas del discurso. Esta posibilidad se deriva de que las reglas del discurso no prescriben cuáles sean las convicciones normativas de las que los participantes en el discurso tienen que partir, ni tampoco cómo tienen que cambiarse estas convicciones. El que esto se deje a los participantes en el discurso no es, sin embargo, un defecto, sino una de las ventajas decisivas de una teoría del discurso. De esta manera, se evitan los puntos débiles de los postulados de una teoría de la decisión, que tiene que presuponer determinadas necesidades, órdenes de preferencias o convicciones valorativas para llegar a un resultado[421]. Con esto no se pretende decir que la

421 Sobre esto cfr. O. HÖFFE, *Rationalität, Dezision oder praktische Vernunft. Zur Diskussion des Entscheidungsbegriffs in der Bundesrepublik,* «Philosophische Jahrbuch», 80 (1973), p. 348; B, SCHLINK, *Inwieweit sind juristische Entscheidungen mit entscheidungstheoretischen Modellen theoretisch zu erfassen und praktisch zu bewältigen?* «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», vol. 2 (1972). p. 332 «Una crítica de la base de la información y valoración cae fuera de los esfuerzos de la teoría de la decisión jurídica». Sobre la aplicabilidad de la teoría de la decisión al proceso de decisión jurídica cfr. también W. KILIAN, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung*, Frankfurt a. M., 1974. pp. 149 y ss.

aproximación a partir de la teoría de la decisión sea incompatible con la de la teoría del discurso. Existen motivos para pensar que aquélla puede ser útil en el marco de una teoría del discurso.

Si una norma es sólo discursivamente posible, entonces no se puede hablar, incluso aunque haya consenso, de su fundamentación definitiva. Hay numerosas razones para el abandono de una norma aceptada de manera general hasta ahora. La interpretación de las necesidades puede cambiar. El conocimiento empírico utilizado hasta ahora puede resultar insuficiente. O bien no se pensó en determinar consecuencias directas e indirectas. Las contradiciones entre normas sólo se advierten después. Con el tiempo resulta que las condiciones de la situación ideal de diálogo no se realizaron suficientemente. Por lo tanto, las normas discursivamente posibles se han de considerar siempre como fundamentadas sólo provisionalmente[422]. Son falsables en cualquier momento[423].

Se podría pensar que hay que completar la teoría del discurso con la introducción de un principio de falsación. Pero esto no es necesario. Las reglas de razón abren ya la posibilidad de problematizar de nuevo cualquier norma en cualquier momen-

---

422 Cfr. R. POSNER, *Ibid.,* pp. 295 y ss.

423 Sobre los conceptos «falsación» y «falsabilidad» en las ciencias empíricas, cfr. K. R. POPPER, *Logik der Forschung*, pp. 47 y ss. Sobre la utilización de las ideas fundamentales de POPPER en la filosofía práctica, cfr. H. ALBERT, *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, 1968, pp. 73 y ss. El mismo HABERMAS considera necesaria una introducción de la idea de falibilismo referida a la posibilidad de un falso consenso basado en el engaño (sobre el cumplimiento de las condiciones de la situación ideal de diálogo). «De la teoría del discurso se sigue... la máxima falibilística de que nosotros podemos en cualquier momento intentar constatar retrospectivamente si un supuesto consenso se ha producido realmente en condiciones distorsionadas.» (J. HABERMAS, carta al autor de 17-12-1974).

to, y, llegado el caso, de mostrarla como infundada. Sin embargo, ellas no regulan la obligación[424], sino sólo el derecho de buscar argumentos en contra.

7.6. Esto hace posible combatir otra objeción referida a la practicabilidad de la teoría de HABERMAS. A veces se señala que en muchas deliberaciones prácticas que tienen lugar de hecho no se puede obtener ningún consenso, aunque todos los participantes se esfuercen por un resultado adecuado. Esto es así especialmente cuando, por ejemplo, un órgano judicial debe decidir con premuras de tiempo.

Pero incluso en relación con situaciones como ésta, la teoría consensual ofrece resultados considerables. Ella hace explícita la pretensión que también estas deliberaciones plantean. También aqui se busca un resultado correcto o justo. La misma deja además claro que estas discusiones están también determinadas por las normas fundamentales del diálogo racional. Por tanto, las reglas de la argumentación racional forman un instrumento de crítica de estas deliberaciones; las formas de argumento elaboradas por HABERMAS son sólo, de un modo rudimentario, un medio de análisis de las fundamentaciones allí realizadas. Por otra parte, es posible justificar discursivamente a su vez reglas para el caso en que no se llegue a un acuerdo; por ejemplo, reglas de votación y principios de tolerancia. Finalmente, se puede pensar que una decisión producida con premuras de tiempo puede seguir discutiéndose. Esto sucede por ejemplo con la discusión de las decisiones jurídicas en la ciencia del Derecho.

---

424 Sobre esto cfr. H. ALBERT, *Ibid*., p. 43, quien plantea la exigencia: «Busca siempre contradicciones relevantes para exponer al riesgo del fracaso las convicciones actuales, de manera que éstas tengan la ocasión de afianzarse.»

7.7. A la vista de este resultado, se plantea la cuestión de si la teoría consensual puede ser sostenida todavía como teoría de la verdad. Ni siquiera un consenso fáctico es un criterio de verdad, ya que puede haberse producido en condiciones defectuosas. La elaboración de un método de constatación de la verdad que conduzca a resultados únicos no es, sin embargo, necesaria para una explicación del concepto de verdad. «El concepto teórico-discursivo de verdad considera a las normas del diálogo racional (que rigen intuitivamente, pero que son susceptibles de reconstrucción) sólo como condiciones de adecuación que debe cumplir cualquier test de verdad posible»[425]. La teoría consensual de HABERMAS ha aclarado al menos algunos aspectos del concepto de verdad, con la elaboración de las reglas fundamentales del procedimiento de comprobación de las proposiciones verdaderas o correctas. El que esto sea suficiente para el análisis de este concepto, así como cuáles sean las relaciones de la aproximación metodológica de la teoría consensual con otras aproximaciones, se tendría que aclarar en una investigación propia.

Resumiendo, se puede decir que la teoría de HABERMAS contiene, pese a sus numerosos puntos criticables, muchas aportaciones importantes para una teoría de la argumentación racional. Los puntos a retener han sido ya elaborados y reformulados parcialmente, así como provistos de nuevas fundamentaciones, en el curso de la discusión sobre esta teoría. Sólo hay que resaltar una vez más las tres reglas de razón construidas sobre la regla general de fundamentación y las dos reglas de fundamentación. Ellas constituyen las reglas fundamentales de una teoría general del discurso práctico racional.

---

425 HABERMAS, carta al autor de 17-12-1974.

III. LA TEORÍA DE LA DELIBERACIÓN PRÁCTICA DE LA ESCUELA DE ERLANGEN

La teoría de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen ofrece otra importante contribución para una teoría del discurso racional. Esta teoría, esbozada por LORENZEN y muy desarrollada en especial por SCHWEMMER, es un intento de aplicación del método constructivista al campo de la ética[426].

1. El programa del método constructivista

El método constructivista caracterizó originariamente una posición conocida con el nombre de «intuicionismo» en la disputa sobre los fundamentos de las matemáticas. En 1907 BROUWER había puesto en duda el *tertium non datur*, la suposición de que toda proposición matemática tiene que ser verdadera o falsa[427]. Para ello, BROUWER partió de las dificultades que plantean las proposiciones sobre campos infinitos. Tómese una proposición matemática como la suposición de GOLDBACH de que todo número par es la suma de dos números primos: Este enunciado puede comprobarse en muchos números, pero con ello no se lo ha demostrado todavía, ya que siempre quedan números en los cuales aún no se ha comprobado. La lógica tradicional afirma que aunque no se sabe si este enunciado es verdadero o falso, se sabe sin embargo que es o verdadero o falso. Precisamente esto es, según la concepción constructivista, una suposición infundada,

426 En la presente investigación se discutirán sobre todo los trabajos de LORENZEN y SCHWEMMER. Sobre las teorías de otros autores de la escuela de Erlangen cfr. F. KAMBARTEL (ed.) *Praktische Philosophie und konstruktive Wissenschaftstheorie*, Frankurt a. M., 1975.

427 L. E. J. BROUWER, *Over de Groundslagen der Wiskunde*, Amsterdam/ Leipzig, 1907.

un salto lógico[428]. Pero los saltos lógicos se deben evitar necesariamente en la ciencia. Cada paso ha de seguir a otro según reglas seguras. Esto presupone que «hay reglas según las cuales se puede decidir sobre el derecho a afirmar (o a discutir) un enunciado»[429].

Un ejemplo de estas reglas lo constituye las reglas del diálogo propuestas por P. LORENZEN para la construcción de la lógica. Estas reglas del diálogo determinan cómo puede ser atacada y defendida una proposición compuesta. La utilización dialógica de una proposición provista de un cuantificador universal está regulada, por ejemplo, de manera que quien afirme (x) Fx (por ejemplo, en un diálogo sobre cuervos: todos son negros), es decir el proponente, debe defender para cada a (para cada cuervo en concreto) que indique su opositor, el oponente, Fa (este cuervo es negro)[430]. Esto se puede representar de la siguiente manera, en el diagrama utilizado por LORENZEN:

O Oponente	P Proponente
¿a?	(x) Fx Fa

La exigencia de no admitir nada que sea metódicamente inseguro se extiende no sólo al procedimiento de fundamentación, sino también al lenguaje de fundamentación.

---

428 W. KAMLAH/ P. LORENZEN, *Logische Propädeutik oder Vorschule des vernünftigen Redens*, ed. revisada, Mannheim/ Wien/ Zürich, 1973, p. 46.

429 *Ibid.,* p. 196.

430 Cfr. P. LORENZEN/ O. SCHWEMMER, *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie*, Mannheim/ Wien/ Zürich, 1973, p. 46.

También este último se debe construir constructivistamente, sin admitir ningún tipo de presupuestos. Especialmente, no se debe admitir el utilizar el lenguaje ordinario, como sucede en la lógica clásica, como metalenguaje para hablar sobre el lenguaje lógico artificial. Para aclarar la situación de los constructivistas, LORENZEN usa una metáfora en la que compara el lenguaje con un barco que se encuentra en alta mar sin poder arribar nunca a puerto. Tanto la hermenéutica como la filosofía analítica empiezan a trabajar en y sobre este barco construido en el pasado. Por el contrario, según la concepción constructivista debemos «tener el coraje de saltar al agua y empezar de nuevo desde el principio»[431]. Debemos «colocarnos en la situación de no tener barco, es decir, lenguaje, y debemos intentar reproducir las acciones con las cuales –nadando en medio del mar de la vida– nos podamos construir una balsa o incluso un barco». SCHWEMMER[432] resume el programa indicado de la regulación metódica de cada palabra y de cada paso de la fundamentación con la exigencia «de que en ningún lugar de un proceso intelectual que nos deba servir como argumento en favor, por un lado, de afirmaciones, y, por otro, de exigencias o normas, usemos una palabra de cuyo uso común no nos hayamos convencido; y de que fundamentemos paso a paso cada afirmación, exigencia o norma que planteemos, de manera que siempre que sea necesario (según nuestra propia comprensión) un nuevo acto intelectual (de comprensión o conocimiento) para la continuación del respectivo proceso intelectual, dicho acto

431 P. LORENZEN, *Methodisches Denken*, en: *Id., Methodischen Denken,* Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1974, p. 29.

432 En el texto se habla o bien de SCHWEMMER o bien de LORENZEN, aunque se trata del libro común de ambos. Esto es posible porque en el prólogo de «Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie» se indica qué autor ha escrito cada capítulo.

venga estipulado expresamente en un paso propio. Con estas exigencias se forrnula el *programa del método constructivista*»[433].

2. El fin presupuesto en la ética constructivista

En 1969 publicó LORENZEN un primer intento de aprovechar el método constructivista para la ética. En su «Philosophie der Praxis» (1971) SCHWEMMER ha elaborado sistemáticamente este intento. Del mismo proceden también las partes referidas a la ética en el libro aparecido en 1973 «Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie»[434] al que nos referiremos predominantemente aquí.

El programa del método constructivista no es por sí solo suficiente para fundamentar la ética. Prescribe sólo asegurar el uso común de las palabras y proceder paso a paso y metódicamente, pero no dice qué palabras hay que emplear ni qué pasos son admisibles u obligatorios. Con ello se plantea la cuestión de cómo puede empezar la ética constructivista sin presuponer algo. Según SCHWEMMER, este problema se puede resolver partiendo al principio de una presuposición, de una precomprensión no asegurada metódicamente. Sólo tras la construcción de la ética realizada a partir de este presupuesto es posible y necesario comprobar esta misma precomprensión y, en su caso, corregirla[435]. Inmediatamente surge aquí la sospecha de un círculo. Pero este círculo puede evitarse por el hecho de que la construcción de la ética significa el ensayo de un nuevo actuar

---

433 P. LORENZEN/ O. SCHWEMMER, *Ibid.,* p. 10 (cursivas mías). Una formulación casi idéntica se encuentra en O. SCHWEMMER, *Grundlagen einer normative Ethik*, en: *Praktische Philosophie und konstruktive Wissenschaftstheorie,* ed. de F. KAMBARTEL, Frankfurt a. M., 1974, p. 75.

434 P. LORENZEN, *Normative Logic and Ethics*, Mannheim/ Zürich, 1969, pp. 73 y ss.

435 P. LORENZEN/ O SCHWEMMER, *Ibid.,* pp. 16 y ss.

desde el que se puede criticar la precomprensión a partir de la cual se desarrolló[436]. La precomprensión que se presupone en la ética es el fin de la ética[437]. El fin de la ética consiste en la eliminación pacífica de conflictos[438]. La ética tiene la misión de «establecer principios para la eliminación de conflictos a través del diálogo»[439]. Con ello, la idea de la racionalidad del fin (pragmática) constituye el fundamento de la ética constructivista[440]. Esto significa que las reglas de la argumentación racional que se fundamentan en la ética sólo son obligatorias para quien acepta el fin de la ética. Pero el fin mismo no puede ser fundamentado en la ética. La aceptación de las reglas del discurso se basa por tanto en un acto de voluntad. «La decisión a favor del diálogo y en contra de la violencia... puede ciertamente... caracterizarse como posible..., pero el que esta posibilidad se realice también, ya no es cosa de exigencias de racionalidad práctica, sino de práctica del diálogo, de generalización misma y, por tanto, no es 'vinculante'[441]. Sólo podemos «intentar mover a alguien a seguir principios morales intentando nosotros mismos seguir éstos principios con él»[442].

---

436 *Ibid.,* pp. 19 y s.

437 O. Schwemmer, *Philosophie der Praxis*, Frankfurt a. M., 1971, p. 20; *Id., Grundlagen einer normativen Ethik*, p. 76.

438 *Id., Philosophie der Praxis*, p. 106; *Id., Grundlagen einer normativen Ethik,* p. 77.

439 P. Lorenzen/ O. Schwemmer, *Ibid.,* p. 109.

440 Cfr. *Ibid.,* pp. 107, 115 y 116. La idea de racionalidad de los fines parece estar en la base de toda la filosofía constructivista. Así, se da sentido a la introducción de cualquier parte del lenguaje mediante la indicación de fines. (cfr. *Ibid*., p. 21).

441 Schwemmer, *Appell und Argumentation. Aufgaben und Grenzen einer praktlischen Philosophie*, en: *Praktische Philosophie und konstruktive Wissenschaftstheorie*, ed. de F. Kambartel, Frankfurt a. M., 1974, pp. 199 y ss.

442 P. Lorenzen/ O Schwemmer, *Ibid.,* p. 121.

Con ello, existe una considerable diferencia entre HABERMAS y SCHWEMMER[443]. Esta diferencia se la podría caracterizar diciendo que, según SCHWEMMER, la suma de las reglas del discurso constituyen el enunciado de fondo de un imperativo hipotético, mientras que, para HABERMAS, son ordenadas categóricamente para todos los que puedan hablar y pensar, es decir, actuar como seres racionales. La tesis de HABERMAS fue anteriormente aceptada con algunas modificaciones. Pero la idea de SCHWEMMER no tiene que ser abandonada por ello. Quien emprende un discurso práctico definido por las reglas de HABERMAS persigue el fin de la eliminación pacífica de conflictos. En este sentido, la teoría de HABERMAS incluye la de SCHWEMMER.

3. Los principios de la ética constructiva

Para que las deliberaciones alcancen su meta de eliminar situaciones de conflicto, se debe seguir en ellas dos principios: el principio de razón y el principio de moral.

3.1. El principio de razón, al que SCHWEMMER también llama «principio de deliberación»[444], consiste en la exigencia de realizar tres niveles de comunidad racional[445].

En el *primer nivel* hay que asegurar el mismo uso de las palabras para el que habla y para el aludido[446]. Esta exigencia puede aceptarse sin más. La cuestión consiste únicamente en saber cómo se puede cumplir. Según el programa del constructivismo, es necesario para ello lograr un lenguaje construido constructivistamente:

---

443 Cfr. J. Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, pp. 150. y s.

444 SCHEWEMMER, *Grundlagen einer normativen Ethik*, p. 82.

445 LORENZEN/ O. SCHWEMMER, *Ibid.,* pp. 115 y s.

446 *Ibid.,* p. 115; O. SCHWEMMER, *Grundlagen einer normativen Ethik*, p. 83.

el «ortolenguaje». «La primera tarea de la filosofía práctica es la reconstrucción de un mínimo de vocabulario, de manera que podamos argumentar en favor o en contra de la aceptación de normas»[447]. La elaboración de este lenguaje debe producirse mediante la práctica en un actuar común[448].

El lenguaje ordinario puede ser usado como ayuda para ello en tanto es controlado mediante una interación recíproca (lenguaje empragmático)[449]. Esto posibilita la descripción de situaciones de innovación lingüística, lo que hace superfluo entrar de hecho en tales situaciones[450]. Pero en lo fundamental debe resultar factible la construcción del ortolenguaje sin recurrir al lenguaje ordinario[451].

Se puede poner en duda, por una parte, que esto sea posible y, por otra parte, que tenga sentido. Existen razones para pensar que los problemas de comunicación pueden perfectamente ser resueltos con los métodos de la filosofía analítica. Para ello hay que partir en primer lugar del lenguaje ordinario. En el caso de que surjan puntos oscuros hay que analizar lógicamente las expresiones utilizadas. Sobre la base de este análisis es posible tanto evitar malentendidos, como fijar un uso común de las palabras. Como instrumento para el análisis de expresiones del lenguaje ordinario, se pueden utilizar lenguajes artificiales. Así, tiene sentido, por ejemplo, reconstruir

---

447 P. Lorenzen, *Normative Logic and Ethics*, p. 75. Sobre la construcción de un ortolenguaje cfr. *Ibid.,* p. 76 y ss.; O. Schwemmer, *Philosophie der Praxis*, pp. 37 y ss.

448 Cfr. P. Lorenzen/ O. Schwemmer, *Ibid.,* pp. 21 y ss.

449 *Ibid.,* pp. 18 y 41.

450 *Ibid.,* pp. 18 y 41.

451 *Ibid.,* p. 18.

conceptos como «debido», y «permitido» con los medios de la lógica deóntica.

En esta investigación no se puede intentar aclarar si la postura constructivista es sostenible[452] y si, en su caso, es preferible a la analítica. Tal clarificación tampoco es necesaria para los objetivos

452 Aquí se señala una objeción: Según SCHWEMMER, las situaciones de interacción en las que tienen que suceder las primeras introducciones deben caracterizarse ya por una persecución común de fines (P. LORENZEN/ O. SCHWEMMER, *Ibid.,* p. 21). Pero ahora es cuestionable si puede haber primero fines y luego lenguaje. Si por «acción final» se entiende «acción dirigida conscientemente a algo», me parece que con los fines se da también siempre el lenguaje, ya que hay motivos para pensar que sin disponer de un lenguaje no se puede uno dirigir conscientemente hacia algo. Si, por el contrario, por «acción final» hay que entender «realizar algo (objetivamente conveniente) inconscientemente» (por ejemplo, la elaboración de miel por las abejas), la situación podría no ser adecuada para aprender el lenguaje. Esta objeción se refuerza aún más si uno se fija no en fines, sino (como hace SCHWEMMER) en fines comunes.

Una objeción muy parecida se puede plantear contra la idea de SCHWEMMER de que es posible un «orden prelingüístico del mundo determinado por las necesidades» cuya «fijación» es posible mediante «signos» en una situación de introducción del lenguaje (O. SCHWEMMER, *Appell und Argumentation. Aufgaben und Grenzen einer praktlischen Philosophie,* p. 171). También de las hormigas se podría decir que ellas disponen de un «orden del mundo determinado por las necesidades». Sin embargo, este orden sólo podría servir como «base de comprensión natural» si el mismo fuera comprendido ya por quienes participan en la situación de introducción del lenguaje al menos rudimentariamente, como con sentido, es decir, lingüísticamente. Por ello, la postura de la escuela de Erlangen –por lo que concierne a la tesis del desarrollo completo del lenguaje por medios constructivistas– parece muy problemática. Hay razones para pensar que el lenguaje ordinario, que como SCHWEMMER indica correctamente debe su fiabilidad a su verificación en contextos de acción, debe continuar siendo el fundamento de la certeza de la comprensión.

de esta investigación. Los actuales resultados de la filosofía analítica muestran que con sus medios es posible la solución de problemas de comunicación[453]. Con ello se puede cumplir con las exigencias del primer nivel de comunidad racional. Si la filosofía constructivista ofrece además un instrumental que consiga lo mismo, o aún más, ello ha de ser bienvenido.

Las discusiones efectuadas para la clarificación de problemas de comunicación se pueden concebir como un discurso de tipo propio. A este discurso lo llamaremos aquí «analítico-lingüístico» o de análisis del lenguaje. En él se trata, por ejemplo, de descubrir ambigüedades, vaguedades, componentes de significado emotivo y sinsentidos. La meta de este discurso es asegurar un lenguaje claro y con sentido. Para garantizar esto, a cada hablante, y en cualquier momento, le debe ser posible entrar en el mismo. De esta forma, se ha encontrado otra regla del discurso:

Cualquier hablante debe poder en cualquier momento entrar en un discurso analítico-lingüístico.

El *segundo nivel* de comunidad racional se produce según SCHWEMMER «cuando el mismo interpelante acepta los enunciados que le exige aceptar al interpelado»[454]. Esta exigencia se refiere a la sinceridad y seriedad de la discusión. Quien propone a otro que acepte un enunciado, lo debe aceptar él mismo. Esta exigencia, al igual que la exigencia de comprensibilidad y ausencia de

453 Como prueba de esto se indican, de entre una literatura inabarcable, sólo J. L. AUSTIN, «Philosophical Papers», 2.ª ed., London/ Oxford/ New York, 1970 (sobre ordinary language philosophy) y R. CARNAP, «Meaning and Necessity», 2.ª ed., Chicago/ London, 1956 (sobre filosofía del lenguaje ideal).

454 LORENZEN/ O. SCHWEMMER, *Ibid.,* pp. 115 y s.

contradicciones, es fundamental para toda comunicación[455]. La misma será más adelante formulada explícitamente como regla fundamental del diálogo.

Finalmente, en el *tercer nivel*, la comunidad de palabras y enunciados no debe quedar limitada a los hablantes y a aquellos a quienes se habla. Es necesario que las palabras puedan enseñarse, y que los enunciados sean aceptables para cualquiera. La generalización debe ser doble: por un lado, los enunciados se dirigen a cualquiera (en la correspondiente situación) y, por otro lado, lo que se dice en los enunciados se debe decir «en general», sin utilizar nombres propios. En esta doble generalización consiste el *tercer nivel* de comunidad racional. El *principio de razón* será precisamente la exigencia de realizar este tercer nivel de comunidad racional en los diálogos dirigidos a tomar resoluciones. Mediante este principio se debe determinar qué es una *deliberación racional*[456].

En las deliberaciones racionales prácticas se puede diferenciar, según SCHWEMMER, junto a los tres niveles de comunidad racional, tres niveles de fundamentación.En el primer nivel se trata de la fundamentación de una acción mediante la indicación de un fin; en el segundo nivel, de la fundamentación de un fin mediante la indicación de una norma; y en el tercer nivel, de la fundamentación de dicha norma.

Con ayuda de estas diferenciaciones se puede formular, todavía un paso más allá, el principio de razón para deliberaciones prácticas. En relación con la fundamentación de segundo nivel, el mandato de generalización del principio de razón lleva a la exi-

---

455 Cfr. J. L. AUSTIN, *Other Minds,* en: *Id., Philosophical papers*, pp. 82. 115.

456 P. LORENZEN/ O. SCHWEMMER, *Ibid*., p. 116.

gencia de que «cualquier norma que se aduzca para la fundamentación del establecimiento de fines, debe admitirse también para todos los otros, especialmente para los propios, establecimientos de fines[457].

No se puede desconocer que este principio al que SCHWEMMER llama el *«principio de la razón práctica»* se corresponde con la combinación del principio de universabilidad de HARE con el principio del prescriptivismo.[458] Pero también se encuentran en SCHWEMMER formulaciones que recuerdan al principio de generalización de HABERMAS que exige que cualquier norma que se someta a discusión debe poder ser aceptada[459]. Así, SCHWEMMER habla de que «la generalización de los enunciados usados para la adopción de acuerdos... en una deliberación práctica consiste en la *común aceptación* de las normas»[460]. Además, una de las condiciones arriba mencionadas del tercer nivel de comunidad racional debe consistir en que «los enunciados deben resultar aceptables para cualquiera»[461]. No queda claro cómo se relaciona esta exigencia con el principio de razón formulado explícitamente por SCHWEMMER[462]. Pero teniendo en cuenta que las dos versiones del

---

457 *Ibid.,* p. 117; una formulación de igual contenido se encuentra en: O. SCHWEMMER, *Grundlagen einer normativen Ethik*, p. 85.

458 Cfr. *supra*, pp. 112 y ss.

459 Cfr, *supra*, pp. 123 y 197.

460 O. SCHWEMMER, *Grundlagen einer normativen Ethik*, p. 84 (cursivas mías); Una formulación del mismo tenor se encuentra en P, LORENZEN/ O. SCHWEMMER, *Ibid.,* p. 116.

461 P. LORENZEN/O. Schwemrper, *Ibid.,* p. 116.

462 Sobre la crítica de esta oscuridad cfr. F. KAMBARTEL, *Wie ist praktische Philosophie konstruktiv möglich? Über einige Missverstädnisse eines methodischen Verständnisses praktischen Diskurse*, en: *Praktische Philosophie und konstruktive Wissenschaftstheorie*, pp. 24 y s.

principio de generalizabilidad son compatibles[463], se puede suponer que SCHWEMMER sostiene ambas.

Con esto, la exigencia de generalizabilidad de SCHWEMMER participa tanto de las debilidades del principio de generalizabilidad de HARE como también de las del de HABERMAS. Ella no dice nada sobre el contenido de la norma que se debe estar dispuesto a aplicar en cualquier caso y, por tanto, también en la propia situación, y no da ninguna información sobre qué norma pueda ser aceptada por cualquiera. SCHWEMMER constata esto expresamente en relación con el principio de razón práctica correspondiente al principio de universabilidad de HARE.

La exigencia de consistencia expresada en este principio no es suficiente para conseguir el objetivo de las deliberaciones prácticas, la eliminación pacífica de conflictos. Diferentes personas pueden defender consistentemente normas incompatibles[464]. Por ello es necesario, según SCHWEMMER, un principio que permita contestar a la pregunta de qué normas hay que aceptar entre varias diferentes, incompatibles las unas con las otras.

3.2. Esta tarea debe poderse realizar mediante el principio moral. Para formular este principio, SCHWEMMER elabora en primer lugar una serie de nuevos términos. Si alguien sigue (también) una norma N (un fin Z) para poder seguir una norma N' (un fin Z', se debe llamar a N «subnorma» con respecto a N', y a N' «norma superior», con respecto a N (a Z, «subfin» de Z', y a Z' «fin superior» con respecto a Z)[465].

---

463 Cfr. *supra*, p. 175.

464 P. LORENZEN/ O. SCHWEMMER, *Ibid*., p. 118.

465 *Ibid.,* p. 119.

Después, formula el principio moral mediante la exigencia: «En una situación de conflicto, establece cuáles son las normas superiores compatibles entre sí, respecto a las normas que se usan como razones para fines incompatibles entre sí, y formula subnormas de estas supernormas que sean compatibles entre sí»[466].

La utilidad de este principio parece limitada. Supóngase que A sigue N_1 y B N_2 para poder cumplir las normas superiores comunes N'_1, y N'_2. N_1 y N_2 son incompatibles, pero N_1 sería compatible con N_3 que podría igualmente ser elegida como subnorma con respecto a N'_1 y N'_2. Si a A le es indiferente elegir N_1 o N_3, para él es razonable sustituir N_1 por N_3. En este caso, el principio moral conduciría a un resultado. Pero no lleva a ningún resultado si A no está dispuesto a esta sustitución. Para ello puede haber buenas razones. El seguimiento de N_1 puede ser no sólo un medio para el cumplimiento de N'_1 y N'_2, sino que puede ser querido por sí mismo. A puede querer cumplir con él otras normas superiores no aceptadas por B. N_3 puede conducir a consecuencias indirectas qué A no quiere asumir. A puede aducir todo esto como argumento para que no sea él, sino B, quien deba modificar sus normas. El principio moral no contiene criterio alguno para la justificación de esta exigencia, y deja abierta la cuestión de cuáles de entre las normas o fines incompatibles hay que modificar y de qué manera. El principio moral de SCHWEMMER es, por tanto, una forma especial de argumento, utilizable en determinados casos, pero no un procedimiento de fundamentación moral utilizable en general[467].

---

466 *Ibid.,* pp. 119 y s. Una versión más reciente, algo diferente de la arriba indicada, se encuentra en O. SCHWEMMER, *Grundlagen einer normativen Ethik*, p. 88. Aquí falta la exigencia de establecer subnormas compatibles entre sí. Esto, sin embargo, podría entenderse como algo obvio.

467 Cfr., F. KAMBARTEL, *Ibid*., p. 15.

Aunque el principio moral deba ser considerado por estas razones como un criterio de decisión utilizable sólo muy limitadamente, la idea que le sirve de base merece ser mantenida. Esta idea se expresa en la formulación del principio moral expuesta por SCHWEMMER en su «Philosophie der Praxis»: «¡Formemos conjuntamente... nuestro conocimiento y nuestra comprensión y, en su caso, nuestra voluntad!»[468]. La exigencia de «tolerancia»[469] planteada por el principio moral no se puede cumplir, según esto[470], consiguiendo una relación óptima (de cualquier manera que ésta se determine) entre los deseos y exigencias fácticamente existentes; el objeto del discurso es la propia justificación de estos deseos y exigencias. «La filosofía moral tiene la tarea de formular principios que nos permitan trabajar sobre deseos, 'dados' de manera meramente subjetiva, y así disciplinarlos de manera que nuestra decisión acerca de cómo actuar sea justificable»[471]. Por tanto, la tarea del discurso práctico consiste (entre otras cosas) en la superación de la subjetividad de las concepciones normativas fácticamente existentes. En este sentido, LORENZEN habla adecuadamente de la «transubjetividad» como fundamento de la moral[472].

4. La génesis crítica de los sistemas normativos

El principio moral contribuye sólo escasamente a la solución del problema de la fundamentación de normas, a pesar de la im-

---

468 O. SCHWEMMER, *Philosophie der Praxis*, p. 126.

469 Sobre este concepto cfr. O. SCHWEMMER, *Begründen und Erklären*, en: *Methodologische Probleme einer normativkritischen Gesellschatsthenrie,* ed. de J. MITTELSTRASS, Frankfurt a. M., 1975, p. 54.

470 Se debe añadir: no sólo.

471 P. LORENZEN, *Normative Logic and Ethics*, p. 79.

472 *Ibid.,* p. 82.

portante idea fundamental que expresa. Por el contrario, la teoría de la génesis fáctica y crítica (normativa) de los sistemas normativos, esbozada[473] por LORENZEN mediante la recepción de algunas ideas fundamentales de la dialéctica hegeliana y marxista, y elaborada[474] en sus detalles por SCHWEMMER, da un considerable paso hacia adelante.

Esta pieza teórica es importante no sólo porque contiene un procedimiento interesante de crítica y fundamentación de normas, sino también porque con ella se ofrecen métodos para poder introducir en la discusión las necesidades y convicciones normativas de los afectados por una deliberación, pero que no participan en la misma. Esto es de gran importancia, ya que, en la mayoría de los discursos prácticos que tienen lugar de hecho, no existe identidad entre participantes y afectados. Piénsese tan sólo en las deliberaciones de los órganos judiciales.

La versión de la teoría de la génesis fáctica y crítica presentada en «Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie» es muy complicada. Son definidos nada menos que 73 términos[475]. Están implicados, por lo menos, 18 niveles, pasos o procesos[476]. Además, se puede considerar que la presente construcción no es

---

473 Cfr. P. LORENZEN, *Normative Logic and Ethics*, pp. 84 y ss.; *Id., Das problem des Szientismus*, en: 9. *Deutscher Kongress für Philosophie*, Düsseldorf, 1969, *Philosophie und Wissenchaft*, ed. de L. Landgrebe, Meisenheim am Glan, 1972, pp. 33 y s.

474 Cfr. sobre todo P. LORENZEN/ O. SCHWEMMER, *Ibid.,* pp. 190-201; O. SCHWEMMER, *Grundlagen einer normativen Ethik*, pp. 89-95, *Id., Begründen und Erklären*, pp. 72-79.

475 Cfr. la enumeración en el «Ortolexikon» del libro mencionado (P. LORENZEN/ O. SCHWEMMER, *Ibid.,* pp. 213 y ss.).

476 *Ibid.,* pp. 191, 192, 196, 197, 201 y 212.

aún una versión definitiva[477]. Por ello, aquí sólo se expondrán algunos de sus rasgos fundamentales.

La realización de la génesis fáctica y crítica es tarea de las ciencias de la cultura que la escuela de Erlangen contrapone a las ciencias naturales. La ciencia de la cultura ha de cumplir tres tareas: la interpretación, la crítica y la reforma de la cultura[478].

La tarea de interpretación de la cultura consiste en determinar el sistema de normas vigentes en una sociedad o en un grupo. Esto no puede tener lugar sólo mediante observaciones y encuestas. En un enfoque directo de este tipo el observador se dejaría guiar[479] por sus interpretaciones subjetivas, y el encuestador tendría que presuponer que las propias interpretaciones del encuestado, por un lado, son verdaderas, y, por otro lado, no necesitan ser interpretadas a su vez[480]. Para llegar a una determinación objetiva de las normas vigentes es, por tanto, necesario reproducir la historia del sistema normativo. Para ello hay que partir de una base firme. SCHWEMMER ve esta base firme en las necesidades naturales o variables culturalmente[481]. A partir de esta «base de interpretación»[482] hay que reproducir el surgimiento, producido con la división del trabajo, de otras necesidades caracterizadas culturalmente, y el desarrollo de normas que tiene lugar en este proceso. Al final de tal reproducción está la descripción de las normas actualmente vigentes. Esta descrip-

---

477 Cfr. O. SCHWEMMER, *Begründen und Erklären*, p. 43.

478 P. LORENZEN/ O. SCHWEMMER, *Ibid.,* p. 191.

479 Cfr. *Ibid.,* 197.

480 O. SCHWEMMER, *Begründen und Erklären,* p. 59.

481 LORENZEN/ O. SCHWEMMER, *Ibid.,* p. 196.

482 *Ibid.,* p. 195.

ción debe ser comprobada empíricamente tanto como sea posible[483] [484].

A esta génesis fáctica le sigue la génesis crítica o la crítica cultural. En la crítica cultural se enjuicia el sistema normativo establecido en la interpretación de la cultura desde el punto de vista de si ello impide o exige el seguimiento del principio de razón. El seguimiento de este principio resulta impedido si el sistema normativo lleva a que determinados fines se fijen sólo fácticamente, es decir, sin que se discuta sobre su justificación mediante deliberaciones racionales. Esta fijación solamente fáctica significa una distorsión de la situación de deliberación; su eliminación o limitación, una corrección de la misma[485].

Para constatar estas disminuciones o aumentos hay que reconstruir, en cada paso de la génesis fáctica emprendida en la interpretación cultural, una deliberación racional. En ésta hay que constatar en cada paso «si éste estaría justificado o no, según el principio de deliberación y el principio moral, si se hubiera deliberado sobre el mismo»[486]. «Este enjuiciamiento crítico (realizado respecto de cada paso de la génesis fáctica de un sistema normativo o respecto de la deliberación reconstruida para cada paso de la

483 *Ibid.,* pp. 197 y s. Sobre la comprobación empírica de aserciones de acciones, de fines y de normas, cfr. O. SCHWEMMER, *Begründen und Erklären*, pp. 62 y ss.

484 Aquí no es necesario discutir si es posible este desarrollo del surgimiento de los sistemas normativos en cuanto separado de las necesidades variables culturalmente. Para los fines de esta investigación es suficiente con que sea perfectamente posible describir el surgimiento de normas. Puede dejarse abierta la cuestión de los métodos que hay que seguir para ello. Difícilmente puede dudarse de que existe esa posibilidad.

485 P. LORENZEN/ O. SCHWEMMER, *Ibid.,* pp. 209 y s.

486 O, SCHWEMMER, *Grundlagen einer normativen Ethik*, p. 94.

génesis fáctica) de las normas y leyes de cuya aceptación se sigue una planificación de la génesis, debe llamarse *reconstrucción crítica* de la génesis fáctica, o bien, brevemente: *génesis crítica de un sistema normativo*»[487].

Especiales dificultades plantea el establecimiento positivo de normas con efectos correctivos sobre el diálogo. La fundamentación de estas normas presupone numerosos conocimientos de las regularidades de las ciencias sociales. Ello es tarea de un tercer paso, tras la interpretación de la cultura y la crítica de la cultura, la reforma de la cultura[488]. El fin de la reforma de la cultura es «posibilitar un actuar según el principio de razón y el principio moral»[489].

Este esquema simple permite ya entender que la teoría de la génesis fáctica y crítica contiene una idea fructífera. Parece que es perfectamente plausible que una norma (también) se pueda criticar por referencia a su origen. Aquí son de interés especialmente dos casos.

El primer caso se da cuando una norma perfectamente razonable al principio ha perdido su sentido habida cuenta del cambio de las circunstancias reales[490]. A cualquiera que se quiera ajustar a ella también con las circunstancias modificadas se le puede mostrar que esta norma no estaría ya hoy vigente si se hubiera deliberado de nuevo con cada cambio de las circunstancias. Lo último podría significar por regla general que la persona en cuestión no habría aprendido esa norma en su educación, y no la

---

487 P. Lorenzen/ O. Schwemmer, *Ibid.,* pp. 212.

488 Sobre esto cfr. *Ibid.,* pp. 213 y ss.

489 *Ibid.,* p. 193.

490 Cfr. Ch. L. Stevenson, *Ethics and Language*, pp. 123 y s.

defendería hoy. Esto podría ser aducido como argumento fuerte contra ella en el caso de que no se pudieran encontrar nuevas razones para esta norma.

En el segundo caso se trata de una norma que no se ha producido bajo circunstancias racionales, y que no habría sido aprobada en una deliberación inicial. Se puede pensar que la persona en cuestión fue educada tan exitosamente en el sentido de esta norma que no se le ocurre la idea de que la misma pudiera estar equivocada, y está dispuesto a aplicar esta norma consistentemente, a asumir sus consecuencias, y a adaptar a la misma sus otras convicciones. Naturalmente, es posible que las circunstancias hayan cambiado de manera tal que en un momento posterior se puedan aducir buenas razones incluso para esta norma producida irracionalmente; pero si esto no ocurriera así, la referencia a su origen irracional podría ser un argumento fuerte contra esta norma.

Se pueden construir todavía muchos otros casos. Sin embargo, cabe renunciar a ello, ya que en los mismos se aplicarían las mencionadas ideas, sólo que de manera más complicada. Más importante es una variante completamente diferente del argumento genético, no considerada por LORENZEN y SCHWEMMER: la convicción de la validez de una norma puede producirse no sólo bajo condiciones sociales irracionales, sino también bajo condiciones irracionales de la socialización individual. La diferenciación de este caso con respecto a los mencionados hasta ahora tendría sentido incluso si todas las distorsiones de la socialización individual se pudieran reconducir a distorsiones del desarrollo social. Si esta reducción no siempre es posible, entonces hay una obligación incondicional de considerar este caso. Así como en el análisis de las distorsiones del desarrollo social hay que recurrir a las ciencias históricas y sociales, así también

en el desarrollo individual hay que recurrir a la psicología, especialmente a la del psicoanálisis.

Con esto se puede formular de la siguiente manera la regla del discurso establecida provisionalmente en la discusión de la teoría de HABERMAS:

Toda norma aducida en un discurso debe poder pasar una comprobación tanto de su génesis social como individual.

5. Puntos a retener

En el marco de esta investigación no es posible discutir profundamente el programa del constructivismo[491]. Por tanto, aquí se recuerda sólo, una vez más, la idea arriba expuesta contra la posibilidad, afirmada por el constructivismo, de renunciar al lenguaje ordinario en la construcción de las ciencias y de la ética. Tampoco es necesario aquí realizar una discusión profunda. De la ética constructivista se puede extraer una serie de perspectivas interesantes para una teoría del discurso racional, independientemente de que el constructivismo sea o no sostenible.

1. Hay que retener en primer lugar la exigencia de lograr un uso común de las palabras. Esta exigencia converge con la exigencia de claridad y precisión lingüísticas de la filosofía analítica (y –hay que decir– con la de cualquier filosofía que se pueda tomar en serio). Por tanto, debe ser posible pasar del discurso práctico al de análisis del lenguaje en cuanto surja cualquier oscuridad lingüística. La cuestión de si, y en qué medida, puede ser

491 Para la critica del programa del constructivismo cfr. W. WIELAND, *Praxis und Urteilswkraft*, en: *Zeitschrift für philosphische Forschung* 28 (1974), pp. 17 y ss.; Para la crítica desde el racionalismo crítico cfr. H. KEUTH, *Dialectos versus Critical Rationalim*, en: «Ratio» 55 (1973), pp. 28 y ss.

aceptado el método constructivista como método del discurso de análisis del lenguaje quedará aquí abierta. En cualquier caso, en el discurso de análisis del lenguaje son utilizables los métodos desarrollados en la filosofía analítica.

2. En relación con el principio de razón, surgieron interesantes paralelismos con las formas hasta ahora trabajadas del principio de generalizabilidad. El principio de razón práctica se corresponde con la combinación de los principios de HARE de universabilidad y de prescriptivismo. Junto a esto, se encontraron formulaciones que coinciden con la versión de HABERMAS del principio de generalizabilidad.

3. Ciertamente, no se le pudo reconocer al principio moral el papel que SCHWEMMER le quiere atribuir. Pero debe retenerse la idea que el principio expresa de que el discurso práctico no es (sólo) un procedimiento para la conciliación óptima de los deseos subjetivos y de las convicciones normativas preexistentes, sino, sobre todo, una ocasión en la que son modificadas las convicciones normativas y, por tanto, las concepciones sobre la justificación de los deseos subjetivos.

4. La idea de la génesis crítica puede ser considerada como la contribución más importante de la ética constructivista a una teoría del discurso racional. Hay que resaltar sin embargo que en este trabajo sólo se tomará la idea fundamental del argumento genético. La exigencia de comprobación crítica del desarrollo histórico debe, pues, ser completada con la exigencia de comprobación crítica del origen individual de las convicciones normativas.

IV. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE CHAIM PERELMAN

El filósofo y jurista Chaim PERELMAN, nacido en Varsovia y profesor durante mucho tiempo en Bruselas, comenzó efectuan-

do estudios sobre el lógico Gottlob FREGE[492]. Luego se dedicó al análisis lógico de juicios de valor y de conceptos valorativos. Llegó a la conclusión de que los juicios de valor no pueden fundamentarse ni solamente mediante observaciones empíricas (naturalismo) ni a través de evidencias de cualquier tipo (intuicionismo)[493]. En su estudio sobre la justicia aparecido en 1945 llegó por ello al resultado de que al menos los principios básicos de cualquier sistema normativo son arbitrarios[494]. Sin embargo, PERELMAN no se contentó con esto. Desde los años cincuenta trata de mostrar en una teoría de la argumentación que además de la comprobación empírica y la deducción lógica existen aún toda una serie de posibilidades de argumentación y fundamentación racional. En especial sostiene la idea de que la posibilidad del uso práctico de la razón puede mostrarse en una teoría general de la argumentación[495].

Dicha teoría, elaborada detalladamente, fue presentada por PERELMAN, juntamente con L. OLBRECHTS-TYTECA, en 1958, con el título de «La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation»[496]. PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA consideran su teoría como una

---

492 Ch. PERELMAN, *Etude sur FREGE* (tesis doctoral), Bruselas, 1938; *Id.*, *Etude sur Gottlob Frege*, en: «Revue de l'Université de Bruxelles», 44 (1938-1939), pp. 224-227.

493 Sobre esto cfr. anteriormente, pp. 52 y ss.

494 Ch. PERELMAN, *Eine Studie über Gerechtigkeit*, en: Ch. PERELMAN, *Über die Gerechtigkeit*, München, 1967 (original francés: *De la Justice*, Bruselas, 1945: traducción alemana de Ulrike BLÜM) p. 83 y ss.

495 *Id., Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, en: Chaim PERELMAN, *Über die Gerechtigkeit*, München, 1967 (traducción alemana de O. BALLWEG), p. 136.

496 Ch. PERELMAN/ L. OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation,* 2 vols., París, 1958, 2.ª ed., sin modificaciones, Bruselas, 1970.

reanudación de la tradición de la antigua retórica[497]. Se apoyan especialmente en ARISTÓTELES, CICERÓN y QUINTILIANO. Su interés sin embargo no es histórico, sino de tipo lógico-sistemático. Por ello se puede renunciar aquí a responder a la pregunta de en qué medida hacen justicia a la antigua tradición[498].

La exposición que sigue se centra completamente en la cuestión de si PERELMAN[499] ha logrado fundamentar una teoría consistente de la argumentación práctica. De la respuesta a esta cuestión depende la decisión acerca de la justificación de su tesis de la posibilidad del uso práctico de la razón.

1. La teoría de la argumentación como una teoría lógica (en sentido amplio)

Una teoría de la argumentación puede elaborarse como una teoría psicológica. En tal caso se examinarían en ella, por ejemplo, los efectos de determinados argumentos. PERELMAN rechaza expresamente esta posibilidad[500]. Considera su teoría como una teoría lógica en sentido amplio[501]. «Decidí seguir a Gottlob FREGE, quien estudió las leyes de la lógica formal analizando el razonamiento de

497 *Ibid.,* pp. 1 y ss.; cfr. además Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Act and Person in Argument*, en: «Ethics» 61, (1950/51), p. 251; Ch. PERELMAN, *Rhetoric and Philosophy*, en: «Philosophy and Rhetoric» 1, (1968), p. 15 y ss.

498 Para la valoración de PERELMAN de la historia de la retórica cfr. *Id., Les cadres sociaux de l'argumentation,* en: «Cahiers internationaux de sociologie» 26 (1959), pp. 127 y ss.

499 En lo que sigue, para simplificar, se hablará sólo de PERELMAN, aunque se trate de un libro escrito conjuntamente por PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA.

500 Ch. PERELMAN / L. OLBRECHTS-TYTECA, *Ibid.,* p. 12.

501 Cfr. *Ibid.,* p. 13. Este uso amplio del término «lógica» no es inusual. Cfr. por ejemplo K. R. POPPER, *Logik der Forschung*, p. 26.

los matemáticos. Yo empecé a analizar razonamientos referidos a lo bueno y a lo malo, a lo justo y a lo preferible, tal y cómo se encuentran en los escritos de los filósofos, políticos, juristas y predicadores»[502]. Por ello, PERELMAN no trata de sustituir la lógica formal. Lo que quiere es complementarla: «La nueva retórica no pretende desplazar o reemplazar a la lógica formal, sino añadir a ella un campo de razonamiento que, hasta ahora, ha escapado a todos los esfuerzos de racionalización, esto es, el razonamiento práctico»[503]. Para la concepción de la teoría de la argumentación como una teoría lógica y no psicológica, PERELMAN aduce dos razones: Por un lado, el análisis lógico de las distintas estructuras argumentativas debe preceder a la investigación de su eficacia psicológica. Para investigar la efectividad de las distintas formas de argumentos, se debe conocer antes estas formas. Por otro lado, las investigaciones psicológicas no pueden expresar nada sobre el valor de las distintas argumentaciones. Ellas mismas son objeto de una valoración metódica[504]. En correspondencia con estos dos argumentos, se puede distinguir en la teoría de PERELMAN una parte *analítica* y una parte *normativa*. En el curso de la exposición resultará claro en qué medida contienen aspectos psicológicos o sociológicos, a pesar de su autocaracterización como teoría lógica.

2. La argumentación como función del auditorio

El concepto básico de la teoría de PERELMAN es el concepto de auditorio (*auditoire*). El auditorio es el conjunto de aquellos

502 Ch. PERELMAN, *The New Rhetoric*, en: *Pragmatics of Natural Language*, ed. por Y. BAR-HILLEL, Dordrecht-Holland, 1971, p. 145.

503 *Ibid.,* p. 148; de manera parecida Ch. PERELMAN/ L. OLBRECHTS-TYTECA, *Ibid.,* p. 13.

504 *Ibid.,* p. 12.

sobre los que quiere influir el orador por medio de su argumentación[505]. Para poder determinar el auditorio al que se dirige un orador es necesario conocer las intenciones de éste. Así, el auditorio de un orador en el parlamento puede ser su fracción, el parlamento o todo el pueblo. La finalidad de toda argumentación es lograr o fortalecer la adhesión (*adhésion*) del auditorio[506]. Para conseguirlo, el orador debe adaptar su discurso al auditorio[507]. La misma afirmación puede ser, para un auditorio, un argumento en favor de una tesis del orador, y para otro auditorio, una tesis en contra. Así, el argumento de que una medida disminuye la tensión social persuade sólo a aquellos que quieren la paz social, pero no a los que deseen la confrontación[508]. En la argumentación rige, pues, como regia, «l'adaptation du discours à l'auditoire, quel qu'il soit»[509]. El orador tiene que adaptar su discurso al auditorio, con independencia de las características de éste. La argumentación es por ello una función del auditorio (*l'argumentatión est fonction de l'auditoire*)[510].

3. Demostración y argumentación

El papel del auditorio es lo que distingue la argumentación de la demostración. Por «demostración» PERELMAN entiende la deducción lógica. Dentro de un cálculo lógico, una prueba con-

505 *Ibid.,* p. 25.

506 *Ibid.,* pp. 18, 24 y 59.

507 *Ibid.,* pp. 31 y ss., Ch. PERELMAN, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, p. I58; *Id., The New Rhetoric*, p. 146.

508 Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA. p. 26.

509 *Ibid.,* p. 33; cfr., también p. 612.

510 *Ibid.,* p. 58; de manera parecida pp. 7 y 24; cfr. además Ch. PERELMAN, *Rhetoric and Philosophy.*

siste en deducir una fórmula a partir de los axiomas, de acuerdo con reglas de inferencia establecidas. Tal prueba es o no correcta, independientemente del acuerdo de cualquier auditorio.

El lógico es libre para la elección de sus axiomas. Únicamente está vinculado por criterios formales, como el postulado de no contradicción. Por ello, su prueba vale también únicamente en su sistema. Según PERELMAN, quien argumenta debe por el contrario asegurarse la adhesión tanto a sus *premisas como a cada paso de la prueba*. «La adhesión explícita de los interlocutores es necesaria en cada paso, a fin de permitir que el razonamiento avance»[511]. Resulta evidente que las premisas de un argumento deben encontrar la adhesión del auditorio. Por ello, es más interesante la segunda afirmación de PERELMAN de que los enunciados a fundamentar, por regla general (*most of the time*)[512], no se siguen lógicamente de los enunciados aducidos para la fundamentación y de que, por ello, el paso de estos enunciados al enunciado que se trata de fundamentar necesita también el acuerdo del auditorio[513].

Hay que concederle a PERELMAN que en la mayor parte de las fundamentaciones que se presentan de hecho, la conclusión no se sigue lógicamente de las premisas. Así, por ejemplo, para la

---

511 Ch. PERELMAN, *The Dialectical Method and the Part Played by the Interlocutor in Dialogue*, en: *Id., The Idea of Justice and the Problem of Argument*, London/ New York, 1963, p. 167; cfr. además Ch. PERELMAN/ L. OLBRECHTS-TYTECA, *Ibid.,* p. 87.

512 *Id., The Dialectical Method and the Part Played by the Interlocutor in Dialogue*, p. 166.

513 Con ello se distingue el modelo de PERELMAN de fundamentación argumentativa de la inferencia dialéctica aristotélica. Ciertamente, en ambos las premisas son sólo probables o plausibles (*Ενδοξα*), pero en ARISTÓTELES la conclusión se sigue lógicamente de estas premisas (ARISTÓTELES, *Tópica,* 100 a/ 100 b).

fundamentación del juicio de valor de que una determinada forma de Estado es buena se aduce que esta forma de Estado asegura un máximo de libertad individual. Lo primero no se sigue de lo último. En la discusión de la teoría de HARE pudo sin embargo señalarse que en casos como éstos se presupone una regla como «las formas de Estado que aseguran un máximo de libertad individual son buenas». El juicio de valor mencionado puede deducirse lógicamente de la conjunción de este enunciado general con la constatación efectuada. Por esta razón, como antes se indicó[514], HARE llega a la conclusión de que «la noción de razón, como siempre, lleva consigo la noción de una regla que afirma que algo es una razón para alguna otra cosa»[515]. Esto significa que todo argumento puede considerarse entimemático; siempre puede ser completado con premisas del tipo indicado, de manera que la conclusión se siga lógicamente[516].

Esto podría, al menos, no contradecir la intención de PERELMAN. Cuando escribe que la vinculación entre las premisas y la conclusión requiere adhesión[517], ello puede reformularse en el sentido de que las premisas presupuestas pero no expresadas deben ser aceptadas por el auditorio. Aunque PERELMAN no se refiere expresamente a tales premisas, esto podría justificarse con la atinada observación de que el aducir tales premisas en las argumentaciones que tienen lugar de hecho sería superfluo o no muy significativo. Es superfluo en casos como los mencionados en los que no existe ninguna duda sobre el contenido de estas premisas; no es muy

514 Cfr. anteriormente, p. 80.

515 R. M. HARE, *Freedom and Reason*, Oxford, 1963, p. 21.

516 Sobre el concepto de entimema cfr. la literatura indicada anteriormente, p. 99.

517 Ch. PERELMAN/ L. OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle réthorique*, p. 87.

significativo en los casos en que estas premisas son tan especiales que el paso que se produce en el argumento es simplemente una reformulación. Así pues, también en estos casos es adecuado insistir en el carácter entimemático de los argumentos expresados. La formulación de las premisas presupuestas muestra claramente qué es lo que debe justificarse cuando el paso es dudoso.

4. El concepto de auditorio universal

Las consideraciones recién efectuadas se refieren a la estructura lógica de las razones. Muchas consideraciones de PERELMAN plantean la pregunta de con qué medios, en qué auditorio y qué efectos pueden lograrse. Así, para poner solamente algunos ejemplos, se ocupa de los efectos del uso de distintos tiempos[518], de la influencia de la estima del auditorio expresada por el orador[519], y del efecto de la calificación del argumento del oponente como banal[520]. En el curso de estas consideraciones, la argumentación se entiende técnicamente: como un medio para influir en el auditorio. En este sentido, PERELMAN habla de «condicionamiento del auditorio por el discurso» (*conditionnement de l'auditoire par le discours*)[521]. Estas consideraciones que se refieren a los efectos de los argumentos pertenecen a una teoría descriptiva, psicológica o psico-sociológica de la argumentación. La pretensión de PERELMAN de proceder de forma lógico-analítica debe limitarse al menos en esta medida.

El concepto de auditorio contiene sin embargo también la clave para una teoría normativa de la argumentación:El valor de

518 *Ibid.,* p. 216.

519 *Ibid.,* p. 431.

520 *Ibid.,* p. 620.

521 *Ibid.,* p. 11.

un argumento, según PERELMAN, se determina de acuerdo con el valor del auditorio al que persuade[522]. En el centro de la teoría perelmaniana, en cuanto teoría normativa de la argumentación, se encuentra por ello la caracterización de un auditorio, al que sólo puede persuadirse mediante argumentos racionales. Para PERELMAN, éste es el auditorio universal (*auditoire universel*). La adhesión del auditorio universal es el criterio para la racionalidad y objetividad de la argumentación[523].

El concepto de auditorio universal plantea algunos problemas. PERELMAN tiene que constatar, como HABERMAS, que el acuerdo de todos no puede lograrse nunca. Quien se dirige al auditorio universal no parte en general ni siquiera de que todos los seres que lo forman tomen conocimiento de sus argumentos; y mucho menos puede esperar que todos concuerden con él fácticamente. Pero sí que parte de que todos, si tuvieran conocimiento de sus argumentos y los comprendieran, asentirían también a sus tesis. «L'accord d'un auditoire universel n'est donc pas une question de fait, mais de droit»[524].

---

522 *Ibid.,* p. 522.

523 *Ibid.,* p. 40. El acuerdo del auditorio universal, es decir, la racionalidad y la objetividad es, según PERELMAN, el fin sobre todo del filósofo. El juez y el legislador, por el contrario, deben orientar sus decisiones únicamente de acuerdo con los deseos y convicciones de la comunidad que los ha instituido o bien elegido (PERELMAN, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, pp. 146 y 149). Esto no convence por dos motivos. Por un lado, también el juez, dentro del margen de juicio que le queda, aspira a una decisión racional. Por otro lado, también el filósofo, como todavía hay que poner de relieve, está sujeto en su argumentación a la tradición de determinadas ideas de sus oyentes. Este problema, sin embargo, no necesita ser discutido ahora completamente, pues aquí se trata por el momento de una teoría general de la argumentación práctica. Se volverá a tomar en la discusión de la cuestión de hasta qué punto el discurso jurídico está también gobernado por la pretensión de corrección.

524 *La nouvelle rhétorique*, p. 41, cfr. además PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA,

El carácter ideal de este auditorio es, sin embargo, lo que plantea menos dificultades. Más problemática es la tesis de PERELMAN de que la composición de este auditorio universal depende de las ideas de individuos particulares y de diversas culturas[525]. Incluso para el filósofo, al que PERELMAN considera como una persona que argumenta en forma particularmente racional, vale el que éste «se dirija al auditorio universal tal y como se lo imagina, con sus convicciones y objetivos»[526]. De acuerdo con esto, las características del auditorio universal dependen de hechos contingentes de tipo individual y social. Un auditorio sólo es un auditorio universal para quien lo reconoce como tal. Para quien no lo reconoce así, es un auditorio particular[527]. Con ello resulta fuertemente limitado el papel normativo del auditorio universal: es una norma sólo para quien lo acepta como norma.

Sin embargo, en PERELMAN se encuentra todavía otra variante de este concepto. En sus «Cinco lecciones sobre la justicia», plantea, siguiendo el imperativo categórico de KANT, la exigencia: «Debes comportarte como si fueras un juez cuya ratio decidendi deba proporcionar un principio válido *para todos los hombres*[528]. En consecuencia, el acuerdo del auditorio universal

---

Act and Person in Arguntent, p. 252: «Of course, the universal audience never actually exist; it is an ideal audience, a mental construction of him who refers to it».

525 *La nouvelle rhétorique*, p. 43; *Act and Person in Argument*, p. 252.

526 PERELMAN, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, p, 153, cfr., además *Id., Rhe-toric and Philosophy*, p. 21 y ss.

527 *La nouvelle rhétorique*, p. 44.

528 PERELMAN, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, p. 154 (las cursivas son mías); de manera parecida *Id., Evidence et Preuve*, en: «Dialéctica» 11 (1957), p. 33.

es el acuerdo de «todos los seres racionales»[529] o, simplemente, «de todos»[530].

Algunas de estas formulaciones sugieren la idea de que el auditorio universal consiste en la totalidad de los seres humanos, tal y cómo son. Esta no es sin embargo la opinión de PERELMAN. El auditorio universal es la «humanidad ilustrada»[531], que se compone de los hombres en cuanto seres racionales[532]. Con ello se plantea la pregunta de qué háy que entender por «ilustrada» y «racional» y de cómo se relacionan estas calificaciones con la definición del auditorio universal como la totalidad de todos los hombres. Puede aceptarse que la siguiente constatación hace justicia a la teoría perelmaniana: «ilustrados» y «racionales» son quienes entran en el juego de la argumentación. Presupuesto para ello son la posesión de informaciones y la competencia en el tratamiento de las informaciones[533]. Todo hombre tiene básicamente la posibilidad de adquirir ambas. Ciertamente es posible que distintos hombres, a pesar del mismo esfuerzo subjetivo y la misma promoción objetiva, puedan desarrollar distintas capacidades de argumentar. Además hay que conceder que el que sólo adquiere una menor capacidad más bien obstaculizará que fomentará muchas argumentaciones. Esto sin embargo no altera el hecho de

529 *Id., Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit,* p. 153, y de manera parecida en p. 155; *Id., La regle de justice*, en: «Dialectica» 14 (1960), p. 238.

530 *Id., Betrachtungen über die praktische Vernunf*, en: «Zeitschrift für philosophische Forschung», 20 (1966), p. 220.

531 *Ibid.,* p. 221.

532 *Id., Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, pp. 153 y I55.

533 En este sentido, PERELMAN habla del auditorio universal como de «all men who are rational and competent with respect to the issues that are being debated» (Ch. PERELMAN, *Rhetoric and Philosophy*, p. 21).

que en principio todos los que están por encima del nivel de la debilidad mental pueden participar en las argumentaciones. Por lo que se refiere al discurso práctico, la participación también de los menos competentes es una exigencia que se deriva ya del hecho de que también sus intereses se ven afectados[534]. El auditorio universal puede por ello determinarse como la totalidad de los hombres en el estado en que se encontrarían si hubieran desarrollado sus capacidades argumentativas.

Tal estado se corresponde con la habermasiana situación ideal de diálogo. Lo que en PERELMAN es el acuerdo del auditorio universal, es en HABERMAS el consenso alcanzado bajo condiciones ideales. Esto, por lo que se refiere al principio de uníversabilidad, significa que también según PERELMAN un juicio de valor o de deber sólo puede considerarse como fundamentado racionalmente si todos pueden concordar con él.

Ello muestra por tanto que en PERELMAN la expresión «auditorio universal» contiene al menos dos componentes de significado: (1) el auditorio que un individuo o una sociedad se representan como característico, y (2) el conjunto de todos los hombres en cuanto seres que argumentan. No parece estar excluido que ambas determinaciones sean compatibles. Quien se dirige al auditorio universal, se dirige al conjunto de todos los hombres en cuanto seres que argumentan, y en esto su idea de

534 Cfr, sobre esto las pertinentes frases de K. R. POPPER, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, vol. 2, p. 278: «Es cierto que no todos los hombres tienen las mismas dotes; también es cierto que la capacidad intelectual de un hombre puede contribuir a su racionalidad... Según nuestra concepción, sin embargo, no sólo debemos nuestra razón a los otros seres humanos, sino que nunca podemos superar tanto a los otros en cuanto a la razón, como para poder justificar una pretensión de autoridad.

estos hombres está moldeada por sus concepciones anteriores. Esto vale sobre todo para el caso en que un orador se dirige a un auditorio en forma de monólogo[535]. En la medida en que tiene lugar un intercambio de argumentos, pierden peso las concepciones previas, que se convierten incluso en objeto del discurso. El segundo componente de significado resulta decisivo. De ahí que, en lo que sigue, pase a ocupar el primer plano. Por ello, la principal cuestión de interés es hasta qué punto un concepto tan ampliamente formulado puede servir como medida para valorar los argumentos.

5. Persuadir y convencer

Con el concepto de auditorio universal se vinculan otras dos importantes distinciones: la que existe entre persuadir (*persuader*) y convencer (*convaincre*), o bien entre argumento eficaz (*efficace*) y válido (*valable*). Quien busca sólo el acuerdo de un auditorio particular, trata de persuadir; quien se esfuerza por lograr el del auditorio universal, quiere convencer[536]. En conse-

535 Muchas expresiones de PERELMAN sugieren la idea de que la argumentación ante el auditorio universal es siempre un monólogo. Así, él distingue entre la «rhetorical perspective of a speaker, who is seeking to convince an audience, and... the dialectical perspective of the person who criticizes the thesis of his adversary and justifies his own» (*Id., Rhetoric and Phylosophy*, p. 23). La argumentación ante el auditorio universal parece por ello pertenecer a la perspectiva retórica y ser unilateral. PERELMAN subraya sin embargo expresamente que no es tal el caso: «Nor does anyone have the right to assert that rhetorical discourse is unilateral» (*Reply to Mr. Zaner*, en: «Philosophy and Rhetoric», 1 [1968], p. 170). La argumentación ante el auditorio universal incluye por ello la recién mencionada perspectiva dialéctica.

536 *La nouvelle rhétorique*, p. 36; PERELMAN, *Reply to Mr. Zaner*, p. 169. Una definición enteramente similar se encuentra en I. KANT, *Kritik der reinen*

cuencia, los argumentos que encuentran el acuerdo del auditorio universal son válidos, mientras que los que sólo son aceptados por un auditorio particular son sólo eficaces[537]. PERELMAN subraya ciertamente que la frontera entre convencer y persuadir con frecuencia no se puede trazar de una manera clara[538], y que existe una interrelación entre eficacia y validez[539].

6. El análisis de Perelman de la estructura de la argumentación

Como ya se indicó, PERELMAN considera que sus investigaciones pertenecen a la lógica por dos motivos: por un lado, porque pretenden determinar el valor de los argumentos (parte normativa), y por otro lado, porque tienen por objeto las estructuras de los argumentos (parte analítica)[540]. Antes de preguntarse cómo puede la referencia al auditorio universal caracterizar a un argumento como racional, hay que examinar el análisis de PERELMAN de la estructura de la argumentación. Para ello sólo pueden exponerse los rasgos esenciales de las numerosísimas[541] consideraciones

---

Vernunf, A 820, B 848: «Si es válida para cualquiera, con tal únicamente de que esté dotado de razón, su fundamento es objetivamente suficiente, y el mantener que es verdadero se denomina entonces convicción. Si tiene su fundamento solamente en la especial condición del sujeto; entonces se denomina persuasión.

537 *La nouvelle rhétorique*, p. 613-4.

538 *Ibid.,* p. 38.

539 *Ibid.,* p. 615.

540 Cfr. *Ibid.,* p. 9.

541 Sobre la diversidad de los medios discursivos puestos de manifiesto por PERELMAN, P. STRAWSON (reseña de *Traité de l'Argumentation. By Perelman and L. Olbrechtst-Tyteca*, en «Mind», 68 [1959]) ha señalado: «there is almost no

de PERELMAN que además no pretenden ser ni completas ni definitivas[542].

La distinción fundamental de PERELMAN es la que efectúa entre *premisas y técnicas de argumentación*.

6.1. Por «premisas de la argumentación» entiende aquellos objetos de acuerdo que constituyen el punto de partida de los argumentos[543]. Divide las premisas en dos clases: las unas conciernen a lo real (*réel*); las otras a lo preferible (*préférable*)[544]. Las premisas que se refieren a lo real las divide, por un lado, en hechos y verdades[545] y, por otro lado, en presunciones (*présomptions*)[546]. En el campo de lo preferible distingue entre valores[547], jerarquías (*hiérarchies*)[548] y lugares (*lieux*)[549]. Por «jerarquías» PERELMAN entiende relaciones de prioridad; por «lugares», siguiendo el antiguo concepto de topos, premisas de tipo general que pueden servir para la fundamentación de valores y jerarquías[550].

En la «Nueva retórica», PERELMAN todavía es de la opinión de que sólo las premisas que se refieren a lo real tienen la preten-

---

feauture of language, or a conceptual thought in general, which may not find a place as a factor in discursive persuasión».

542 *La nouvelle rhétorique*, p. 252-3, y 610.

543 *Ibid.,* p. 87-8.

544 *Ibid.,* p. 88.

545 *Ibid.,* p. 89 y ss. La expresión «hechos» designa objetos particulares y determinados, y la expresión «verdades» objetos complejos (por ejemplo, teorías).

546 *Ibid.,* p. 93 y ss.

547 *Ibid.,* p. 99 y ss.

548 *Ibid.,* p. 107 y ss.

549 *Ibid.,* p. 112 y ss.

550 *Ibid.,* p. 113.

sión de validez frente al auditorio universal, mientras que los valores, las jerarquías y los topos sólo pueden encontrar el acuerdo de auditorios particulares[551]. Esto tiene que ser distinto, a causa de su elevado grado de generalidad, sólo en el caso de valores muy abstractos como el de lo bueno y lo bello[552]. En trabajos posteriores, sin embargo, parte de que las cuestiones prácticas, esto es, las que se refieren a lo preferible, también pueden discutirse ante el auditorio universal[553].

6.2. Desde el punto de vista de las técnicas argumentativas, PERELMAN trata, por un lado, de las diversas formas de argumento (*schémes d'arguments*)[554] y, por otro lado, de la interacción entre los argumentos, y de la estructura de los argumentos y de la argumentación[555].

6.2.1. PERELMAN divide las distintas formas de argumento en dos clases: las que sirven para la asociación (*liaison*) y para la disociación. Por proceso de asociación entiende por ello la reconducción a una unidad de elementos separados, y por el de disociación, la descomposición de una unidad en elementos separados[556].

Hay tres tipos de argumentos asociativos: (1) los argumentos cuasi-lógicos, (2) los que se basan en la estructura de lo real y (3) los que fundamentan la estructura de lo real. Los argumentos cuasilógicos extraen su fuerza de convicción de su semejanza con inferencias

---

551 *Ibid.,* p. 88 y 99.

552 *Ibid.,* p. 102; cfr. además PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *Act and Person in Argument*, p. 252.

553 Ch. PERELMAN, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, p. 152 y ss.

554 *Ibid.,* p. 252.

555 Sobre estos conceptos cfr., anteriormente, pp. 102 y s.

556 *La nouvelle rhétorique*, p. 255

lógicamente válidas[557]. Un grupo de los argumentos cuasi-lógicos lo forman los argumentos que hacen referencia a la transitividad. «Los amigos de nuestros amigos son también vuestros amigos» es un ejemplo de tal argumento[558]. Un ejemplo de argumentos que se apoyan en la estructura de lo real son los argumentos que se basan en lazos de causalidad[559]. Los argumentos que fundamentan la estructura de la realidad los divide finalmente PERELMAN en: los que hacen referencia a un caso particular (por ejemplo, con fines de generalización)[560], y aquellos en los que se trata de una analogía[561].

La disociación consiste en algo más que en la ruptura de los lazos creados por una asociación. A través de ella, los conceptos empleados en las argumentaciones son ellos mismos modificados mediante nuevas subdivisiones. De esta manera se posibilitan soluciones completamente nuevas[562]. Un ejemplo de disociación es la distinción entre apariencia y realidad[563].

6.2.2. En la segunda parte de su análisis de las técnicas argumentativas, PERELMAN trata de la interacción de los argumentos. Aquí es de especial interés el concepto de convergencia. PERELMAN distingue dos tipos de convergencia. El primer tipo tiene lugar cuando argumentos distintos e independientes entre sí llevan al mismo resultado[564]. En este caso puede hablarse

557 *Ibid.,* p. 258.

558 *Ibid.,* p. 306.

559 *Ibid.,* p. 354.

560 *Ibid.,* p. 471 y ss.

561 *Ibid.,* p. 499 y ss.

562 *Ibid.,* p. 550 y ss.

563 *Ibid.,* p. 556 y ss.

564 *Ibid.,* p. 624.

de *refuerzo por adición*. En el segundo tipo, las premisas de un argumento se fundamentan mediante nuevos argumentos[565]. Aquí se puede hablar de un *refuerzo por regresión*[566]. La prosecución del refuerzo por regresión lleva a la integración del argumento en un sistema cada vez más completo[567]. Otra forma de interacción que merece mencionarse es la que tiene lugar entre un argumento y otro argumento sobre el primero[568]. Esta relación corresponde a la que existe entre discurso y metadiscurso.

6.2.3. El esbozo del análisis perelmaniano de la estructura de la argumentación debe interrumpirse aquí. La mayor carencia de este análisis consiste en la renuncia a utilizar el instrumental de la filosofía analítica. Esto afecta ya a la primera parte, a la investigación sobre las premisas de la argumentación. Aquí debería haberse trabajado sobre la estructura lógica de estas premisas. Se debería haber distinguido por ejemplo entre juicios simples (atómicos) y compuestos (moleculares), singulares y generales, de valor y de deber.

La renuncia al instrumental analítico moderno afecta especialmente a la investigación sobre las técnicas de argumentación. La diferencia entre los argumentos que se basan en la estructura de lo real y los que la fundamentan no es clara. Las interesantes observaciones de PERELMAN sobre la analogía, para nombrar sólo un

565 *Ibid.,* p. 629.

566 En el refuerzo por adición se usan argumentos del mismo nivel, y en el refuerzo por regresión argumentos de distintos niveles. Cfr., sobre ello anteriormente, pp. 98, 102 y s.

567 *Ibid.,* p. 626.

568 *Ibid.,* p. 253-4 y 610.

ejemplo, podrían haberse proseguido considerablemente recurriendo a la lógica moderna[569].

Podría pensarse que esta exigencia de precisión no es adecuada a este objeto. En las argumentaciones no se trata de realizar inferencias precisas como en la matemática, sino de utilizar diversos instrumentos lingüísticos para convencer al interlocutor. Esto puede concederse sin más. De ello sin embargo no se sigue que en una *teoría* de la argumentación se deba prescindir de la utilización de los métodos de la lógica moderna. El que no se puede prescindir se deduce del hecho de que todo análisis de un argumento tiene que entrar en primer lugar en su estructura lógica. Sólo así es posible descubrir sistemáticamente premisas encubiertas y poner en evidencia la inserción de medios persuasivos para efectuar pasos no concluyentes lógicamente. Sigue siendo un error muy difundido pensar que el uso de la lógica moderna tiene que limitarse a aquellos campos en que tienen lugar largas cadenas de inferencias en lenguajes artificiales. Esta concepción desconoce el carácter de la lógica en cuanto instrumento analítico. FREGE la compara con un microscopio que hace visible mucho de lo que queda oculto a los simples ojos. Señala que quien mira a través de un microscopio puede ciertamente percibir de manera más precisa y detallada, pero que al mismo tiempo el ojo es superior al microscopio en la realización de muchas tareas[570]. Sin embargo, esto sólo sería un argumento contra el empleo de la lógica moderna en la teoría de la argumentación si –para seguir con

569 Cfr. sobre ello, entre la literatura jurídica, por ejemplo, la investigación de Th. HELLER, *Logik und Axiologik der analogen Rechtsanwendung*, Berlin, 1961, y U. KLUG, *Juristische Logik*, 3 ed. Berlin/ Heidelberg/ New York 1966, p. 97 y ss.

570 G. FREGE, *Begriffsschrift*, Halle 1879, p. v.

imágenes– el mirar a través del microscopio excluyera cualquier otro tipo de observación. Pero esto último difícilmenté podría sostenerse.

A pesar del defecto indicado, el análisis de PERELMAN contiene muchas observaciones interesantes. Así, siguiendo a PERELMAN, se distinguirá el análisis de las proposiciones que aparecen en los argumentos, del análisis de las formas de argumento. También es importante su distinción entre la unión de proposiciones (asociación) y la división de conceptos (disociación). El último es un medio argumentativo sumamente importante.

Hay que dejar constancia además del concepto de refuerzo por adición y por regresión, así como del de metadiscurso.

7. La racionalidad de la argumentación

El análisis de la estructura de la argumentación considerado hasta aquí es aplicable a la argumentación que tiene lugar tanto ante un auditorio particular como ante un auditor universal. Ello, por tanto, no dice todavía nada sobre la validez de los argumentos. Ahora hay que preguntarse en qué medida la referencia al auditorio universal suministra criterios de validez.

7.1. Quien se dirige al auditorio universal se está también dirigiendo a sí mismo, puesto que es un miembro de ese auditorio. Por ello, en la argumentación ante el auditorio universal quedan excluidas afirmaciones en las que el mismo orador no cree, y propuestas que él mismo no acepta. Rigen aquí, por tanto, las condiciones ya mencionadas de sinceridad y seriedad.[571]

---

571 *La nouvelle Rhétorique*, p. 58; cfr., además Ch. PERELMAN, *Reply to Mr. Zaner*, p. 170.

7.2. Quien actúa con parcialidad, supuesto que sea sincero, convence sólo a aquellos entre los cuales él se encuentra. Quien quiere convencer a todos, debe ser imparcial. Esto presupone que él presenta también los respectivos contraargumentos. La regla que rige es: «audiatur et altera pars»[572]. A este principio de imparcialidad referido al orador le corresponde la exigencia, referida a las discusiones, de que todo hablante tenga derecho a introducir cualquier argumento. Por ello, en este punto existe también un estrecho parentesco entre la teoría de PERELMAN y la de HABERMAS.

7.3. Anteriormente quedó ya establecido que el concepto de auditorio universal está ligado a una de las ideas habermasianas que se corresponde con la exigencia de generalizabilidad. Quien quiere convencer a todos sólo puede proponer normas que pueda aceptar cualquiera[573].

Las exigencias mencionadas hasta aquí y las que se corresponden con ellas fueron ya discutidas anteriormente. Allí se señaló también sin embargo que se trata de condiciones necesarias pero no suficientes de la argumentación moral racional. Por ello cabe la pregunta de si PERELMAN puede dar criterios nuevos y, si se quiere, de más contenido.

7.4. PERELMAN establece en primer lugar que, desde la perspectiva del comienzo de la argumentación, no existe ninguna diferencia entre la argumentación ante el auditorio universal y ante un auditorio particular: el orador debe apoyarse en lo que los oyentes le concedan en un principio[574]. Por ello, toda argu-

572 *La nouvelle Rhétorique*, p. 160; ch. PERELMAN, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtgkei*, p. 157.

573 Cfr. *Ibid.,* p. 158; *Id., Evidence et Preuve,* p. 33.

574 Cfr. *Ibid.,* p.141; además *Id., Les cadres sociaux de l'argumentation*, p. 125.

mentación está vinculada a una situación dada de actitudes y convicciones. Esto se corresponde con la idea ya obtenida de la anterior discusión, tanta de las teorías de la ética analítica como de la teoría habermasiana y de LORENZEN/SCHWEMMER de que todo argumentar tiene lugar en un contexto histórico y social[575]. La argumentación ante el auditorio universal se distingue sin embargo de la que tiene lugar ante un auditorio particular, en que el orador trata, a partir de estos puntos de partida, de alcanzar tesis a las que todos puedan asentir.

Con ello, sin embargo, el problema queda más bien mencionado que resuelto. No se proporciona ninguna vía que conduzca con seguridad a un consenso fundamentado. Por el contrario, el encuadre de la argumentación en un contexto socio-histórico significa más bien que el orador con frecuencia no puede llegar a ningún acuerdo. Si a ello se añade la imposibilidad de manejar todas las informaciones relevantes[576], resulta claro que en muchos casos es imposible indicar una solución como la única correcta de manera definitiva. Para PERELMAN, sin embargo, ello no supone ningún motivo de resignación. Al contrario, a partir de este resultado llega a nuevas e importantes exigencias para la argumentación ante el auditorio universal.

7.5. De la provisionalidad de todo resultado surge el postulado de la apertura a la crítica, y la obligación de tolerancia[577]. El primero se refiere, para hablar en la terminología habermasiana, a la disposición a comenzar y proseguir discursos; la segunda, a acciones. Además de estas reglas que regulan comportamientos

---

575 *Id., Fünf Vorlesungen über die Gerechtgke,* p.158-9.

576 Esta dificultad tan subrayada por LUHMANN ya había sido abordada por PERELMAN en la «Nueva retórica» (1958). Cfr., *Ibid.,* p. 160.

577 *Id., Fünf Vorlesungen über die Gerechtgke,* p. 160 y ss.

frente a otros, rige para el orador el mandato de aspirar a la universalidad, aunque no pueda alcanzarla. «Esta aspiración a la universalidad, cuya realización definitiva no está nunca asegurada, caracteriza la argumentación racional»[578]. Tiende a la «realización del ideal de la comunidad universal» (*la réalisation de l'idéal de communion universelle*)[579]. El parentesco de esta «communion universelle» con la habermasiana situación ideal de diálogo es manifiesto.

7.6. Los criterios discutidos hasta aquí de argumentación racional son en sí mismos todavía relativamente débiles. Su peso sin embargo aumenta si se ponen en conexión con el perelmaniano *principio de inercia* (inertie).El principio de inercia dice que una idea que haya sido aceptada una vez, no puede rechazarse sin un motivo suficiente[580]. Por ello, tiene el carácter de una regla de carga de la argumentación: la apelación a una práxis existente no requiere ninguna justificación, «sólo el cambio exige justificación»[581]. Este principio constituye, según PERELMAN, «el fundamento de la estabilidad de nuestra vida intelectual y social»[582]. Sirve de base a la apelación al precedente y a las normas aceptadas en la ética y en la Jurisprudencia[583]. Esto no significa «que

578 *Id., Fünf Vorlesungen über die Gerechtgke,* p. 160.

579 *Id., La régle de justice,* p. 238.

580 *La nouvelle Rhétorique,* p. 142; PERELMAN, *Betrachtungen über die praktische Vernunft,* p. 219

581 *Id., Fünf Vorlesungen über die Gerechtgke,* p. 92; de manera parecida *Id., Justice and Reasoning*, en: *Law, Reason and Justice. Essays in Legal Philosophy*, ed. por G. Hughes, New York/ London 1969, p. 208; *Id., La régle de justice*, p. 237.

582 *Id., Betrachtungen über die praktische Vernunft*, p. 219

583 *La nouvelle Rhétorique*, p. 144.

todo lo que hay debe permanecer invariable»[584]. Simplemente enuncia que es irrazonable abandonar sin motivo una idea aceptada hasta entonces. Quien duda o critica debe dar una razón para su duda o crítica. Ello fundamenta además lo inadmisible de la duda universal[585]. Con ello queda notablemente limitado el campo de la exigencia de justificación. No es necesario justificarlo todo, sino sólo aquello en lo que, con razones, se duda[586]. Esto significa no sólo una considerable descarga de la argumentación, sino que ciertamente hace posible el argumentar. Sin presuponer algo no puede empezar ninguna argumentación.

El principio de inercia ofrece por ello una cierta contribución material al problema de la fundamentación de las normas[587]. El

---

584 PERELMAN, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtgke*, p. 92.

585 *Id., Betrachtungen über die praktische Vernunft*, p. 219

586 PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *Act and Person in Argument,* p. 252.

587 Este principio cumple todavía, en el marco de la teoría perelmaniana, una importante función adicional. Exige que lo igual sea siempre tratado de la misma manera. Pero este es el contenido de la regla de la justicia formal. PERELMAN es por ello de la opinión de que esta regla puede fundamentarse por medio del principio de inercia. (*La nouvelle Rhétorique*, p. 294; *Id., Betrachtungen über die praktische Vernunft*, 219). La regla de la justicia formal exige «tratar de la misma manera a los seres pertenecientes a la misma categoría esencial» (PERELMAN, *Eine Studie über die Gerechtigkeit,* p. 45). Con ello se corresponde el principio de HARE de la universalidad (cfr. anteriormente pp. 79 y ss.). Sin embargo, como el principio de HARE, deja abierta la cuestión de cuándo varias personas son esencialmente iguales y como deben ser tratadas si son esencialmente iguales (cfr. PERELMAN, *La régle de justice*, p. 236). Determinar esto, es tarea de la justicia concreta (*Id., Eine Studie über die Gerechtigkeit*, p, 53 y 68). Encontrar esta justicia concreta es cosa que atañe a la argumentación racional. La regla perelmaniana de la justicia formal no contiene por ello ciertamente nada nuevo; sin embargo, es interesante el intento de fundamentarla por medio del principio de inercia.

valor de esta contribución es ciertamente limitado, pues sólo pueden admitirse sin más en las fundamentaciones las normas que no son objeto de duda. Ello sin embargo, no dice nada sobre cuándo hay que dudar de algo y sobre cómo debe decidirse en caso de duda. PERELMAN, que aquí no proporciona ningún otro criterio, tiene que dejar esto a la racionalidad de quienes discuten.

8. Puntos a retener

A pesar de estos puntos débiles y de algunos otros ya discutidos, como la oscuridad del concepto de auditorio universal y la renuncia a los instrumentos analíticos modernos en el análisis de la estructura de la argumentación, de la obra perelmaniana puede extraerse una serie de resultados importantes. Y no deja de ser interesante el que surjan una serie de concordancias con las teorías discutidas hasta aquí.

1. Así, se mostró la existencia de un estrecho parentesco entre el concepto habermasiano de situación ideal de diálogo y el perélmaniano de auditorio universal. Según ambas concepciones, una norma (regla, etc.) es suceptible de generalización si todos pueden estar de acuerdo con ella.

2. De gran interés es además el que PERELMAN, por un lado, oriente la argumentación racional de acuerdo con la idea de universalidad pero, por otro lado, la vincule con el estado social e históricamente dado de las concepciones y actitudes. La argumentación no puede partir de la nada ni empezar en cualquier punto. Trata de llegar, a partir de lo dado fácticamente como concepciones y actitudes, mediante un proceso de elaboración racional, a resultados aceptables de manera general.

3. Por ello, no se puede con frecuencia indicar un resultado como el único y el correcto de manera definitiva. Esto obliga a una apertura hacia la crítica, y a la tolerancia.

B. BOSQUEJO DE UNA TEORÍA DEL DISCURSO PRÁCTICO RACIONAL GENERAL

A continuación se sintetizarán los resultados de la anterior discusión en una teoría del discurso práctico racional general. Para ello, sólo podremos conservar los más importantes de los conocimientos alcanzados en el curso de las anteriores investigaciones, y la mayor parte de las fundamentaciones sólo se mencionarán brevemente. La exposición que sigue sólo será, por ello, totalmente comprensible sobre la base de la discusión precedente.

1. Sobre el problema de la fundamentación de proposiciones normativas

Se ha subrayado que en las proposiciones normativas (juicios de valor y de deber)[588] aparecen expresiones normativas como «bueno» y «debido» que no designan –como supone el intuicionismo[589]– objetos, propiedades o relaciones no empíricas, ni

588 Sobre estos conceptos cfr. *supra*, pp. 99.

589 Sobre el intuicionismo cfr. *supra*, pp. 69 y ss.

tampoco pueden reducirse –como afirma el naturalismo[590]– a expresiones empíricas. Las proposiciones normativas no pueden por ello examinarse ni con referencia a alguna entidad no empírica, ni según el método de las ciencias empíricas.

Esto no es, sin embargo, ninguna razón para considerarlas, según las diversas variantes del emotivismo y del subjetivismo[591], como expresiones o descripciones de sentimientos o de actitudes que, ciertamente, pueden ser explicadas psicológica y sociológicamente, pero no pueden mostrarse como correctas o verdaderas[592].

Estas concepciones no hacen justicia al hecho de que a los juicios de valor y de deber se une una pretensión de corrección[593]. Si se cuestionan juicios de tal tipo, entonces se puede llevar a cabo una discusión sobre su justificación.

En tales discusiones puede aducirse razones (G) en pro y en contra de las proposiciones normativas controvertidas (N). La simple indicación de su carácter discutible no justifica todavía ciertamente el hablar de la fundamentabilidad o corrección de las proposiciones normativas. Tales discusiones podrían no ser otra cosa que actuaciones para la persuasión o la influencia psicológi-

---

590 Sobre el naturalismo cfr. *supra*, pp. 65 y ss.

591 Sobre el emotivismo y sobre el subjetivismo cfr. *supra*, pp. 71 y ss.

592 Las investigaciones realizadas hasta aquí han mostrado que existe una serie de argumentos en favor del valor de verdad de las proposiciones normativas (véase anteriormente, pp. 63, 71 y ss., 94 y s., 113 y 135). Queda todavía por mostrar si estos argumentos justifican el que se pueda designar a estas proposiciones normativas, justamente igual que a las proposiciones empíricas, como «verdaderas». Esto debe ser el objeto de una investigación específica. En lo que sigue se hablará por ello sólo de la corrección de proposiciones normativas.

593 Cfr. *supra*, pp. 163 y ss., y 189 y ss.

ca. Ello depende de si hay criterios o reglas que permitan diferenciar las buenas razones de las malas, es decir, los argumentos válidos de los inválidos.

La discusión de las tesis de HARE y TOULMIN mostró que quien aduce en favor de una proposición normativa N (por ejemplo, «A ha obrado mal») una razón G (por ejemplo, «A ha mentido»), presupone una regla R (por ejemplo, «mentir es malo»), de la que, juntamente con G, se sigue N lógicamente[594]. N puede designarse en este caso como «fundamentable por medio de G y R». Quien desee poner en duda la fundamentación de N por medio de G y R, puede dirigirse contra G o bien contra R. Si se dirige contra R, es necesario fundamentar la regla que se expresa a través de «es malo mentir». En esta fundamentación de segundo nivel se puede aducir como razón un enunciado como «mentir ocasiona sufrimientos evitables» (G'). Aquí, a su vez, se presupone una regla (R'); por ejemplo, «lo que causa sufrimientos evitables es malo»[595]. Si se quiere, siguiendo este ejemplo, fundamentar también R', entonces es necesaria una nueva regla R», y así sucesivamente.

Un regreso al infinito sólo parece que pueda evitarse si la fundamentación se interrumpe en algún momento y se sustituye por una decisión que ya no hay que fundamentar. Esto, sin embargo, tendría la consecuencia de que sólo se podría hablar en un sentido muy limitado de la corrección de la proposición a justificar, N. La arbitrariedad de esta decisión se transferiría a toda la fundamentación que depende de ella. El intento de fundamentar proposiciones normativas sin interrupción de la manera indicada

---

594 Cfr. por ejemplo R. M. HARE, *Freedom and Reason*, p. 21; St. E. TOULMIN, *The Uses of Argument*, p. 97, así como *supra*, pp. 108 y 134 y s.

595 Cfr. *supra*, p. 98.

lleva, por ello, o bien a un regreso hasta el infinito, o bien a una decisión explicable, en el mejor de los casos, psicológica y sociológicamente, pero que ya no se justifica. Las dos cosas sólo se podrían evitar –lo que sería una solución difícilmente aceptable– por medio de un círculo lógico.

Esta situación, designada por ALBERT como el «trilema de Münchhausen»[596], no carece sin embargo de salida. La situación puede evitarse si la exigencia de una fundamentación ininterrumpida de cada proposición a través de otra proposición se sustituye por una serie de exigencias en la actividad de fundamentación. Estas exigencias pueden formularse como reglas de la discusión racional. Las reglas de la discusión racional no se refieren, como las de la lógica, sólo a proposiciones, sino también al comportamiento del hablante. En este sentido, pueden designarse como «reglas pragmáticas». El cumplimiento de estas reglas no garantiza ciertamente la certeza definitiva de todo resultado[597], pero sin embargo caracteriza este resultado como racional. La racionalidad, por consiguiente, no puede equipararse con la certeza absoluta. En esto consiste la idea fundamental de la teoría del discurso práctico racional.

Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones[598]. Los discursos en los que se trata de la corrección de las

---

596 Cfr. H. ALBERT, *Traktat über kritische Vernunft,* Tübingen, 1968, p. 13, así como K. R. POPPER, *Logik der Forschung*, p. 60.

597 Ciertamente, como muestra la teoría de las necesidades discursivas, algunos resultados son exigidos de forma necesaria. Cfr. *supra*, pp. 46 y 196 y s.

598 Los discursos son por ello actos con diversos participantes. Esto no impide sin embargo que se pueda hablar también de «discursos internos». Los discursos internos. son las reflexiones de una persona en las que se toman en consideración los posibles argumentos en contra de los oponentes imaginados. Puede

proposiciones normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico, como se mostrará, puede concebirse como un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente.

2. Teorías del discurso posibles

Una teoría del discurso puede ser empírica, analítica o normativa. Es *empírica* cuando en ella, para poner sólo algunos ejemplos, se describen y explican la correlación entre determinados grupos de hablantes y el empleo de determinados argumentos, el efecto de los argumentos o las concepciones predominantes en determinados grupos sobre la validez de los argumentos. Es *analítica*, cuando en ella se trata de la estructura lógica de los argumentos realmente utilizados y de los argumentos posibles. Finalmente, es *normativa* cuando en ella se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso.

Entre estas tres características existen una serie de relaciones. Tanto una teoría empírica como una teoría normativa presuponen el examen de la estructura lógica de los argumentos. Más problemática es la relación entre las teorías empíricas y las normativas. A una teoría empírica le corresponde, entre otras, la tarea de describir las reglas que son consideradas como válidas por individuos considerados aisladamente y por determinados

---

hablarse de discursos internos exitosos en sentido débil, en la medida en que todos los contraargumentos conocidos sean valorados imparcialmente. En un sentido más fuerte, un discurso interno es exitoso en la medida en que esto haya sucedido con todos los contraargumentos imaginables de todos los oponentes imaginables. Aquí hay que dejar abierta la cuestión de con qué extensión y cómo son posibles unos y otros. Sólo cabe señalar que la teoría aquí diseñada ofrece también las bases de una teoría del discurso interno; sin embargo, una teoría del discurso interno tendría que resolver una serie de problemas adicionales.

grupos. Sin embargo, con esta descripción no quedan fundamentadas las reglas. Estas quedarían fundamentadas, en el marco de una teoría normativa, sólo si se aceptaran premisas como, por ejemplo, la de que son racionales las reglas que son seguidas en un determinado momento por determinados científicos.

3. La fundamentación de las reglas del discurso

La teoría del discurso racional es una teoría del discurso normativa. Por ello, en ella se plantea el problema de cómo pueden fundamentarse las reglas del discurso racional. Este problema parece irresoluble a primera vista. Las reglas del discurso práctico racional pueden considerarse como normas para la fundamentación de normas. ¿No son necesarias para su justificación normas de tercer nivel y así sucesivamente, de manera que se repite, ahora entre normas de distinto nivel, el regreso al infinito que se ha descrito a propósito de las normas del mismo nivel?

Antes de resignarse con esta situación debemos, ante todo, contemplar la posibilidad de encontrar reglas del discurso. Se nos ofrece para ello cuatro vías.

3.1. La primera vía consiste en considerar las reglas del discurso como reglas técnicas. Reglas técnicas son reglas que prescriben los medios para determinados fines[599]. Es la vía seguida por LORENZEN y SCHWEMMER, cuando intentan que sus reglas resulten razonables mediante la indicación del fin de una no violenta eliminación del conflicto[600]. Esta manera de fundamentar puede denominarse «*técnica*».

---

599 Cfr, sobre ello G. H. v. WRIGHT, *Norm and Action*, London, 1963, pp. 9 y ss.

600 Cfr. *supra*, p. 207; cfr. además H. P. GRICE, quien declara haber formulado sus reglas para servir a la finalidad de un «maximally effective exchange of information» (H. P. GRICE, *Logic and Conversation*, p. 35).

Contra la forma de Fundamentación técnica se dirigen dos objeciones. La primera es que habrá que fundamentar a su vez el fin. ¿Pero según qué reglas se puede hacer esto, si debe ser el fin el que justifique todas las reglas? La segunda objeción es que un fin que pueda fundamentar el cumplimiento de *todas* las reglas del discurso podría ser: o tan general que normas incompatibles entre sí pudieran ser propuestas como medio para dicho fin –esto sirve, por ejemplo, para fines como la felicidad o la dignidad humana–, o bien el estado de cosas señalado como fin es definido sin embargo ya por medio del cumplimiento de estas normas.

Este pudiera ser el caso cuando por fin de una no violenta eliminación del conflicto no se entiende un estado de paz social, lo que también rechaza SCHWEMMER[601], sino un estado de cosas en que los conflictos son resueltos de manera racional. El que se presuponga como fin un estado de cosas que está ya definido mediante las reglas que él mismo debe justificar, vale especialmente para «fines» tales como la justicia y verdad. No existe por un lado la justicia y la verdad como fines y, por otro lado, las reglas en cuanto indicaciones de los medios mediante los cuales ambas pueden producirse o descubrirse, sino que lo justo y lo verdadero es lo que produce o se descubre mediante estas reglas[602] [603].

---

601 P. LORENZEN/ O. SCHWEMMER, *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie*, p. 109.

602 Sobre esto son instructivas las tesis de LADD sobre la racionalidad de las decisiones jurídicas. Según LADD, el juez tiene como objetivo a perseguir la «impartial administration of justice or of the law». Pero este objetivo lo persigue en la medida en que actúe según una serie de reglas y principios. «These rules and principies play the logical function of defining the end itself» (J. LADD, *The Place of Practical Reason in Judicial Decision*, en: *Rational Decision*, «Nomos», vol. 7 [1964], p. 140).

603 Esta constatación no se dirige contra la distinción entre teorías de la verdad definitorias y criteriológicas (cfr. sobre ello N. RESCHER, *The Coherence Theory*

Esto no significa que la manera de fundamentación técnica carezca de valor. No vale ciertamente para la fundamentación de todas las reglas. Pero para la fundamentación de reglas concretas a través de fines delimitados es indispensable[604]. Estos fines sin embargo tienen a su vez que ser justificados.

3.2. Una segunda posibilidad consiste en que se muestre que determinadas reglas rigen de hecho, es decir, son seguidas realmente en medida suficiente, o que los resultados singulares producidos de acuerdo con determinadas reglas se corresponden con nuestras convicciones normativas realmente existentes. Esta manera de fundamentación puede denominarse «*empírica*»[605].

---

of Truth, Oxford, 1973, pp. 1 y ss.; H. J. WOLFF, *Begriff und Kriterium der Wahrheit, en: Festrtchr. f. R. Laun*, Hamburg, 1953, pp. 587 y ss.). En caso de que esta distinción fuera posible y significativa –y hay elementos que hablan en favor de ello– su realización habría que entenderla, en la medida en que concierne al concepto de «verdad», en el sentido de una teoría de la verdad criteriológica. En caso de que también sea posible una distinción entre teorías de la justicia definitorias y criteriológicas vale lo mismo para el concepto de «justo». La aceptación de que la distinción entre teorías definitorias y criteriológicas es significativa no excluye la suposición de que entre tales teorías existen estrechas relaciones.

604 Las seis normas principales de Arne NAESS para un intercambio de opiniones objetivo pueden verse como un ejemplo de estas reglas más concretas. Se trata de normas (1) contra habladurías tendenciosas, (2) contra descripciones tendenciosas de puntos de vista, concepciones, opiniones, etc., (3) contra ambigüedades tendenciosas, (4) contra la formación de infundios, (5) contra descripciones tendenciosas de hechos y (6) contra la preparación tendenciosa de contribuciones a la discusión (A. NAESS, *Kommunikation und Argumentation*, Kronberg, 1975, pp. 160 y ss.). NAESS fundamenta sus normas a través del objetivo de un «intercambio de opiniones completamente eficaz» (*Ibid.,* p. 161).

605 La denominación «empírica» no debe entenderse en el sentido de que en el marco de esta forma de fundamentación pueden aducirse como razones hechos totalmente generales. En ella solamente cuentan los argumentos que

Como ya se señaló en la discusión de la relación entre una teoría del discurso empírica y una normativa, el problema principal de la manera de fundamentación empírica radica en el paso de la constatación de que una norma rige fácticamente, o que se corresponde con las convicciones realmente existentes, a la constatación de que es racional. Aquí se trata de un caso especial de la derivación de un deber ser a partir de un ser. Esta derivación sólo sería posible si se aceptara la premisa de que la praxis existente es racional.

Seguramente esta premisa no está del todo fuera de lugar. La existencia de una práctica existente prueba, por lo menos, que ésta es posible. De ello no se puede estar seguro cuando se proponen métodos todavía no probados. Una ventaja adicional de los modos de fundamentación empíricos consiste en que en su ámbito es posible señalar contradicciones dentro de una praxis existente, e incompatibilidades entre convicciones normativas existentes de hecho. De esta manera se puede mover al interlocutor de un proceso de justificación a que abandone determinadas reglas o determinadas convicciones, para sostener otras, contrapuestas a aquellas pero que le parecen más importantes.

Tiene por ello pleno sentido analizar la praxis existente y partir en principio de ella[606].

---

se refieren a una determinada clase de hechos, es decir, a la validez fáctica de reglas y a la existencia de hecho de convicciones normativas. Denominar «empíricos» en este contexto a argumentos de este tipo se justifica porque las proposiciones que describen estos hechos no son proposiciones normativas, sino proposiciones que describen normas y, en consecuencia, proposiciones empíricas.

606 Esta es la finalidad de la exigencia de KRIELE de que la teoría debe «obtener su regla para juzgar la praxis a partir de la observación de la praxis, es decir, debe aprender ella misma de la experiencia de la praxis lo que es una buena y una mala praxis» (M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung,* p. 22). Por ello, la teoría no puede limitarse ciertamente a la simple descripción y análisis de la praxis.

Por otro lado, la historia de la ciencia o del Derecho procesal, por ejemplo, muestra que la práctica usual en un determinado momento no sólo no es la única posible, sino que tampoco tiene por qué ser la mejor. Una frase como la de HEGEL: «lo que es racional es real; y lo que es real es racional»[607] no puede por ello, en el mejor de los casos, tomarse literalmente. Una fundamentación empírica en el sentido que se ha indicado es por ello siempre sólo provisional, dependiendo de las correcciones mediante otros modos de fundamentación.

3.3. Un camino que se cruza frecuentemente con otros modos de fundamentación es el que toma quien analiza el sistema de reglas que define un juego de lenguaje y propone la aceptación del sistema de reglas elaborado de esta manera. Aquí puede tratarse de juegos de lenguaje existentes de hecho o hipotéticos. Lo único importante para esta manera de fundamentar es que la presentación del sistema de reglas que definen una praxis sea considerada como lo que motiva la decisión de aceptarla. Por ello, no está desde luego excluido que a su lado se usen todavía otros modos de fundamentación como, por ejemplo, la indicación de que las reglas ya son seguidas fácticamente y que sólo deben ser confirmadas ex profeso, o de que su seguimiento tiene determinadas consecuencias. Lo único importante es que la presentación de un sistema de reglas, con independencia de la indicación de otras razones, se vea como el fundamento

---

Para averiguar si una determinada praxis es una buena praxis debe preguntar si existen buenas razones que hablen en favor de dicha praxis (*Ibid.,* p. 288). Pero difícilmente puede seguir derivándose de la praxis lo que sean tales buenas razones.

607 G. F. W. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Theorie Werkausgabe*, vol. 8, Frankfurt a. M., 1970, p. 24.

o el motivo para su aceptación. Esta forma de fundamentación se denominará «*definitoria*»[608].

La forma de fundamentación definitoria padece una debilidad que hace que resulte problemático el considerar a ésta realmente como una forma de fundamentación. En favor del sistema de reglas a fundamentar no se aducen más razones; éste sólo es explicado y presentado. Esto debe ser suficiente como motivo o razón. El modo de fundamentación definitorio encierra por tanto un cierto grado de decisión o de arbitrariedad. Sin embargo, no puede descartarse como sin sentido. Hay una diferencia entre decidirse por un sistema de reglas formulado explícitamente y presentado de manera completa, o elegir algo sin esta aportación conceptual y analítica. Hay todavía otro aspecto bajo el que puede resultar ventajosa la manera de fundamentación definitoria. Ella permite la construcción de sistemas de reglas completamente nuevos.

3.4. Finalmente, una cuarta vía consiste en mostrar que la validez de determinadas reglas es condición de posibilidad de la

608 En esta dirección se mueve la argumentación de POPPER, quien intenta «definir la ciencia empírica por medio de reglas metodológicas». A estas reglas metodológicas las llama «convenciones» que deben corresponderse con la regla suprema de que «no se impida... una falsación» (K. R. POPPER, *Logik der Forschung*, p. 16). *La regla suprema expresa la «actitud racionalista»*, lo cual es sólo cuestión de decisión. «Esto significa que en primer lugar se debe adoptar una actitud racionalista y sólo entonces se prestará atención a los argumentos o experiencias; de ello se sigue que una actitud cualquiera no puede basarse únicamente sobre argumentos y experiencias» (K. R. POPPER, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, vol. 2, p. 284). Ciertamente se puede mostrar las consecuencias de tal decisión, pero ello no permite determinar la decisión (*Ibid.,* p. 286). Con especial agudeza, ALBERT habla del «racionalismo del criticismo» como del «proyecto de una forma de vida», cuya aceptación encierra una decisión moral (H. ALBERT, *Traktat über kritische Vernunft*, 2.ª ed., pp 40 Y ss.).

comunicación lingüística. APEL designa tal modo de fundamentación como «pragmático-trascendental»[609]. HABERMAS duda sin embargo sobre el uso del término acuñado por KANT, «trascendental». Da para ello dos razones: (1) con las reglas del discurso no se trata, como ocurría en KANT, de la constitución de la experiencia, sino de la producción de argumentos[610], y (2) en la elaboración de estas reglas no se puede distinguir con claridad entre el análisis lógico y el empírico[611]. Por eso propone, para la «reconstrucción de presupuestos generales e ineludibles de posibles procesos de comunicación»[612] la expresión «pragmática universal». Esta expresión es preferible pues es más adecuada para evitar equívocos. El cuarto modo de fundamentación puede por ello llamarse «*pragmático-universal*».

Una variante débil de este modo de fundamentación consiste en mostrar que (1) la validez de determinadas reglas es constitutiva de la posibilidad de determinados actos de habla[613] y que (2) no podemos renunciar a estos actos de habla sin abandonar formas de comportamiento que consideramos como específicamente humanas[614]. Las aserciones podrían pertenecer a tales actos de habla.

---

609 K. O. APEL, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik*, pp. 395 y ss.; *Id*., *Sprechakttheorie und transzendentale Sprachpragmatik zur Frage ethischer Normen*, en: *Sprachpragmatik und Philosophie*, ed. de K. O. APEL, Frankfut a. M., 1976, pp. 116 y ss.

610 J. HABERMAS, *Was ist Universalpragmatik*, en: *Sprachpragmatik und Philosophie*, ed. de K. O. APEL, Frankfurt a. M., 1976, pp. 201 y ss.

611 *Ibid.,* p. 203.

612 *Ibid.,* p. 198. Sobre el procedimiento de tal reconstrucción racional cfr. *Ibid.,* pp. 183 v ss.

613 Sobre este concepto cfr. J. R. SEARLE, *Speech Acts*, pp. 33 y ss.

614 Cfr. sobre ello *Ibid.,* p. 186, nota 1.

El modo de fundamentación indicado plantea una multitud de problemas. Estos no conciernen sólo a qué reglas les corresponde el carácter de «presupuestos generales e ineludibles de posibles procesos de comunicación», y qué reglas son constitutivas para qué actos de habla, y qué actos de habla son necesarios para las formas de comportamiento específicamente humanas; se trata además de la posibilidad, desde el punto de vista de la teoría de la ciencia, de tal procedimiento de fundamentación. Aquí no se debe entrar en esta disputa que puede verse como una nueva variante de la vieja controversia entre las posiciones lógico-empíricas y filosófico-trascendentales[615]. Es de señalar únicamente que los frentes en esta disputa no son ya de ninguna manera claros. De todas formas, puede dejarse constancia de que se puede hablar absolutamente de una fundamentación de estas reglas, si es que se puede mostrar que determinadas reglas están presupuestas de manera general y necesaria en la comunicación lingüística, o que son constitutivas de formas de comportamiento específicamente humano. Una tal fundamentación, ciertamente, sólo será posible para relativamente pocas reglas fundamentales.

3.5. La exposición de estas cuatro formas de fundamentación no pretende ser completa. Cabe pensar que existen todavía otros métodos; con seguridad son posibles otras clasificaciones; y en todo caso, dentro de cada modo de fundamentación caben nuevas diferenciaciones. Sin embargo, el examen realizado muestra ya claramente que ningún modo de fundamentación carece de puntos débiles. En la fundamentación técnica debe presuponerse fines no justificados. Además, existe siempre el peligro de

615 Cfr. sobre ello los trabajos de APEL, HABERMAS, KANNGIESSER, SCHNELLE y WUNDERLICH en el volumen colectivo varias veces citado «Sprachpragmatik und Philosophie», ed. de K. O. APEL, Frankurt a. M., 1976.

que los fines sean demasiado abstractos o que contengan ya las reglas a fundamentar. El método empírico toma la praxis existente como medida de lo racional; el definitorio es, en fin de cuentas, arbitrario; y el pragmático-universal sirve, en el mejor de los casos, para fundamentar pocas reglas fundamentales.

Sin embargo, parece que cada uno de estos métodos contiene un aspecto importante. Las reglas que pueden ser fundamentadas según la pragmática universal deben considerarse como un valioso material de base. Las reglas válidas fácticamente son importantes en dos aspectos. Incluso el teórico del discurso, al menos en un principio, debe guiarse por ellas en sus fundamentaciones. ¿Cómo podría empezar si no? En favor de estas reglas habla también el hecho de que hayan prevalecido. Esto no es en verdad prueba alguna de su racionalidad. Pero muestra al menos que hasta ahora no se ha lanzado contra ellas ninguna crítica tan contundente que lleve a abandonarlas. Si se considera que la posibilidad de crítica no existe siempre, pero sí muy frecuentemente, entonces no se podrá negar a dichas reglas una limitada racionalidad. Las reglas descubiertas empíricamente pueden además examinarse según su oportunidad y pueden ser confrontadas con otros sistemas de reglas construidos con otros criterios de oportunidad. El método definitorio plantea finalmente, a través de la formulación explícita de sistemas de reglas, la posibilidad de su crítica y abre el camino, a través de la construcción de nuevas reglas, a nuevos métodos de proceder.

Este resultado muestra claramente que un discurso sobre reglas del discurso sólo puede designarse como «*discurso teórico-discursivo*». Se acaba de esbozar las cuatro posibles formas de fundamentación del discurso teórico-discursivo. Cómo se han de aplicar en particular debe dejarse a los participantes en el discurso. También se siguen reglas en la discusión dentro del marco de estas cuatro formas de fundamentación. Estas son, en parte, las

reglas fácticamente vigentes en el grupo de los hablantes y, en parte, las reglas ya justificadas provisionalmente. El que no se proceda sólo mediante reglas fundamentadas no es irrazonable. Puesto que tal cosa no es posible, y dado que es razonable empezar de alguna manera la discusión, es también razonable empezarla sobre la base de reglas no justificadas.

4. Las reglas y formas del discurso práctico general

Las reglas que definen el discurso práctico racional son de distinto tipo. Hay reglas que sólo rigen en el discurso práctico y reglas que rigen también en otros juegos de lenguaje. Existen obligaciones, prohibiciones y permisiones. Algunas reglas exigen un cumplimiento estricto, y otras contienen exigencias que sólo pueden cumplirse en forma aproximada. Además, hay reglas que regulan el comportamiento dentro del discurso práctico, y reglas que determinan el paso a otras formas de discurso. Finalmente, las formas de argumento deben distinguirse de las reglas del discurso[616].

A continuación se formularán explícitamente las reglas y formas resultantes de las investigaciones precedentes. Esta formulación explícita tiene, no en último lugar, la finalidad de hacer resaltar los defectos más claramente. Tales defectos pueden referirse al contenido de las reglas, al carácter incompleto de su enumeración, al carácter superfluo de algunas reglas y formas, así como a su insuficiente expresión formal. En caso de que estos defectos pudieran eliminarse, podría quizás un día elaborarse algo

616 La diferencia entre reglas y formas se aclarará con detalle más adelante, en el momento de su formulación. Aquí cabe indicar que las formas pueden formularse corno reglas, es decir, como reglas que exigen que en determinadas situaciones argumentativas hay que usar ciertas formas y sólo ciertas formas de argumentos. Por ello, con frecuencia se habla únicamente de reglas.

así como un código de la razón práctica. Tal código sería el compendio y la formulación explícita de las reglas y las formas de la argumentación práctica racional, en parte señaladas y en parte analizadas sólo en forma aislada en tantos escritos.

4.1. Las reglas fundamentales

La validez del primer grupo de reglas es condición de posibilidad de cualquier comunicación lingüística en que se trate de la verdad o corrección:

(l.l) 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.

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

(1.1) remite a las reglas de la lógica. Estas reglas son aquí presupuestas. Hay que hacer sin embargo un par de observaciones. En primer lugar, hay que señalar que las reglas de la lógica son aplicables también a las proposiciones normativas, lo que no deja de ser problemático. Si se considera a la lógica como «la ciencia de las leyes más generales de la verdad»[617] y se entiende además que las proposiciones normativas no son susceptibles de

617 G. Frege, *Logik,* en: *Schriften zur Logik und Sprachphilosophie. Aus dem Nachlass,* ed. de G. Gabriel, Hamburg, 1971, p. 39; cfr. además *Id., Der Gedanke. Eine logische Untersuchung*, en *Id., Logische Untersuchungen*, ed. de G. Patzig, Göttingen, 1966, p. 31.

verdad, se podría llegar al convencimiento de que las leyes de la lógica no valen para las proposiciones normativas. Este problema ha sido discutido bajo la denominación de «dilema de JFRGENSEN»[618]. Dicho «dilema» puede sin embargo evitarse fácilmente. Una manera consiste en elegir en lugar de los valores «verdadero» y «falso», valores como «válido» o «inválido»[619], o «lícito» o «ilícito»[620]; otra manera consiste en mostrar que la existencia de expresiones como «y», «si... entonces», «todos» y «algunos» en enunciados normativos es ya una razón para pensar que existen relaciones lógicas entre tales enunciados[621]. Finalmente, la tercera y probablemente mejor manera es que se construyan semánticas (teorías de modelos) en las que también los enunciados normativos puedan ser evaluados como verdaderos o falsos[622].

E1 segundo punto está estrechamente conectado con esto. La remisión expresa en (1.1) a las reglas de la lógica no se refiere sólo a la lógica clásica, sino sobre todo a la lógica deóntica que ha tenido, desde hace algunos años, un desarrollo agitado y aún no

---

618 Cfr. J. JFRGENSEN, *Imperatives and Logic*, en «Erkenntnis», 7 (1937/38), pp. 288 y ss.; A. ROSS, *Imperatives and Logic*, en: «Theoria» 7 (1941), p. 55 y s.; *Id., Directives and Norms*, London, 1968, p. 139.

619 Cfr. A. ROSS, *Directives and Norms*, pp. 177 y ss.

620 Cfr. R. SCHREIBER, *Logik des Rechts*, Berlin/ Göttingen/ Heidelberg, 1962, p. 65 y s.

621 Cfr. R. M. HARE, *The Language of Morals*, pp. 20 y ss.

622 Sobre tales semánticas cfr. S. KANGER, *New Foundations for Ethical T'heory*, en: *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, ed. de R. Hilpinien, Dordrecht--Holland, 1971, pp. 44 y ss.; J. HINTIKKA, *Some Main Problems of Deontic Logic*, en: *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, pp. 67 y ss. Sobre teoría de modelos en general cfr. S. A. KRIPKE, *Semantical Considerations on Modal Logic*, en: *Reference and Modality*, ed. de L. Linsky, Oxford, 1971, pp. 63 y ss.

concluido[623]. La prohibición de no contradecirse se refiere por ello también a incompatibilidades deónticas.

(1.2) asegura la sinceridad de la discusión. (1.2) es constitutiva para toda comunicación lingüística[624]. Sin (1.2) no sería posible ni siquiera mentir, pues si no se presupone ninguna regla que exija sinceridad, no es concebible el engaño. (1.2) no excluye por ello la expresión de conjeturas, sino que exige solamente que sean caracterizadas como tales.

(1.3) se refiere al uso de expresiones por un hablante; (1.4) al uso de expresiones por diversos hablantes. (1.3) está formulado en términos más fuertes en la medida en que exige el estar dispuesto a actuar coherentemente. Sin embargo, esto no sería una diferencia esencial, si se pudiera reforzar (1.4) diciendo que sólo usa una expresión quien está dispuesto a aplicarla cuando ella sea aplicable. Con esta condición se podrían sintetizar (1.3) y (1.4) en una regla que exija que todos los hablantes deben usar todas las expresiones con él mismo significado. El que esto no sea así se debe principalmente a que (1.3) y (1.4) contienen aspectos distintos de esta regla general que merecen ser distinguidos.

(1.3) se refiere a la coherencia del hablante. Aplicada a expresiones valorativas, (1.3) adopta la siguiente forma:

---

623 Sobre lógica deóntica cfr. sobre todo los escritos de G. H. v. WRIGHT, en especial G. H. v. WRIGHT, *Deontic Logic*, en: *Id., Logical Studies*, London, 1957, pp. 58-74; *Id., Norm and Action*, London, 1963; *Id., An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Amsterdam, 1968; *Id., Deontic Logic Revisited*, en: «Rechtstheorie», 4 (1973), pp. 37-46.

624 Sobre el requisito de sinceridad cfr. J. L. AUSTIN, *Other Minds*, p. 82 y 115; Id., *How to do things with Words*, p. 15; J. R. SEARLE, *Speech Acts*, p. 65; H. P. GRICE, *Logic and Conversation*, p. 34; O. WEINBERGER, *Wahrheit, Recht und Moral*, en «Rechtstheorie», vol. l (1970), pp. 131 y ss.; cfr. además *supra*, pp. 148 y 168 y s.

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

(1.3') es una formulación del principio de universabilidad de HARE[625].

(1.4) exige una comunidad de uso del lenguaje[626]. Es algo controvertido cómo pueda ser establecida y asegurada esta comunidad. Los representantes de la escuela de Erlangen exigen que para este fin toda expresión debe ser sometida a las normas de un orto-lenguaje. Para ello, el lenguaje ordinario se puede utilizar sólo en forma auxiliar. La viabilidad de este programa fue anteriormente puesta en duda[627]. Hay bastante que decir en favor de partir en primer lugar del lenguaje ordinario y sólo cuando surjan oscuridades e incomprensiones establecer determinaciones sobre el uso de las palabras. El presupuesto de tal determinación es el análisis de las expresiones utilizadas. Como instrumento de este análisis pueden usarse lenguajes artificiales como el de la lógica deóntica.

Las discusiones llevadas a cabo para elucidar problemas de comunicación pueden considerarse como un discurso *sui generis*. Este discurso fue designado anteriormente como «discurso analítico-lingüístico»[628]. Además del establecimiento de un uso común

---

625 Cfr. sobre ello *supra*, pp. 107 y ss.

626 Cfr. sobre ello *supra*, pp. 209 y ss. Sobre el carácter comunitario del uso del lenguaje como presupuesto indispensable de toda argumentación cfr. también Ch. PERELMAN J L. OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique*, pp. 19 y ss.

627 Cfr. *supra*, pp. 210 y s.

628 Cfr. *supra*, p. 212.

del lenguaje, en el discurso de análisis del lenguaje se trata también de asegurar el hablar claramente y con sentido. (1.4) podría, por lo tanto, completarse. A causa de su carácter elemental, llamaremos a (1.l)-(l.4) «reglas fundamentales».

4.2. Las reglas de razón

En los discursos prácticos se trata de la justificación de la aserción de enunciados normativos[629]. En la discusión de tales aserciones se establece de nuevo aserciones, etc. También se necesitan aserciones para refutar algo, para contestar preguntas y para fundamentar propuestas. Un discurso práctico sin aserciones no es posible.

Quien afirma algo, no sólo quiere expresar que cree algo, sino que pretende también que lo que él dice es fundamentable, que es verdadero o correcto. Esto vale tanto para las proposiciones normativas como para las no normativas[630].

La pretensión de fundamentabilidad no tiene como contenido que el propio hablante esté en la situación de dar una fundamentación. Es suficiente con que se refiera a la capacidad de fundamentación de personas determinadas o determinables. La referencia a la capacidad de fundamentación de otros es, como cualquier otro argumentó, discutible. Así, puede cuestionarse si la autoridad invocada por el hablante garantiza realmente la corrección de su tesis. Al mismo tiempo, es posible y necesario por regla general entrar a considerar la corrección interna de su aserción.

---

629 Sobre la posibilidad de hablar, también en relación con los enunciados normativos, del acto de habla de la aserción, cfr. *supra*, pp. 104 y s.

630 Cfr. J. HABERMAS, *Wahrheitstheorien*. p. 220; G. PATZIG, *Relativismus und Objektivität moralischer Normen*, p. 75; K. FRANKENA, *Analytische Ethik*, pp. 131 y ss.; así como *supra*, pp. 189 y s.

La referencia a la capacidad de fundamentación de otras personas determinadas o determinables puede, por eso, considerarse también como fundamentación. Sin embargo, no es suficiente con que el hablante, sin que pueda dar razones para ello, sostenga meramente la opinión de que en algún momento alguien podrá fundamentar su proposición.

La pretensión de fundamentabilidad no significa además que el hablante deba fundamentar toda afirmación en cualquier momento frente a cualquiera. Sin embargo, si rechaza dar una fundamentación es necesario que pueda dar las razones que justifican su negativa[631].

Para el acto de habla de la aserción rige por tanto la siguiente regla:

(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[632].

Esta regla puede denominarse la «regla general de fundamentación».

Quien fundamenta algo pretende, por lo que se refiere al menos al proceso de fundamentación, aceptar al otro como parte en la fundamentación, con los mismos derechos, y no ejercer coerción él mismo, ni apoyarse en la coerción ejercida por otros. Además,

---

631 Sobre estas limitaciones de la pretensión de fundamentabilidad cfr. *supra*. p. 190 y s.

632 Sobre tal regla cfr. D. WUNDERLICH, *Zur Konventionalität von Sprechhandlungen*, p. 20; H. P. GRICE, *Logic and Conversation*, pp. 37. y ss.; H. SCHNELLE, *Sprachphilosophie und Linguis-tik*, pp. 42 y ss. Sobre la cuestión de si tal regla debe verse como una regla constitutiva del acto de lenguaje de la aserción o sólo como un postulado general de la conversación, cfr. *supra,* p. 192 y s.

pretende poder sostener su aserción no sólo frente a su interlocutor, sino también frente a cualquiera. Los juegos de lenguaje que no pretendan por lo menos cumplir esta exigencia, no pueden considerarse como fundamentación. Las exigencias de igualdad de derechos, universalidad y no coerción pueden formularse como tres reglas. Estas reglas se corresponden con las condiciones de la situación ideal de diálogo puestas por HABERMAS[633] en la versión débil antes aceptada[634]. La primera regla se refiere a la admisión en el discurso. Tiene el siguiente contenido:

(2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

La segunda regla regula la libertad de discusión. Puede subdividirse en tres exigencias:

(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.

(c) es importante especialmente en el discurso práctico. Finalmente, la tercera regla tiene la función de proteger el discurso de la coerción. Se enuncia así:

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

Puede dudarse de si (2.3) es realmente una regla del discurso. Podría verse también como condición para la realización de (2.1) y (2.2). Sin embargo, aquí debe bastar con señalar su estatus especial.

---

633 *Id.,* J. HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, 255 y s.

634 Cfr. *supra*, p. 181 y s., 189 y ss.

Podría pensarse ahora que con el establecimiento de estas reglas no se ha ganado mucho. Por razones de tipo fáctico está excluido que todos los hablantes ejerzan sus derechos regulados en (2.1) y (2.2). Además, puede dudarse de si alguna vez pueda alcanzarse la inexistencia de coerción exigida por (2.3)[635].

Sin embargo, estas reglas no carecen de sentido. Las argumentaciones que no fueran aceptadas si se cumplen (2.1)-(2.3) (incluidas las demás reglas del discurso) deben considerarse como no válidas. De esta manera forman, junto con el resto de las reglas del discurso, un *criterio hipotético-negativo* para la corrección de las proposiciones normativas. Su función como *criterio positivo* resulta más problemática. Hay que distinguir entre su función como criterio en relación con las discusiones que realmente han tenido o tienen lugar, y como criterio en relación con discusiones hipotéticas. Por lo que se refiere a las discusiones prácticas, (2.1)-(2.3) se pueden cumplir siempre únicamente de forma aproximada. Además existe siempre la posibilidad de equivocarse sobre su cumplimiento. Sin embargo, se puede decir que (2.1)-(2.3), si se cumplen en la medida óptima alcanzable en la situación a juzgar, proporcionan algo así como un criterio provisional. En su función en cuanto criterio hipotético-positivo se plantea la dificultad de que son necesarias prognosis sobre el comportamiento en la discusión de *todos* los afectados. Para esto es necesario un considerable conocimiento empírico. El criterio será tan inseguro como inseguras sean estas prognosis. Sin embargo, tal inseguridad no hace que el criterio carezca de sentido. Pero fundamenta el carácter revisable de los resultados alcanzados con su ayuda.

Unida a la función de (2.1)-(2.3) como criterios para la corrección de los enunciados normativos, está su función como *instrumento*

635 Sobre esto cfr. *supra*, p. 181 y s.

de crítica de las restricciones de derechos y de oportunidades de los participantes en el discurso, que no sean justificables. Además, en una determinada situación están justificadas aquellas restricciones que en relación con otras restricciones o con la inexistencia de restricciones ofrezcan mayores posibilidades de alcanzar un resultado que también se hubiera alcanzado bajo condiciones ideales. Definen un *ideal* al que cabe aproximarse por medio de la práctica»[636] y de medidas organizativas. Tanto en la comprobación de las restricciones como en la respuesta a la pregunta de en qué medida es posible aproximarse a este ideal bajo determinadas circunstancias hay que recurrir al conocimiento empírico. Finalmente, estas reglas proporcionan una *explicación* de la pretensión de verdad o corrección. La pretensión de justicia es un caso especial de la pretensión de corrección. Por eso, a través de estas reglas resulta posible una explicación de este concepto.

(2), así como (2.1)-(2.3), definen las condiciones más importantes para la racionalidad del discurso. Por eso las llamaremos «*reglas de razón*».

4.3. Las reglas sobre la carga de la argumentación

(2.2.a) permite a cualquiera problematizar cualquier afirmación. Con ello se puede arrinconar a cualquier hablante repitiendo mecánicamente como un niño la pregunta «¿por qué?». Es además posible que se califique globalmente como dudoso todo lo que han dicho los demás participantes en la deliberación. Ambas cosas son muy fáciles para el hablante: éste puede formu-

636 Sobre cómo es posible tal práctica cfr. por ejemplo O. Ludwig/ W. Menzel, *Diskutieren als Gegenstand und Methode des Deutschunterrichts*, en: «Praxis Deutsch», 14 (1976), pp. 13-22, así como los ocho modelos didácticos propuestos en este fascículo.

lar preguntas o dudas sin tener él mismo que dar razones. Las reglas obtenidas hasta aquí regulan ciertamente la carga de la fundamentación para aserciones, pero no en relación con preguntas o con la expresión de dudas.

Esto plantea cuestiones muy importantes para el discurso, en relación con la extensión y la distribución de la carga de la argumentación o de la fundamentación[637]. En las anteriores discusiones ha surgido este problema en diversos contextos. Según SINGER, el principio de generalización exige que quien pretende tratar a una persona de manera distinta que a otra, debe dar una razón para ello[638]. En la lógica dialógica de LORENZEN, por ejemplo, quien afirma que todo x posee la propiedad F [(x) Fx]), tiene la obligación de mostrar, en relación con cada a, que a es F (Fa)[639]. Finalmente, el principio perelmaniano de inercia exige que una opinión o una praxis que haya sido aceptada una vez, no puede abandonarse sin un motivo para ello[640].

La distribución de la carga de la argumentación exigida por SINGER resulta conjuntamente del principio de universabilidad (1.3') y de la regla de fundamentación (2). Quien pretende tratar a A de manera distinta que a B afirma (en tanto presupone [1.3']) que existe una diferencia relevante. Esta afirmación tiene que probarla. Rige por ello la regla:

---

637 Estas expresiones se usan en esta investigación como sinónimas. Una diferenciación que no es necesaria aquí se encuentra en A. PODLECH, *Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, 1971, p. 87 y s.

638 M. G. SINGER, *Generalizatión in Ethics*, p. 31. Cfr. *supra*, pp. 107 y ss.

639 P. LORENZEN/ O. SCHWEMMER, *Konstruktive Logik, Ethik und Wissenschaftstheorie,* p. 46. Cfr. *supra*, pp. 203 y ss.

640 Ch. PERELMAN/ L. OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique,* 142. Cfr. *supra*, p. 245 y s.

(3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo[641].

Otra fundamentación de (3.1) reside en que, según las reglas de la razón, todos son iguales y, por ello, deben aducirse razones para justificar una desviación de esta situación. Las reglas de razón fundamentan una presunción en favor de la igualdad[642].

En esta exposición no puede entrarse en la discusión de la justificación de una contribución dialógica de la lógica. Por ello, sólo se indica la evidencia de que las reglas de la lógica imponen las obligaciones más estrictas en la argumentación. Quien afirma «p → q» debe, si su interlocutor formula «— q», o aceptar «— p» o aceptar «— q» o renunciar a «p → q».

Además, el principio de inercia de PERELMAN es de considerable importancia. Cuando un hablante afirma algo, sus interlocutores en el discurso tienen, de acuerdo con (2), el derecho a exigir una fundamentación. En cambio, una proposición o una norma que sea en verdad presupuesta como verdadera o como válida en la comunidad de los hablantes, pero no afirmada o discutida expresamente puede, según este principio, ser cuestionada sólo si se indica una razón para ello. Para que algo sea objeto del discurso, tiene que ser afirmado o tiene que ser cuestionado indicando una razón para ello:

(3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello.

---

641 Para una interpretación del todo semejante del «contenido pragmático» del principio de igualdad constitucional cfr. A PODLECH, *Ibid.,* p. 89.

642 Cfr. sobre ello J. RAWLS, *Justice as Fairness*, en: «The Philosophycal Review» 67 (1958), p, 166: «There is a presumption against the distinctions and classifications made by legal system and other practices to the extent that they infringe on the original and equal liberty of the persons participating in them.»

Finalmente, no es admisible que un hablante exija continuamente de sus interlocutores razones[643]. Al interlocutor se le acabarían pronto las razones. Si el interlocutor, obligado por la regla de fundamentación, ha dado una razón, sólo está obligado a una nueva respuesta en caso de un contraargumento:

(3.3) Quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos.

(2.2.b) y (2.2.c) permiten a todo hablante introducir en el discurso, en cualquier momento que lo desee, tantas aserciones y comentarios sobre sus opiniones, deseos y necesidades como desee. Por ello, cualquiera puede en cualquier momento, sin que exista una conexión con el problema sometido a discusión, realizar por ejemplo afirmaciones sobre el tiempo, o hacer comentarios al respecto. No es necesario excluir completamente; tales comentarios. Si sólo suceden ocasionalmente, no tienen por qué perjudicar la discusión. Hay que dejar a los que participan en el discurso el decidir cuándo deban éstos ser excluidos. Tampoco es adecuado excluirlos mediante la exigencia de expresar sólo lo que es relevante[644], como si en la teoría del discurso estuviera dicho lo que es relevante. Juzgar acerca de esto es, así mismo, cosa de quienes argumentan. Esto sugiere por tanto la siguiente regla:

(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

643 Cfr: J. L. AUSTIN, *Other Minds*, en: «Philosophical Papers», p. 84:»If you say, 'that's not enough', then you must have in mind some more or less definite lack... If there is no definite lack, wich you are at least prepared to specify on being pressed, then it's silly (outrageous) just to go on saying 'That's not enough'.»

644 Sobre tal exigencia cfr. N. P. GRICE, *Logic and Conversation*. 34

le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

4.4. Las formas de argumento

Antes de pasar a ulteriores reglas del discurso, es oportuno en primer lugar considerar las formas de argumento características[645] del discurso práctico.

Objeto inmediato del discurso práctico son las *proposiciones normativas singulares* (N). Hay dos maneras fundamentales de fundamentarlas. En la primera se toma como referencia una regla (R) presupuesta como válida; en la segunda se señalan las consecuencias (F) de seguir el imperativo[646] implicado en N[647].

Entre estas dos maneras existe una importante semejanza estructural. Quien apela a una regla en una fundamentación presupone al menos que se cumplen las condiciones de aplicación de esa regla. Estas condiciones de aplicación pueden ser las características de una persona, de una acción o de un objeto, la existencia de un determinado estado de cosas o el que suceda un determinado acontecimiento. Esto significa que quien aduce una regla como razón presupone como verdadero un enunciado (T) que describe tales características, estados de cosas o acontecimientos.

---

645 Hay que subrayar que aquí sólo se trata de las formas de argumento específicas para el discurso práctico general. Además hay muchas formas de argumento que aparecen tanto en el discurso práctico general como también en otros discursos. Cfr. sobre ello la discusión sobre el análisis de PERELMAN *supra*, pp. 236 y ss.

646 Sobre la derivación de imperativos por medio de enunciados normativos (juicios de valor y de deber) cfr. *supra*, p. 98 y s.

647 Sobre estos dos tipos de fundamentación cfr. St. E. TOULMIN, *The place of Reason in Ethics*, p. 132, así cormo *supra,* pp. 127 y ss.

Por otro lado, quien aduce como razón para N una aserción sobre consecuencias presupone una regla que expresa que la producción de estas consecuencias es obligatoria o es buena. Esto vale en base al enunciado general: «la noción de una razón, como siempre, lleva consigo la noción de una regla que afirma que algo es una razón para alguna otra cosa»[648].

Pueden distinguirse por ello las siguientes formas de argumentos:

(4.1) $\dfrac{\begin{array}{c}T\\R\end{array}}{N}$ (4.2) $\dfrac{\begin{array}{c}F\\R\end{array}}{N}$

(4.1) y (4.2) son subformas de la forma más general

(4) $\dfrac{\begin{array}{c}G\\R\cdot\end{array}}{N\cdot}$[649]

Sobre la verdad de T, así como sobre si F es realmente una consecuencia de la acción puesta en cuestión[650], puede desarrollarse un discurso teórico. La exigencia de que cualquiera puede

---

648 R. M. HARE, *Freedom and Reason*, p. 21; sobre ello cfr. *supra,* p. 107 y s.

649 «R·», en contraste con «R» y con la regla a utilizar «R'», puede ser una regla de cualquier nivel; «N·», en contraste con «N», puede ser un enunciado normativo cualquiera (no sólo un enunciado singular). La introducción de «R·» y de «N·» es necesaria para poder expresar el carácter general de (4).

650 Hay que subrayar que la respuesta a esta pregunta es, en muchos discursos, el problema decisivo. Muchas disputas sobre cuestiones prácticas pueden decidirse de manera inmediata si se dispone suficientemente de un conocimiento empírico seguro. Sería sin embargo una falacia concluir de ello que todos los problemas prácticos son resolubles aportando simplemente información empírica.

comenzar en cualquier momento un discurso se contiene en una regla específica que se indicará más adelante.

Aquí interesan sobre todo las discusiones sobre R. Hay diversas posibilidades para defender R.

R puede justificarse señalando el estado de cosas que se da si R tiene vigencia (Z_R), o señalando el estado de cosas futuro que se producirá si se sigue R (Z_F). Z_R y Z_F se distinguen entre sí porque para la descripción de Z_R es necesario incluir una referencia a R, al lado de la indicación de las consecuencias que pueden describirse con independencia de R. Teniendo en cuenta esta diferencia está justificado, sin embargo, por razones de simplificación, tanto en él caso de Z_R como en el de Z_F, hablar de *consecuencias de la regla* R (F_R).

También en el caso de la justificación de R a través de F_R es válida la tesis de que la indicación de una razón para una aserción presupone una regla que dice que la razón indicada es una razón para esa aserción. Es por ello necesario una regla de segundo nivel (R')[651].

Además de la indicación de F_R, también es posible indicar una regla adicional R' que exija R bajo una condición T' que no puede clasificarse como una consecuencia de R. T' puede ser, por ejemplo, la indicación, de ningún modo irrelevante moralmente, de que una determinada regla fue establecida de una determinada manera.

Resultan por ello dos formas de argumento de segundo nivel[652]:

(4.3)
$$\frac{\begin{array}{c} F_R \\ R' \end{array}}{R}$$

(4.4)
$$\frac{\begin{array}{c} T' \\ R' \end{array}}{R}$$

651 Sobre estas reglas de segundo nivel cfr. *supra*. p. 136.

652 Sobre los distintos niveles de justificación cfr. *supra*, p. 130.

(4.3) y (4.4) son también subformas de la forma básica (4)[653]

En (4.1)-(4.4) la aplicación de una regla lleva en cada caso a un resultado. Sin embargo, reglas distintas pueden llevar a resultados incompatibles entre sí en fundamentaciones de la misma forma o en fundamentaciones de formas diferentes. En estos casos hay que decidir qué fundamentación tiene prioridad. Las reglas

---

653 En (4.1)-(4.4) la conclusión se sigue respectivamente de un enunciado normativo general junto con un enunciado empírico. Si uno parte de que el enunciado empírico es verdadero y la conclusión falsa, entonces la premisa normativa general debe ser falsa. Las cuatro formas representan por ello no tan sólo la *fundamentación* de enunciados normativos; con ellas se corresponden además cuatro formas de comprobación de enunciados normativos generales. En una tal comprobación puede por ejemplo preguntarse si pueden derivarse consecuencias lógicas que no pueden ser aceptadas como correctas a partir de un enunciado normativo general [por ejemplo, de la premisa R de una forma de justificación (4.2) (la hipótesis)], junto con un enunciado empírico que hay que aceptar como verdadero. Si es este el caso, entonces el enunciado normativo general tiene que ser rechazado o modificado. En el caso (4.2) tal comprobación se basaría en el siguiente esquema de inferencia:

$([F \wedge R) \rightarrow N] \wedge \neg N \wedge F) \rightarrow \neg R.$

En el discurso práctico pueden usarse por ello los argumentos, que se corresponden con (4.1)-(4.4) tanto en la fundamentación como en la comprobación. Puesto que las distintas formas de comprobación pueden obtenerse a partir de las formas de fundamentación siguiendo las reglas de la lógica (1.1), aquí no se necesita entrar en ellas en forma particular. La relación entre fundamentación y comprobación surge de las reglas del discurso. Quien afirma algo debe dar un motivo para ello (2). Pero no siempre debe seguir fundamentando su afirmación. Sólo son necesarios nuevos argumentos en caso de contraargumentos (3.3). Estos contraargumentos pueden tener como contenido una comprobación en el sentido indicado y convertirse ellos mismos en objeto de tal comprobación. Tiene lugar pues una interrelación entre fundamentación y comprobación.

que se utilizan para fundamentar tales decisiones se denominan reglas de prioridad[654].

Hay reglas de prioridad que prescriben que algunas reglas gozan de preferencia sobre otras bajo cualquier condición, pero hay también reglas de prioridad que prescriben que determinadas reglas tienen preferencia sobre otras solamente bajo determinadas condiciones (C). Sea «P» una relación de preferencia entre dos reglas. Las reglas de prioridad pueden entonces tener dos formas:

(4.5) R_i P R_K o bien R'_i P R'_K.

(4.6) (R_i P R_K) C o bien (R'_i P R'_K) C.

La fundamentación tiene aquí prioridad, pues las comprobaciones sólo tienen lugar en el discurso práctico si se afirmó algo. Si se afirma algo, sin embargo, siempre hay que dar al menos una razón para ello de acuerdo con (2). Además, el objeto de la comprobación son siempre enunciados generales. En el discurso práctico los enunciados normativos generales sólo son relevantes en la fundamentación de enunciados normativos singulares. Más importante todavía es que en las comprobaciones de enunciados normativos son necesarios siempre enunciados normativos adicionales. Quien afirma un tal enunciado en una comprobación tiene que dar para ello siempre al menos una razón, en base a la regla general de fundamentación (2), es decir, tiene que aducir una fundamentación de la forma (4.1)-(4-4). No es admisible una simple referencia a evidencias o intuiciones, lo que prueba que el intuicionismo es insostenible (cfr. *supra*, p. 71). Por estas razones, y también por motivos de simplificación de la exposición, aquí se hablará ante todo de fundamentaciones. Siempre sería posible extender estas observaciones a las comprobaciones.

654 Sobre el concepto de regla de prioridad cfr. K. BAIER, *The Moral Point of View,* pp. 99 y ss., así como *supra*, p. 180.

Las reglas de prioridad pueden a su vez ser justificadas según (4.3) y (4.4)[655]. Si hay conflictos entre reglas de prioridad hay que aplicar reglas de prioridad de segundo nivel.

Dentro de las distintas formas son posibles muchas diferenciaciones ulteriores. Así, la indicación por ejemplo de consecuencias negativas representa una variante especialmente importante de (4.2) y (4.3). Quizás puedan encontrarse todavía otras formas. Sin embargo, para la teoría del discurso racional práctico bosquejada en esta investigación basta con el análisis efectuado aquí.

Dicho análisis muestra sobre todo que las distintas formas de argumento (hasta el límite que deriva del doble nivel de la justificación) son combinables y transitables a voluntad. Las diferentes combinaciones de formas de argumento producen una estructura de argumento[656]. Hay que distinguir por ello entre una estructura de argumento regresiva y una aditiva[657]. Las fundamentaciones pueden combinarse con comprobaciones, y las comprobaciones llevan a fundamentaciones. Las estructuras de argumento que surgen de

---

655 (4.5) y (4.6) en sí mismas no son formas de argumento, sino formas de reglas. La sustitución de (4.5) o (4.6) por R en (4.3) o (4.4) supone sin embargo cuatro nuevas formas de argumento; más precisamente, dos subformas de (4.3) y (4.4). Puesto que (4.3) y (4.4) son subformas de (4), cabe decir que hay dos grupos de subformas de (4) que se caracterizan como conclusión a través de (4.5) y (4.6). Esto es lo que se quiso decir cuando en la Introducción se habló de seis formas a distinguir aquí. Hay que subrayar que las seis formas son subformas de (4).

656 Sobre el concepto de estructura de argumento cfr. *supra*. pp. 142y s.

657 Existe una estructura de argumento aditiva cuando se justifica una proposición o una regla a través de distintos argumentos independientes entre sí. Aquí se podría hablar también de diversas fundamentaciones. En una estructura regresiva, un argumento sirve como apoyo para el otro. Cfr. sobre ello *supra*, pp. 239 y s.

esta forma son siempre finitas. Todas las reglas no pueden nunca ser justificadas, pues algunas deben siempre ser aceptadas para que sea posible la acción de justificación[658]. La exigencia de racionalidad no significa que todas las reglas tengan que justificarse a la vez, sino sólo que toda regla puede ser objeto de justificación.

4.5. Las reglas de fundamentación

Con (4.1)-(4.6) se han indicado solamente formas de argumentos utilizables en el discurso práctico. Hay ya un aumento de racionalidad si se argumenta con estas formas y no se recurre a medios como adulaciones, acusaciones y amenazas. Por otro lado, con estas formas se puede justificar cualquier proposición normativa y cualquier regla. Hay por ello que seguir buscando reglas para las fundamentaciones efectuadas con estas formas.

4.5.1. Un primer grupo importante de reglas está formado por las distintas variantes del principio de generalizabilidad[659]. De acuerdo con las discusiones precedentes, deben distinguirse aquí tres versiones de la exigencia de generalizabilidad: la de HARE, la de HABERMAS y la de BAIER[660].

---

658 Cfr. St. TOULMIN, *The Uses of Arguments*, pp. 100 y 106, así como *supra*, p. 135 y s.

659 Estas reglas pueden fundamentarse esencialmente a través de reglas ya mencionadas. Esto podría aducirse para no introducirlas en la lista de las reglas. En favor de tal introducción existen al menos consideraciones de limitación de los fines.

660 Aquí no se acogerá el ya numerosas veces mencionado argumento de SINGER de la generalizabilidad (cfr. sobre ello *supra*, p. 107). *En favor de ello se puede aducir la siguiente justificación: está bastante comprobado que este argumento reconduce a otros principios. SINGER deriva esto del principio de universabilidad (1.3') junto con un «principio de las consecuencias» (principie of consequences)*, que puede contemplarse como una variante negativa de (4.2) (M. G.

El principio de universabilidad de HARE ha sido ya formulado como regla (1.3'). A partir de este principio, junto con el principio de prescriptividad[661], obtiene HARE una exigencia como la siguiente[662]:

(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[663] de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas[664].

SINGER, *Generalization in Ethics*, pp. 63 y ss.). HOERSTER lo fundamenta a través de un «principio de imparcialidad» (N. HOERSTER, *Utilitaristiche Ethik und Verallgemeinerung*, pp. 108 y ss.). En caso de que la derivación de SINGER sea sostenible, ésta podría reconducirse a las reglas y formas ya recogidas aquí, para lo cual tendría que precisarse (4.2). El principio de imparcialidad de HOERSTER declara «inmoral aprovecharse de los frutos de una empresa llevada a cabo por muchas personas y sin embargo dejar únicamente a los otros las cargas o sacrificios necesariamente vinculados con dicha empresa» (*Ibid.,* p. 112.) Todo habla en favor de que en un discurso práctico no puede aceptarse una tal forma de comportamiento. El argumento de SINGER, tanto por lo que respecta a la fundamentación presentada por SINGER como a la presentada por HOERSTER, puede por ello verse como implicado por las reglas y formas o las condiciones del discurso práctico general. Esto hace que no resulte necesario incluir el argumento de SINGER en la lista de las reglas aquí sintetizadas. Ciertamente sería con seguridad muy útil incluir este argumento en una teoría del discurso más elaborada.

661 Cfr. sobre esto *supra*, pp. 112 y ss.

662 Sobre la cuestión de si esta exigencia se sigue únicamente del principio de universabilidad juntamente con el principio de prescriptividad cfr. *supra*, pp. 114 y s.

663 Por «consecuencias» deben entenderse aquí tanto las consecuencias fácticas de seguir una regla como también las limitaciones que surgen directamente del seguimiento de los imperativos implicados por la reglas.

664 Sobre los problemas ligados a (5.1.1), especialmente a su limitada eficiencia cfr. *supra*, pp. 117 y ss.

Brevemente: cualquiera debe poder estar de acuerdo con las consecuencias de las reglas afirmadas o presupuestas por él para cualquier otro.

El principio de generalizabilidad de HABERMAS resulta directamente de la estructura del discurso determinada por las reglas de razón ([2.1]-[2.3]). Si todos deliberan sobre las cuestiones prácticas con igualdad de derechos, sólo pueden encontrar el acuerdo general aquellas proposiciones normativas y reglas que cada uno puede aceptar.

En (5.1.1.) se parte de las concepciones normativas de cada hablante. El principio de generalizabilidad habermasiano se refiere a las opiniones comunes a obtener en el discurso. Puede formularse así:

(5.1.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos[665].

Brevemente: cada uno debe poder estar de acuerdo con cada regla[666]. (5.1.2) comparte el carácter ideal de las reglas de razón.

El principio da BAIER puede fundamentarse a partir de las exigencias de apertura y sinceridad que rigen en el discurso. Podría considerarse como una concreción de (1.2). Excluye directamente como infundamentables una serie de reglas[667]:

(5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

---

665 Sobre ello, como también sobre la cuestión de la compatibilidad de (5.1.1) con (5.1.2) cfr. *supra*, p. 176.

666 Sobre las exigencias, del todo semejantes, de PERELMAN cfr. *supra*, 162.

667 Sobre ello cfr, *supra*, pp. 146 y ss.

4.5.2. Pero (5.1.1.)-(5.1.3) no ofrece todavía algo así como la garantía de un *acuerdo* racional. (5.1.1) permite partir de las diferentes convicciones normativas fácticas de los respectivos hablantes; (5.1.2) comparte el carácter ideal de las reglas de razón; y (5.1.3) excluye sólo relativamente pocas reglas morales.

Ahora bien, no es posible señalar un procesamiento que lleve en cada caso a un acuerdo racional. Sin embargo, se habría ganado ya mucho si hubiese un procedimiento que aumentara al menos la posibilidad de la transformación de concepciones incompatibles prácticamente existentes, en el sentido de un acuerdo racional. Tal procedimiento ha sido propuesto por HABERMAS, así como también –en una forma elaborada hasta en sus detalles– por LORENZEN y SCHWEMMER con el programa de la génesis crítica[668]. En tal génesis, el desarrollo de los sistemas de reglas morales es reconstruido por los participantes en el discurso. En los distintos niveles de desarrollo puede comprobarse por ello hasta qué punto se realizaron las condiciones del discurso racional. Por tanto, ahora pueden ser criticadas las reglas que surgen en este proceso de desarrollo y que determinan nuestro razonamiento práctico. Por ello, puede formularse una nueva regla del discurso:

(5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis históricocrítica. Una regla moral no pasa semejante prueba:

a) si aunque originariamente se pudiera 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[669].

---

668 Cfr. *supra*, pp. 200 y 218 y ss.

669 Cfr. *supra*, pp. 220 y s.

La prueba propuesta por LORENZEN y SCHWEMMER de la formación histórico-social de las normas debe ser completada con una prueba del desarrollo individual de las opiniones normativas[670]:

(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 esta investigación permanece abierta la cuestión de qué son «condiciones de socialización no justificables». Aquí sólo puede señalarse que no pueden justificarse en ningún caso las condiciones de socialización que llevan a que el interesado no esté dispuesto a, o no pueda, tomar parte en el discurso.

4.5.3. Una última regla de este grupo resulta del hecho de que el discurso práctico se desarrolla con la finalidad de resolver cuestiones prácticas realmente existentes. Ciertamente se puede hacer esto también por placer, pero esta posibilidad es parasitaria en relación con la antes indicada. Esto hace que el discurso práctico deba llevar a resultados que puedan también ser llevados a la práctica:

(5.3) Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados[671].

---

670 Cfr. *supra*, pp. 221 y s.

671 (5.3) exige tanto que sea enteramente posible la realizabilidad de una norma, como también que ésta caiga en el campo de lo fácticamente posible. Sobre la primera exigencia cfr. Fr. V. KUTSCHERA, *Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen*, Freiburg/ München, 1973, p. 69 y s.

La aplicación de (5.3) presupone un considerable conocimiento empírico.

(5.1)-(5.3) determinan directamente el contenido de las proposiciones y reglas a fundamentar. Por eso las llamaremos «*reglas de fundamentación*».

4.6. Las reglas de transición

Ya se ha constatado que en los discursos prácticos surgen muchos problemas que no pueden ser resueltos con los medios de la argumentación práctica. Puede tratarse de cuestiones de hecho (en especial; la predicción de consecuencias), de problemas lingüísticos (en especial, problemas de comunicación) y de cuestiones que se refieren a la misma discusión práctica. En estos casos debe ser posible pasar a otras formas de discurso. Esta posibilidad está asegurada mediante las siguientes 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[672].

(6.3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso[673].

A (6.1)-(6.3) las llamaremos «*reglas de transición*».

(6.1) es de particular importancia. Frecuentemente los hablantes están de acuerdo sobre las premisas normativas, pero disputan sobre los hechos. A menudo, el conocimiento empírico

672 Cfr. *supra*, pp. 212 y s.

673 Cfr. *supra*, pp. 261 y s.

necesario no puede ser logrado con la certeza deseable. En esta situación son necesarias reglas de presunción racional.

5. Los límites del discurso práctico general

El seguimiento de las reglas que se han indicado y la utilización de las formas de argumento que se han descrito aumentan ciertamente la probabilidad de lograr un acuerdo en las cuestiones prácticas, pero ni garantizan el que pueda obtenerse un acuerdo para cada cuestión, ni el que cualquier acuerdo alcanzado sea definitivo e irrevocable. El que esto sea así radica en el hecho de que especialmente las reglas de razón (2.1)-(2.3) sólo pueden cumplirse parcialmente, de que no todos los pasos de la argumentación están determinados, y de que todo discurso tiene que partir de concepciones normativas históricamente dadas y, por ello, mutables. Si los resultados encontrados en el discurso no pueden pretender una certeza definitiva, es necesario que su revisión sea siempre posible. A esta exigencia sirven las reglas antes establecidos; en especial, las reglas de razón, que establecen que cualquiera puede en cualquier momento atacar cualquier regla y cualquier proposición normativa; por tanto, también las reglas y proposiciones consideradas hasta ahora como seguras.

Ciertamente, algunos juicios de valor y de deber, así como algunas reglas, son exigidas o excluidas necesariamente por las reglas del discurso. Esto vale, por ejemplo, para las reglas que excluyen completamente a algunos hombres de participar en el discurso, asignándoles por ejemplo un status jurídico de esclavos. En este sentido es posible hablar de «*imposibilidad discursiva*» o bien de «*necesidad discursiva*»[674]. Para la fundamentación de tales

674 Cfr. *supra*, pp. 47 y 195 y s.

reglas, necesarias o imposibles discursivamente, pueden usarse como premisas las reglas del discurso.

En los casos en que, sin contravenir las reglas del discurso[675], pueden fundamentarse dos proposiciones normativas o reglas incompatibles entre sí, puede hablarse de «*posibilidad discursiva*». Esta situación puede a su vez ser objeto de un discurso práctico. En tales discursos se fundamentan reglas que permiten decidir entre dos soluciones contradictorias discursivamente posibles. Tales reglas pueden ser, por ejemplo, las reglas de legislación parlamentaria que se apoyan en el principio de representación y de mayoría. Reglas como éstas, y también las reglas jurídicas establecidas por medio de procedimiento regulados por ellas, son necesarias y razonables, en cuanto que la posibilidad de alcanzar soluciones vinculantes en el discurso práctico está limitada[676]. Los

675 El concepto de violación de una regla del discurso debe determinarse de manera distinta según el carácter distinto de las diferentes reglas. En el caso de reglas no ideales como por ejemplo (1. 1) (no contradicción), (1.3') (universabilidad) y (5.3) (realizabilidad) es en principio siempre determinable si existe o no violación. Las reglas ideales como (2.1) (universalidad de participación) y (5.1.2) (universalidad de acuerdo) por el contrario se cumplen sólo de manera aproximada. Aquí se hablará por ello de cumplimiento si en la situación dada existe una adecuación a la regla en una medida óptima.

676 Una idea semejante se encuentra en KANT, cuyo principio de la «libertad de cada miembro de la sociedad en cuanto hombre» (I. KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nich für die Praxis*, Akademie-Ausgabe vol. 8. p. 290) exige que «sólo (puede) ser legisladora la voluntad unida y consensuada de todos, en la medida en que uno decide lo mismo para todos y todos deciden lo mismo para cada uno; por lo tanto, sólo la voluntad general y unida del pueblo» (*Id., Metaphysik der Sitten,* Akademie-Ausgabe, vol. 6. p. 313 y s.). KANT establece que tal consenso «de todo un pueblo no puede esperarse; por consiguiente, lo único que se puede esperar alcanzar es sólo una mayoría de votos y ciertamente (en un gran pueblo) no

límites del discurso práctico general fundamentan la necesidad de reglas jurídicas[677]. Con ello se produce el paso al discurso jurídico.

directamente de los votantes, sino sólo de los delegados para ello como representantes del pueblo: así, el principio mismo de conformarse con esta mayoría, aceptada con el acuerdo general y por tanto mediante un contrato, debe ser el principio supremo para el establecimiento de una constitución civil» (Id., *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nich für die Praxis*, p. 296).

677 Tales reglas jurídicas tienen por lo demás no sólo la función de hacer posible soluciones donde no puede alcanzarse ningún acuerdo discursivo, sino también la de asegurar los presupuestos que hacen posible fácticamente la realización de discursos. Sobre este requisito cfr. W. WIELAND, *Praxis und Urteilskraft*, pp. 40 y ss. El que las reglas jurídicas puedan asegurar la, posibilidad de realización de discursos no significa, sin embargo, que no sea accesible la justificación discursiva.

C. UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I. EL DISCURSO JURÍDICO COMO CASO ESPECIAL DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL

1. Los tipos de discusiones jurídicas

Hay tipos totalmente distintos de discusiones jurídicas. Se pueden distinguir así las discusiones de la ciencia jurídica (de la dogmática)[678], las deliberaciones de los jueces, los debates ante los

678 Con el concepto de discusión científico-jurídica (dogmática) hay que entender aquí las discusiones de la ciencia del Derecho elaborada institucionalmente que se refieren directamente a la solución de casos jurídicos reales o imaginarios, o bien en las que se justifican o critican enunciados dogmáticos, construcciones y teorías que tienen al menos alguna relación con la solución de casos jurídicos. El concepto de dogmática jurídica se discutirá con más detalle más adelante en las pp. 240 y ss. Para una terminología distinta cfr. O. BALLWEG quien designa como «Jurisprudencia» lo que aquí se ha llamado «ciencia jurídica dogmática», y restringe la expresión «ciencia jurídica» al análisis y la teoría de la Jurisprudencia (O. BALLWEG, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel, 1970. pp. 77 y ss. 90 y ss. y I23).

tribunales, el tratamiento de cuestiones jurídicas en los órganos legislativos, en comisiones y en comités, la discusión de cuestiones jurídicas (por ejemplo, entre estudiantes, entre abogados y entre juristas de la administración o de empresas), así como la discusión sobre problemas jurídicos en los medios de comunicación en que aparezcan argumentos jurídicos.

Las diferencias entre estas formas de discusión, que pueden a su vez dividirse en muchas subcategorías, son de muy diverso tipo. Algunas, como los debates ante los tribunales y las deliberaciones judiciales, están institucionalizadas. En otras, como en la discusión de cuestiones jurídicas entre abogados, no es éste el caso. En algunas formas se trata de alcanzar un resultado en un tiempo limitado; en otras, como en las discusiones de la ciencia jurídica (de la dogmática), no hay ningún límite temporal. Algunas tienen como consecuencia decisiones vinculantes, mientras que en otras tan sólo se proponen, se preparan o se critican decisiones. En algunas formas, cómo en la discusión pública de decisiones judiciales, está permitido pasar en cualquier momento de la argumentación jurídica a la argumentación práctica general; en otras, como en las discusiones de la ciencia jurídica (de la dogmática), esto no es posible, al menos sin limitaciones.

Las semejanzas y conexiones son tan diversas como las diferencias. El aspecto común más importante consiste en que en todas las formas (al menos en parte) se argumenta *jurídicamente*.

La cuestión de cómo se distingue la argumentación jurídica de la argumentación práctica general es una de las cuestiones centrales de la teoría del discurso jurídico. Aquí se puede ya establecer un punto: la argumentación jurídica se caracteriza por la vinculatoriedad, como quiera que deba determinarse, al Derecho vigente.

Con ello se menciona una de las principales diferencias entre la argumentación jurídica y la argumentación práctica general.

En las disputas jurídicas no se someten todas las cuestiones a discusión. Dichas disputas tienen lugar bajo ciertas limitaciones.

La amplitud y los tipos de limitaciones son muy distintos en las diferentes formas. La más libre es la discusión de la ciencia jurídica. En el proceso se dan las mayores limitaciones. Aquí los roles están desigualmente distribuidos, la participación, por ejemplo, del acusado no es voluntaria[679], y el deber de veracidad está limitado. El proceso de argumentación está limitado temporalmente[680] y está reglamentado por medio de las reglas procesales. Las partes pueden orientarse según sus intereses. Con frecuencia, quizás como regla, no se trata de que la sentencia sea correcta o justa para las partes, sino ventajosa. Las otras formas pueden situarse, por lo que respecta a la extensión de las distintas limitaciones, entre estos dos extremos.

2. La tesis del caso especial

Anteriormente se estableció la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general[681]. Esto se fundamentaba: (1) en que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido, y (2) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección. Se trata de un caso especial, porque la discusión jurídica (3) tiene lugar bajo condiciones de limitación del tipo mencionado.

---

679 Sobre ello H. ROTTLEUTHNER, *Zur Snziologie richterlichen Handels II*, en: «Kritische Justiz», 4 (1971), pp. 81 y ss.

680 Cfr. sobre ello Fr. WIEACKER, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik,* en: *Hermeneurik und Dialektik. Festschr. für H. -G. Gadamer*, Tübingen, 1970, vol. 2. p. 329, y K. MAKKONEN, *Zur Problematik der juridischen Entscheidung,* Turku, 1965, p. 26.

681 *Supra*, pp. 42 y 47 y s.

La tesis del caso especial puede por ello ser atacada de tres maneras. Puede afirmarse que en las discusiones jurídicas: (1) no se trata de cuestiones prácticas, (2) no se suscita ninguna pretensión de corrección, o (3) se suscita ciertamente tal pretensión, pero las limitaciones vigentes en la discusión jurídica no justifica que se las designe como «discurso».

2.1. La más fácil de contrarrestar es la primera objeción. Es cierto que hay muchas discusiones que se refieren a cuestiones jurídicas y en las que no se trata de la fundamentación de enunciados normativos, sino del establecimiento de hechos. Aquí se incluyen no sólo investigaciones de historia del Derecho, de sociología jurídica y de teoría del Derecho, sino también descripciones del Derecho vigente y prognosis sobre la conducta futura de los jueces[682]. No se va a discutir aquí sobre si, y hasta qué punto, son posibles estas actividades sin entrar en cuestiones prácticas. Lo único importante es que, junto a estas actividades, existe la argumentación jurídica referida a la solución de cuestiones prácticas. Esta argumentación juega un papel central no sólo en la praxis, sino también en la ciencia jurídica[683]. De ello es de lo que aquí se trata.

---

682 Cfr. sobre ello la exposición sobre el concepto de dogmática jurídica *infra*, pp. 343 y ss.

683 En este lugar hay que señalar que el concepto amplio de ciencia jurídica usado aquí, que incluye la argumentación referida a la solución de cuestiones prácticas, expresa ciertamente lo que por tal entienden la mayor parte de los juristas que elaboran la dogmática, pero no es de ninguna manera evidente. Según KELSEN, por ejemplo, la ciencia jurídica tiene que limitarse al conocimiento y descripción de las normas jurídico-positivas (cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Wien, 1960, pp. 72 y ss.). La tarea de la ciencia jurídica es la «descripción avalorativa» del Derecho válido (*Ibid*., p. 84). KELSEN ve ciertamente que una norma jurídica nunca puede hacer posible para cada caso una decisión inequívoca, ya por el hecho de la vaguedad de las expresiones utilizadas para su formulación. Sin embargo, la tarea de la

2.2. La pretensión de corrección que se plantea en los discursos jurídicos se distingue claramente de la del discurso práctico general. No se pretende que el enunciado jurídico normativo afirmado, propuesto o dictado como sentencia sea sin más racional, sino sólo que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado. Qué significa esto exactamente es lo que hay que aclarar en el marco de una teoría del discurso jurídico.

Se puede aducir una serie de argumentos totalmente diversos en favor de la tesis de la pretensión de corrección. En primer lugar, puede comprobarse que en todas las formas de discurso jurídico se efectúan fundamentaciones. Pero quien fundamenta algo pretende que su fundamentación es acertada y, por ello, su afirmación correcta[684]. En el discurso jurídico, al igual que en el discurso práctico general, no resulta admisible afirmar algo y después negarse a fundamentarlo, sin indicar razones para ello. Con los enunciados jurídicos se plantea por tanto como con los enunciados normativos generales, una pretensión de corrección –que puede satisfacerse ciertamente de diferentes formas[685]. Esta pretensión de corrección no

---

ciencia jurídica debe limitarse, cuando se presentan casos dudosos, a la elaboración de los diversos significados posibles (*Ibid*, p. 353 y s.). La opción por una de las varias decisiones posibles debe quedar reservada a la «interpretación auténtica» del juez (*Ibid.,* pp. 242 y ss, 350 y s.), pues aquí se trata de un juicio de valor y no de una cuestión de verdad científica (*Ibid*., p. 353). La concepción de KELSEN se basa en la convicción de que los juicios de valor y de deber no son susceptibles de verdad o fundamentables racionalmente y, por ello, no pueden ser objeto de tratamiento científico. La tesis de esta investigación es que esto último no es acertado. En el caso, y sólo en el caso, de que esta tesis sea sostenible, está justificado utilizar el concepto amplio manejado arriba de ciencia jurídica.

684 Cfr. *supra*, pp. 193 y s. y 268 y s.

685 Cfr. sobre ello *supra* pp. 133 y ss., así como K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 276, quien refiriéndose a HARE y FRANKENA señala: «Pero

decae por el hecho de que quien fundamenta algo persigue únicamente sus intereses subjetivos. Aquí vale algo similar al caso de la promesa. El que yo, al hacer una promesa, tenga secretamente la intención de no cumplirla, no afecta a la obligación que surge objetivamente de la promesa.

La exigencia de fundamentación y la pretensión de corrección ligada a ella pueden fundamentarse además, al menos en lo que concierne a las decisiones judiciales, a través del Derecho positivo, Según el Derecho vigente en la actualidad en la República Federal de Alemania y quizás en la mayor parte de los Estados, los jueces están obligados a fundamentar sus decisiones[686]. Por ello, la decisión judicial, en virtud del Derecho positivo, cae bajo la pretensión de corrección. Otra fundamentación para ello la proporciona el art. 20, par. 3, de la Ley Fundamental que vincula a la jurisdicción a la «ley y al Derecho».

Cuestión distinta es la de si esta pretensión se plantea necesariamente con las decisiones judiciales. Así sería si el concepto de decisión judicial incluyera el concepto de pretensión de corrección. La respuesta a esta cuestión depende de cómo se defina el

---

si ya los juicios morales, según su sentido, plantean una pretensión de poder ser afirmados por cualquier persona juiciosa y de ser en este sentido 'válidos', entonces esto debe valer todavía más para los juicios de valor jurídicos.»

686 Cfr. por ejemplo § 30, parr. 1, BVerfGG; § 313, parr. 1 nr. 6, ZPO; §§ 267 y 275, parr. 1 StPO; § 117, parr. 2, nr.5, VwGO; §§ 60, parr. 2 y 75, parr. 2 y 96. parr. 2, ArbGG; así como J. BRÜGGEMANN, *Die richterliche Begründungspflicht*, Berlin, 1971, pp. 91 y ss. Sobre la limitación del deber de fundamentación judicial cfr. el § 313a ZPO, válido desde 1.7. 1977. Sus estrictos presupuestos, especialmente el requisito de la renuncia de las partes a una fundamentación, muestran sin embargo que el § 313a ZPO parte también de una obligación básica de fundamentación. Para su crítica cfr. H. PUTZO, *Die Vereinfachungsnovelle*, NJW, 1977, p. 5 y s.

concepto de decisión judicial. Hay buenas razones para definir este concepto en el marco de una teoría jurídica analítica, de manera que no abarque esta pretensión[687]. Por otro lado, hay que decir que un fallo judicial como «En nombre del pueblo, se condena al señor N a diez años de privación de libertad, aunque no hay para ello buenas razones» es defectuoso no sólo por razones morales. Su defecto se asemeja más bien al de una expresión como: «El gato está sobre el felpudo, pera yo no lo creo»[688]. Es en verdad posible que un fallo semejante, sobre todo si permanece como un caso aislado, se aplique de hecho y se acepte por los miembros de una comunidad jurídica. Pero esto no altera en nada sus defectos. Por tanto, hay razones para opinar que la falta de la pretensión de corrección de una decisión no la priva necesariamente de su carácter de decisión judicial válida, pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no sólo moralmente.

Otra cuestión completamente distinta es la de en qué medida la pretensión de corrección que se plantea con las decisiones y con las fundamentaciones jurídicas se toma realmente en serio y resulta satisfecha, y si, y en qué medida, depende de esta pretensión la aceptación de decisiones judiciales. Para contestar a esta pregunta serían necesarias amplias investigaciones de ciencias so-

---

687 Para esto pueden aducirse razones que, de manera muy general, hablan en favor de utilizar la expresión «norma jurídica» de manera que no incluya ninguna referencia a normas morales. Cfr. sobre esto H.L. A. HART, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, pp. 39 y ss. Sobre la tesis de que no existe ninguna conexión necesaria entre Derecho y capacidad de justificación cfr. también M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 168.

688 Sobre el carácter defectuoso de esta expresión cfr. J. L. AUSTIN, *How to do things Words*, pp. 48 y ss.; *Id., The Meaning of a Word,* en: Philosophical Papers, pp. 63 y ss.

ciales[689]. Tales investigaciones llevan, entre otras cosas, a una comprobación empírica de las opiniones de LUHMANN, quien afirma que la decisión y justificación jurídicas, así como también la aceptación de estas decisiones y fundamentaciones, sólo puede ser captada adecuadamente abandonando los conceptos tradicionales de racionalidad, verdad, corrección o justicia en favor de una teoría de sistemas funcional-estructuralista[690].

Aquí pueden darse sólo algunas razones en favor de la suposición de que las investigaciones empíricas mostrarían que la pretensión de corrección es constitutiva de la praxis de la fundamentación y decisión jurídicas, con lo cual la tesis de LUHMANN no se ajusta a la realidad.

En primer lugar, puede señalarse el hecho de que hay deliberaciones jurídicas en las que se discute larga e intensamente sobre la corrección de una decisión y que son también concebidas por los participantes como la búsqueda de una decisión correcta[691]. Por lo demás, hay razones para pensar que, por ejemplo, la discusión sobre una decisión en la literatura científico-jurídica o en la prensa puede ser perfectamente con-

---

689 Cfr. J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt a. M., 1972, p. 13: «La investigación concéntrica se necesita además en la cuestión, considerada por mí como central, de la necesidad de consenso sobre la legitimidad y adecuación jurídica de la decisión».

690 Cfr. N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, pp. 57 y ss.; *Id., Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart/ Berlin/ Köln/ Mainz, 1974, pp. 15 y ss.; *Id.*, *Rechtssoziologie*, vol. 2, Reinbek, 1972, pp. 259 y ss.

691 Cfr. sobre ello Fr. WIEACKER, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, p. 330: «De una forma completa en las deliberaciones objetivas de los órganos judiciales colegiados o en las disputas científicas entre juristas profesionales, el intercambio de argumentos se convierte en un medio de aproximación conjunta a una verdad práctica».

siderada como una disputa sobre la corrección de esa decisión. Puede ser además que los procedimientos judiciales tengan *también* la función de «aislar al afectado en cuanto fuente del problema y hacer al orden social independiente de su aceptación o rechazo»[692]. Pero la fundamentación judicial *puede* también cumplir otras funciones: «tratar a un ser racional racionalmente, es decir, como un ser racional, *explicándole* por medio de razones por qué se ha llegado a una decisión que afecta negativamente a sus intereses»[693]. El propio LUHMANN considera necesario «que los no participantes lleguen al convencimiento de que todo sucede con normalidad, de que la verdad y el Derecho se determinan con un esfuerzo serio, sincero y arduo y que también ellos, si se diera el caso, podrían hacer valer su derecho con ayuda de esta institución»[694]. Esto puede ser interpretado como una perífrasis de la pretensión de corrección.

Todo esto no es ninguna prueba; pero sin embargo es adecuado para fortalecer la suposición de que la referencia a la razón expresada en la pretensión de corrección todavía no ha sido «sobrepasada por la evolución» y que todavía no se ha impuesto un

---

692 N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, p. 121.

693 J. LADD, *The place of Practical Reason in Judicial Decision*, en: *Rational Decision*, «Nomos» vol. 7, ed. de C. J. Friedrich, New York 1964, p. 144; cfr. también Fr. MÜLLER, *Juristische Methodik*, p. 106, quien habla de que la fundamentación debe «convencer» a los afectados, así como K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 347 nota 83.

694 *Ibid.,* p. 123. Cfr. también R. ZIPPELIUS, quien expone la afirmación empírica de que una judicatura que no pueda basarse en razones que sean aceptadas tiene que «perder pronto el acuerdo general, el consenso global sobre el que quiere fundamentar LUHMANN la legitimidad del sistema» (R. ZIPPELIUS, *Legitimation durch Verfahren?* en: *Festchrift fÜr K.* LARENZ, München, 1973, p. 302).

«modo de socialización» «desvinculado de normas que necesitan justificación»[695].

2.3. Lo dicho hasta aquí no es todavía suficiente para fundamentar la tesis del caso especial. Se podría admitir que en las decisiones jurídicas contempladas aquí se trata de cuestiones prácticas y que en ellas se plantea la pretensión de corrección y que ésta tiene incluso importancia de hecho; pero igualmente, con la referencia a las limitaciones existentes en las discusiones jurídicas, se podría negar que éstas tengan algo que ver con las formas del discurso. Esto lleva a preguntarse si semejante objeción es atendible.

Lo más sencillo es contestar esta pregunta en relación con la forma más libre de discusión jurídica, los debates de la ciencia jurídica. Ciertamente aquí no se pretende que las proposiciones normativas a fundamentar encuentren el acuerdo de todos en una discusión sin limitaciones, pero sí que se pretende que todo el que orienta su comportamiento según el ordenamiento jurídico vigente debe estar de acuerdo con estas proposiciones[696]. Lo que se toma como referencia es este tipo de argumentación que tiene lugar bajo estas condiciones limitativas pero que, sin embargo, es una argumentación racional. Esta referencia a la argumentación racional no sólo justifica, sino que hace que parezca necesario hablar de discurso jurídico, en tanto no desaparezcan las condiciones limitativas[697].

---

695 Sobre este problema, cfr. J. HABERMAS, *Legitimationsprobleme im Säptkapitalismus*, pp. 130, 162 y ss.; cfr. además *supra*, p. 199 y s.

696 Por lo demás, esto es enteramente compatible con el hecho de que una proposición jurídica puede ser afirmada no como obligatoria, sino solamente como posible. En ese caso se requiere el acuerdo de que ella es posible.

697 A ello se añade que precisamente en los trabajos científico-jurídícos se introducen en amplia medida contraargumentos. La medida de la consideración

Por ello, en relación con las discusiones de la ciencia jurídica pueden aducirse buenas razones en favor de la tesis del caso especial. Mucho más problemático es si esto vale también para la argumentación que tiene lugar en los distintos tipos de proceso. En contra de ello estarían las limitaciones por medio de las reglas de los ordenamientos procesales, los límites de tiempo y la frecuente, si no regular, motivación real de los participantes que a menudo no tienen que ver con un juicio correcto o justo, sino con un juicio ventajoso para ellos, así como, por lo que se refiere al proceso penal, la distribución asimétrica de roles ya mencionada anteriormente. Por ello, HABERMAS interpreta el proceso no como discurso, sino como acción estratégica[698].

A primera vista, estas razones parecen ser incontrovertibles. Sin embargo, hay que considerar que aunque (por ejemplo, en el proceso civil) pueda ocurrir que las partes persigan su propio provecho, éstas no negocian sin embargo sobre esto, en la medida en que no pretenden llegar a un compromiso. La argumentación ante los tribunales se distingue básicamente de la que, por ejemplo, tiene lugar en las negociaciones de contratos. Las partes o sus abogados plantean con sus intervenciones una pretensión de corrección; aunque sólo persigan intereses subjetivos. Lo que

---

y ponderación de los contraargumentos se ve como un criterio para la calidad de las investigaciones y dictámenes de la ciencia jurídica. Los trabajos de la ciencia jurídica son en esa medida –como también muchas otras investigaciones científicas– una forma escrita de discurso interno. Sobre este concepto cfr. *supra*, p. 252.

698 J. HABERMAS, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?* en: J. HABERMAS/ N. LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?*, pp, 200 y ss. [HABERMAS, sin embargo, ha cambiado de opinión en su *Teoría de la acción comunicativa* (versión española de M. Jiménez, t. 1, Madrid, 1988. p. 60). *(N. T.)*.]

exponen como razones en favor de una determinada decisión podría, al menos en principio, estar incluido en un tratado de ciencia jurídica. No es infrecuente, sobre todo en procedimientos ante altos tribunales, que las fundamentaciones procedan de discusiones científicas. Además, los argumentos formulados ante el tribunal son recogidos frecuentemente en la fundamentación judicial; y resulta difícil poner en duda que ésta se sitúa bajo la pretensión de corrección.

Los distintos tipos de proceso no parecen por ello que se puedan calificar sin más ni como discurso, ni como acción estratégica. Esto lleva a suponer que la distinción es demasiado simple. La misma no hace justicia a una serie de fenómenos que no pueden ser claramente clasificados como lo uno o lo otro.

Esta especial situación intermedia del proceso excluye ciertamente que se lo pueda designar simplemente como discurso, pero significa por otro lado que el proceso no puede ser comprendido teóricamente sin referencia al concepto de discurso. Lo último se conecta sobre todo con la pretensión de las partes de argumentar racionalmente. Así, por ejemplo en el proceso civil, las partes no quieren por lo general convencerse unas a otras –esto ya se ha mostrado anteriormente como imposible– sino que pretenden, por así decirlo, que toda persona racional deba estar de acuerdo con ellas. Pretenden al menos que sus argumentos son de tal naturaleza que encontrarían acuerdo bajo condiciones ideales. Por tanto, la teoría del discurso no resulta sólo adecuada, sino incluso necesaria para la comprensión teórica de la argumentación.

Con ello resulta claro que la teoría del discurso racional, como teoría de la argumentación jurídica, no presupone que todas las disputas jurídicas deban verse como discursos en el sentido de una comunicación sin coacción y sin restricciones, sino solamente que en las disputas jurídicas las discusiones tienen lugar

bajo la pretensión de corrección y, por ello, teniendo como referencia condiciones ideales[699].

3. Paso a la teoría de la argumentación jurídica

El núcleo de la tesis del caso especial consiste por ello en sostener que la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico; pero esta pretensión, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas. ¿Pero qué es una fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente?

Para contestar a esta pregunta, en lo que sigue se trazarán los rasgos fundamentales de una teoría de la argumentación jurídica. Para ello puede recurrirse en una medida considerable a los resultados alcanzados hasta ahora.

---

699 Una cuestión que hay que separar de ésta es la de si pueden considerarse racionales las actuales estructuras de las distintas formas de proceso. A ello no puede contestarse negativamente, sencillamente con la indicación de que la libertad de quienes discuten está limitada. Lo decisivo es más bien si, vistas las necesidades de decisión existentes, las limitaciones normativizadas a través de las reglas del proceso ofrecen una suficiente oportunidad para alcanzar el resultado que también se alcanzaría bajo condiciones ideales (cfr. *supra*. p. 271 y s.). En favor de la actual estructura habla por ejemplo el hecho de que al argumentar los participantes unos contra otros, el juez queda vinculado en una forma particularmente fuerte por las razones en favor y en contra de una determinada decisión (cfr. sobre ello M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 147). ROTTLEULHNER, por ejemplo, (*Zur Snziologie rechterlichen Handels, II*, pp. 83 y ss.) ha expuesto razones en contra de la racionalidad del actual proceso penal, e indica las distorsiones para la comunicación allí existentes. Sólo por medio de amplias investigaciones empíricas podría descubrirse qué estructuras de los distintos tipos de procesos cumplen en forma óptima los criterios antes indicados.

II. RASGOS FUNDAMENTALES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En los discursos jurídicos se trata de la justificación[700] de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas. Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la *justificación interna* (internal justification) y la *justificación externa* (external justification)[701]. En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación[702]; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas[703].

1. La justificación interna

Los problemas ligados con la justificación interna han sido ampliamente discutidos bajo el rótulo de «silogismo jurídico». Ahora existe una serie de publicaciones en las que se trata este círculo de problemas aplicando los métodos de la lógica moderna[704].

---

700 En lugar de «Justificación» [RECHTSFERTIGUNG] aquí cabría hablar también de «fundamentación» [BEGRÜNDUNG). Sobre el carácter ampliamente intercambiable de estos conceptos cfr. *supra*, p. 64.

701 Sobre estos conceptos cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, en: «Rechtstheorie» 5 (1974), pp. 39 y ss.: *Id., Legal Decisión and its Justification*, en: *Le raisonnement Juridique.* Actas del Congreso mundial de filosofía jurídica y social. Bruselas. 1971, ed. de H. Hubien, Bruselas, 1971, pp. 412 y ss.

702 Cfr. *Id., Legal Decision and its Justification*, p. 412: «Internal justification deals with the validity of inferences from given premisses to legal decision taken as their conclusion.»

703 *Ibid.,* p. 412: «External justification of legal decision tests not only the validity of inference, but also the soundness of premisses.»

704 Cfr. por ejemplo U. KLUG, *Juristische Logik*, 3.ª ed. Berlin/ Heidelberg/ New York, 1966, pp. 47 y ss.; G. RÖDIG, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnis-*

La forma más simple de justificación interna tiene la siguiente estructura:

(J.1.1) · (1) (x) (x → ORx)
· (2) Ta
(3) ORa (1), (2)[705]

«x» es una variable de individuo en el dominio de las personas naturales y jurídicas, «a» una constante de individuo, por ejemplo un nombre propio, «T» un predicado tan complejo como se quiera que representa el supuesto de hecho de la norma (1) en cuanto propiedad de personas, y «R» un predicado, igualmente tan complejo como se quiera, que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma.

Hay cuestiones jurídicas en las que es suficiente una justificación de la forma (J.1.1). Un ejemplo de ello sería:

· (1) El soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio (§ 13, ap. 1 de la Ley del soldado).
· (2) El señor M es un soldado.
(3) El señor M debe decir la verdad en asuntos del servicio. (1) (2).

---

verfahrens, Berlin/Heidelberg/New York, 1973, pp. 163 V ss.; J. WRÓBLEWSKI, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, pp. 33 y ss.: R. SCHREIBER, *Logik des Rechts*, Berlin/Göttingen/Heidelberg, 1962, pp. 24 y ss.; para el análisis del silogismo jurídico con los medios de la lógica tradicional cfr. sobre todo K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2.ª ed., Heidelberg, 1960.

705 Sobre los problemas ligados con este esquema de deducción así como sobre la explicación de los símbolos cfr. *supra*, pp. 109 y ss. Para un esquema de deducción de este tipo en cuanto forma básica de la inferencia jurídica» cfr. U KLUG, *Juristische Logik*, pp. 52 y ss.

(J.1.1) satisface la justificación mediante reglas universales[706] requerida por el principio de universalidad (1.3'). El principio de universalidad sirve de base al principio de justicia formal. El principio de justicia formal exige «observar una regla que formula la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría»[707]. Para observar una regla en una fundamentación jurídica se exige que, como en (J.1.1), la decisión jurídica se siga lógicamente de esta regla. En otro caso, si bien se podría ciertamente aducir una regla en el curso de la fundamentación, se podría sin embargo afirmar cualquier conclusión. Por ello, pueden formularse, como concreción del principio de universalidad, las siguientes reglas de la justificación 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.

(J.2.1) y (J.2.2), justamente como el principio de universalidad, no deben ser sobrevaloradas. No establecen cómo deba ser la norma universal y tampoco excluyen que la norma universal sea cambiada, por ejemplo, mediante la introducción de una cláusula de excepción. Sin embargo, esta cláusula de excepción tiene de nuevo que valer universalmente.

Es de gran importancia que (J.2.1) y (J.2.2) valgan tanto en los casos en los que puede utilizarse para la fundamentación una norma del Derecho positivo, como también en los casos en que no haya una tal norma de Derecho positivo. Si

706 Cfr. sobre ello *supra*, p. 109 y s.

707 Ch. Perelman, *Eine Studie über Gerechtigkeit*, p. 58.

no se puede extraer ninguna regla de la ley, entonces hay que construirla[708].

El esquema de fundamentación (J.1.1) es insuficiente en todos los casos complicados. Tales casos complicados se presentan, por ejemplo: (1) cuando una norma, como por ejemplo el § 823 ap. 1 del BGB, contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho, (2) cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas[709], (3) cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas[710], o (4) cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones.

---

708 Por ello (J.2.1) Y (J.2.2) sirven para asegurar lo que LUHMANN llama «praxis de decisión universalista» (N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 29). La universabilidad es vista por WIEACKER como característica necesaria de la decisión jurídica. Cfr. Fr. WIEACKER, *Über strengere und unstrengere Verfahren der Rechtsfindung*, pp. 440 y ss.; *Id., Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtsfindung,* pp. 411 y ss. WIEACKER proporciona aquí no sólo argumentos conceptuales (analíticos) sino también una fundamentación de Derecho positivo: Puesto que las fundamentaciones exigidas por las leyes procesales, por ejemplo por el § 312 parr. 1 Nr. 4 ZPO, «son comprobables por los jueces de instancia, deben ser intelectualmente objetivadas (en este sentido: racionales); y como son comprobadas por los tribunales de apelación por '*infracciones de ley*' (cfr. §549 ZPO) y por 'no aplicación o no correcta aplicación de la *ley*' (cfr. §550 ZPO), deben permitir que se reconozca como razón para la determinación de una regla *general* (ley o principio jurídico; art. 2 EGBGB; art. 20 GG)» (*Ibid., Über strengere und unstrengere Verfahren der Rechtsfindung*, p. 442). Cfr. además H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed. p. 250: «Sólo en cuanto aplicación de una tal norma general no positiva es justificable jurídicamente la norma individual establecida judicialmente.»

709 Sobre estos conceptos cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª ed., pp. 239 y ss. Tales reglas aclarativas, limitativas o extensivas pueden a su vez tomarse de la ley o formularse por los aplicadores del Derecho.

710 Cfr. sobre ello J. WRÓBLEWSKI. *Legal Syllogism and Rationality, of Judicial Decision*, pp. 43 y ss.

Un ejemplo sencillo puede aclarar esto. Es un hecho que «a» ha matado a su mujer mientras esta dormía y que no existe ni circunstancias ni razones especiales que justifiquen este hecho o que excluyan o disminuyan la culpa. El juez tiene que probar –justamente como el científico del Derecho que discute el caso– si es de aplicación la norma expresada en el § 211 ap. 1 del StGB («El asesino será castigado con la pena de cadena perpetua»)[711]. Esta norma puede formularse en la siguiente forma lógica[712]:

(1) (x) (Tx → ORx)

T está definido en el § 211 ap. 2 por medio de nueve características ($M - M^1_9$)[713]. El § 211 ap. 2 puede ser reducido a la siguiente forma:

(2) (x) ($M^1_1 x \vee M^1_2 x \vee \ldots M^1_9 x \leftrightarrow Tx$).

De (1) y (2) se sigue:

(3) (x) ($M^1_1 x \vee M^1_2 x \vee \ldots M^1_9 x \leftrightarrow ORx$).

---

711 Sobre la posibilidad de expresar normas, como sucede en el código penal, mediante enunciados en indicativo, cfr. G. H. v. WRIGHT, *Norm and Action* p. 101 y s.

712 Hay que destacar que son posibles muchas otras formalizaciones del § 211 parr. 1 St.GB. Así, se podría entender como una norma sobre la aplicación de las sanciones dirigida a los jueces, y establecer que el juez es considerado como destinatario de la norma en el campo de los operadores deónticos. Cfr. sobre ello K. MAKKONEN, *Zur Problematik der juridischen Enrscheidung*, Turku, 1965, pp. 27 y ss., así como. H. H. KEUTH, *Zur Logik der Normen*, BERLIN, 1972, pp. 25 y ss.). Aquí no es necesario decidir qué formalización sea la mejor. La mencionada en el texto no es imposible: «... será castigado con la pena de privación perpetua de libertad» puede considerarse como predicado, y ello es suficiente para los objetivos de esta investigación.

713 El índice «1» en «M^1_9» significa que aquí se trata de una característica del primer nivel del desarrollo; el índice «9», que «M» es la novena de varias características.

(3) dice que si se da al menos una de las propiedades, se produce la consecuencia jurídica ORx. «M^1_5» significa «... ha matado a un hombre con alevosía». De (3) se sigue ahora

(4) (x) ($M^1_5 x \leftrightarrow$ ORx).

Según la definición usada por los tribunales, mata alevosamente quien «se aprovecha conscientemente de la buena fe e indefensión de su víctima para matarla» (M^2_5)[714].

Por tanto vale:

(5) (x) ($M^2_5 x \leftrightarrow M^1_5$).

«M^2_5» por su lado se da si el autor mata a alguien que no espera ser atacado y que sólo tiene una reducida posibilidad de defenderse del ataque (M^3_5)[715].

Por tanto vale:

(6) (x) ($M^3_5 x \leftrightarrow M^2_5 x$).

Resulta ahora obvio que alguien que mata a una persona dormida, sin que existan especiales circunstancias, como medidas de seguridad de la víctima (S), debe considerarse como alguien que cumple «M^3_5» y, por tanto, hay que aceptar

(7) (x) ($Sx \rightarrow M^3_5 x$)[716].

Establecido como presupuesto

(8) Sa

De (1)-(8) se sigue

(9) ORa.

---

714 BGHSt 23,119 (120); en forma semejante BGHSt 9,385 (390); 11,139 (143).

715 BGHSt 23,119 (120); cfr. además A. SCHÖNKE/ H. Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, I8.ª ed. München 1976, § 211 subs. 13 a.

716 BGHSt 23,119 (120).

Aquí no está en juego la corrección de las premisas utilizadas para la fundamentación de (9). Esto es objeto de la justificación externa. En este contexto sólo es importante la comprensión de la estructura de la justificación interna que permite este ejemplo.

Y lo más importante que permite ver es que con ayuda de cada una de las premisas (2), (5), (6) y (7) que sirven para el desarrollo de la norma a aplicar (1), se puede obtener una norma cada vez más concreta. La cadena de las normas cada vez más concretas puede especificarse de la siguiente manera:

(3) $(x)\ (M^1_1 x \vee M^1_2 x \vee \ldots M^1_9 x \leftrightarrow ORx)$ (de [1] y [21])

(4) $(x)\ (M^1_5 x \rightarrow ORx)$ (de [3])

(5') $(x)\ (M^2_5 x \rightarrow ORx)$ (de [3] y [5])

(6) $(x)\ (M^3_5 x \rightarrow ORx)$ (de [5'] y [6])

(7) $(x)\ (Sx \rightarrow ORx)$ (de [6] y [7])

Cada una de estas normas, junto con las condiciones dadas en el antecedente, es suficiente para fundamentar la decisión jurídica en cuestión. Esto muestra la relevancia normativa de las premisas (2), (5), (6) y (2). Estas premisas pueden entenderse como reglas para el uso de las expresiones utilizadas en los anteriores pasos de la fundamentación. Sin proceder a ulteriores diferenciaciones, pueden denominarse «reglas de uso de las palabras». Tales reglas de uso de las palabras pueden tener, como lo muestra el ejemplo, una forma fuerte $(x)\ (Fx \leftrightarrow Gx)$ y una forma débil $(x)\ (Fx \rightarrow Gx)$. Las premisas de forma fuerte pueden ser sustituidas, en la fundamentación, por las de forma débil. Por ello, la forma débil puede verse como forma standard.

Si no es seguro si a es un T al que por tanto no le es aplicable sin más la forma más simple de justificación interna antes indicada (J.1.1), entonces hay que aducir al menos reglas de la forma standard para el uso de T. Sin tales reglas sería posible tratar a dos individuos a y b, iguales en todos los aspectos relevantes, una vez como T y otra vez como no T. Esto contradice el principio de universabilidad. La exigencia de aducir reglas de uso de las palabras puede fundamentarse, por tanto, a través del principio de universabilidad. Dicha exigencia no vale sólo para el caso en que es dudoso si a es un T, sino también para los casos en que se plantean dudas en otros niveles de fundamentación. Rige en consecuencia la regla siguiente, la tercera de justificación interna:

(J.2.3) Siempre que exista duda sobre si a es un T o un M^i, hay que aducir una regla que decida la cuestión[717].

(J.2.3) proporciona, junto con (J.2.2), la siguiente forma de justificación interna que es, al mismo tiempo, rudimentaria y general:

717 Para una exigencia que se corresponde con (J.2.3) cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Reschtswissenschaft*, p. 300: «Incluso si el juez tiene que interpretar de nuevo una determinada expresión o un determinado enunciado jurídico en el caso a decidir por él, puede hacerlo no sólo precisamente para este caso, sino de tal manera que su interpretación pueda mantenerse también para todos los otros casos semejantes. Contradiría a la exigencia de justicia de tratar igual a los casos iguales, así como también a la seguridad jurídica procurada por la ley, si los jueces interpretaran las mismas disposiciones en casos semejantes, ahora de una manera, ahora de otra.

(J.1.2) · (1) (x) (Tx → ORx)
· (2) (x) (M^1x → Tx)
· (3) (x) (M^2x → (M^1x)
.
.
.
· (4) (x) (Sx — M^n x)
· (5) Sa
(6) Ora (1)-(5)[718]

(J.1.2) es rudimentaria porque no tiene en cuenta la posibilidad de estructuras más complicadas de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas. (J.1.2) es general porque aclara la estructura lógica de cada desarrollo de una específica característica siguiendo la descripción de los hechos (Sa)[719].

718 El esquema (J.1.2) muestra con claridad que la cuestión de si la interpretación depende de la obtención de la premisa mayor o menor puede tratarse como un problema terminológico. A partir de (2)-(5) en (J.1.2) se sigue «Ta» (5'). A partir de (1) y (5') se sigue (6). Ahora podría considerarse a (1) como premisa mayor, a (5') como premisa menor y a (2)-(5) como la fundamentación de la premisa menor. Una alternativa a ello consistiría en considerar como premisa mayor a la norma «(x) (Sx → ORx)» (4') que se obtiene a partir de (1)-(4), como premisa menor a (5), y como fundamentación de la premisa mayor a (1)-(4). (4') sería algo así como la norma de decisión de EHRLICH (cfr. E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München/Leipzig, 1913, pp. 104 y ss.). Entre estas posibilidades, un número creciente de pasos de desarrollo da lugar a un número creciente de nuevas soluciones.

719 En (J.1.2) se trata de la fundamentación de una obligación. (J.1.2) se podría entender fácilmente de forma totalmente general, de manera que pudiera sustituirse el operador deóntico «O» por una variable de operadores deónticos. De esta manera (J.1.2) representaría también la forma lógica de fundamentación de prohibiciones y permisos. Aquí no se usa tal variable únicamente por razones de simplificación.

Surge ahora la pregunta de cuántos pasos de desarrollo son necesarios. Para esto se pueden formular dos reglas:

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

En este caso, M^n se convierte en S^{720}. Muy pocos y muy amplios pasos de desarrollo pueden hacer resaltar sólo oscuramente el contenido normativo de estos pasos. Por un lado, son fácilmente atacables; por otro lado, tales ataques serán con frecuencia no específicos. Efectuar muchos pasos es en verdad engorroso, pero arroja claridad. Tiene por tanto pleno sentido exigir:

(J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

Las reglas y formas descubiertas hasta ahora se refieren a la estructura formal de la fundamentación jurídica. El punto decisivo es el de la seguridad de la universabilidad. Pueden designarse por ello como «reglas y formas de la justicia formal».

Las anteriores observaciones pueden dar lugar a algunos malentendidos. El malentendido más grave sería interpretar la exigencia de deducibilidad lógica expresada a través de (J.2.2), de manera que la fundamentación jurídica consista sólo en la deducción a partir de las normas previamente dadas. El ejemplo indicado muestra que lo que se afirma no es esto. Muestra claramente que en los casos más complicados se necesita, para la fundamentación de las decisiones jurídicas, una serie de premisas como (5), (6) y (7) que no pueden ser deducidas de ninguna ley. En muchos casos, la norma con que se comienza no es ni siquiera una norma de Derecho positivo. La exigencia de la deducción lleva precisamente a lo contrario del encubrimiento de la parte creativa de la

720 Cfr. sobre ello. J. RÖDIG, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahren*, p. 183.

aplicación del Derecho: las premisas no extraídas del Derecho positivo aparecen claramente en toda su extensión. Este es quizás el aspecto más importante de la exigencia de justificación interna. El justificar estas premisas no extraídas directamente del Derecho positivo es tarea de la justificación externa.

Otra equivocación sería pensar que el modelo antes establecido no toma suficientemente en consideración la interrelación entre hecho y norma. Parte demasiado unilateralmente de la norma a desarrollar y por ello no hace justicia a la exigencia del «ir y volver de la mirada»[721].

Tampoco esto parece acertado. Para fundamentar las reglas necesarias para cada particular nivel de desarrollo, es necesario entrar en profundidad tanto en las especificidades de los hechos como en las particularidades de la norma. Esto ocurre en la justificación externa, en la que son posibles todos los argumentos admisibles en el discurso jurídico. Las reglas expuestas de la fundamentación interna que tienden un puente sobre el abismo existente entre la norma y la descripción del hecho pueden, si así se desea, ser vistas como el resultado del proceso caracterizado con la metáfora del ir y volver de la mirada.

---

721 Este concepto fue introducido por ENGISCH en la discusión del método jurídico con una observación más bien casual (cfr. K. ENGISCH *Logische Studien zur Gesetzesanwen-dung*, p. 15, así como su aclaración en: *Id., Einführung in das juristiche Denken*, p. 203 [nota 361], p. 206 [nota 54]). Fue acogida en particular por la hermenéutica jurídica (cfr. sobre ello K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* pp. 183 y ss., 263 y ss.). Juega también un papel relevante en el modelo de KRIELE de decisión jurídica (cfr. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 197 y ss.). ESSER observa críticamente que con esta fórmula no se ha ganado aún mucho. Para que el camino de ida y vuelta no se convierta en un «camino sin fin» son necesarios criterios «que permitan encarrilarse en favor de una determinada subsunción» (J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 79). Señalar tales criterios es tarea de la teoría de la justificación externa.

Con ello resulta al mismo tiempo claro que las formas de la justificación interna no pretenden reproducir el curso de las deliberaciones efectuadas de hecho por los órganos decisorios. Hay que distinguir claramente entre el proceso de descubrimiento (*process of discovery*) y el proceso de justificación (*process of justification*)[722]. Como descripción del proceso de descubrimiento puede valer el modelo elaborado por KRIELE de hallazgo y comprobación de hipótesis de normas[723]. Aquí sólo interesa que las deliberaciones del decisor o de los decisores deben llevar a una justificación que se corresponda con las formas señaladas. Por ello, claro está, las exigencias del proceso de justificación repercuten en el proceso de descubrimiento.

Es muy fácil además sobrevalorar o infravalorar el significado de las formas y reglas de la justificación interna.

ENGISCH indica con razón que «extraer una conclusión como tal... (supone) un esfuerzo mínimo; la principal dificultad estriba en hallar las premisas»[724]. Sin embargo, la exigencia de justificación interna no carece de sentido. En la justificación interna debe quedar claro qué premisas hay que justificar externamente. Presupuestos que de otra manera quedarían escondidos, deben ser formulados explícitamente[725]. Esto aumenta

722 Cfr. sobre ello R. A. WASSERSTROM, *The Judicial Decision*, Stanford, 1961, p. 27.

723 Cfr. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 197 y ss.

724 K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gestzesanwendung*, p. 13; de manera semejante KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 51; J. WRÓBLEWSKI, *Legal Syllogism and Rationaliy of Judicial Decision*. p. 43.

725 Cfr. sobre ello J. RÖDIG, *Über die Notwendigkeit einer besonderen Logik der Normen*, p. 178; *Id., Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, p. 151. Cfr. además U. DIEDERISCHSEN, *Die «reductio ad absurdum» in der Jurispru-*

la posibilidad de reconocer y criticar errores[726]. El aducir reglas universales facilita la consistencia de la decisión y contribuye, por ello, a la justicia y a la seguridad jurídica.

(J.1.1) y (J.1.2), así como (J.2.1)-(J.2.5), aseguran por ello sin duda una cierta medida de racionalidad. La racionalidad que garantizan es ciertamente relativa a la racionalidad de las premisas. El juicio sobre la racionalidad de una decisión pertenece, pues, al campo de la justificación externa. De ello hay que tratar ahora.

2. La justificación externa

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Se puede distinguir: (1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo.

Estos distintos tipos de premisas se corresponden con distintos métodos de fundamentación. La fundamentación de una regla en tanto regla de Derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. En la fundamentación de premisas empíricas puede recurrirse a una escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de las ciencias empíricas, pasando por las máximas de la presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso.

---

denz, en: *Festschrift K. Larenz*, München, 1973, p. 156: «Puesto que el jurista... también está vinculado por las leyes fundamentales del pensamiento, la parte valorativa de la decisión de un problema jurídico, por la que él debe asumir la responsabilidad con su fundamentación, sólo resulta clara del todo si se tienen presente previamente las estructuras... de validez general de la fundamentación de la decisión

726 Cfr. R. A. Waserstrom, *The Judicial Decision*, p. 173.

Finalmente, para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo sirve lo que puede designarse como «argumentación jurídica».

En particular, existen múltiples relaciones entre estos tres procedimientos de fundamentación. Así, en la fundamentación de las premisas que no tienen un carácter jurídico-positivo ni empírico juegan un papel considerable las reglas del Derecho positivo y los enunciados empíricos. En la fundamentación de una norma según los criterios de validez de un ordenamiento jurídico puede ser necesario interpretar las reglas que definen los criterios de validez. Esto tiene especial importancia si entre los criterios de validez se encuentran límites constitucionales; por ejemplo, un catálogo de derechos fundamentales[727]. La argumentación jurídica puede ser de una importancia decisiva no sólo en la interpretación de una norma válida, sino también en el establecimiento de la validez de esa norma. Finalmente, esto vale también para el establecimiento de hechos empíricos. Así, de la interpretación de una regla de la carga de la prueba puede depender qué sea lo que se considere como hecho en la fundamentación. Precisamente, estas variadas interrelaciones hacen necesario, si uno no quiere confundirlo todo, distinguir cuidadosamente los tres métodos de fundamentación mencionados. Sólo así pueden analizarse sus interconexiones.

En la exposición que sigue se resaltará la fundamentación de las premisas que no son ni reglas de Derecho positivo, ni enunciados empíricos. Cuando en lo que sigue se hable de «justificación externa» hay por ello que referirlo a la justificación de estas premisas.

---

727 Cfr. sobre ello H. L. A. HART, *The Concept of Law*, p, 102 y s.

2.1. *Los seis grupos de reglas y formas de justificación externa*

Las formas de argumentos[728] y las reglas de justificación externa pueden clasificarse grosso modo en seis grupos: reglas y formas (1) de interpretación, (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general y (5) de la argumentación empírica[729], así como (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos[730]. Si uno quisiera designar estos grupos con una sola palabra, podría elegir las palabras: (1) ley. (2) dogmática, (3) precedente, (4) razón, (5) empirie y (6) formas especiales de argumentos jurídicos.

Tarea de una teoría de la justificación externa es, en primer lugar, el análisis lógico de las formas de argumentación que se reúnen en estos grupos. El principal resultado de este análisis es la comprensión de la necesidad y posibilidad de su vinculación. La investigación de las interconexiones entre argumentos de distintas formas debe aclarar ante todo el papel de la argumentación empírica y de la argumentación práctica general en el discurso jurídico.

---

728 Sobre el concepto de forma de argumento cfr. *supra*, pp. 142 y s.

729 La argumentación empírica sirve tanto directamente para la justificación de los enunciados empíricos que se emplean en la justificación interna, como también para la justificación de los enunciados empíricos que se emplean en la justificación externa de enunciados no empíricos.

730 Para la clasificación de las reglas y formas de la justificación externa cfr. Fr. MÜLLER, quien distingue los seis grupos siguientes de «elementos de concreción»: (1) elementos metodológicos, (2) elementos del campo normativo, (3) elementos dogmáticos. (4) elementos de teoría, (5) elementos de técnicas de solución de problemas y (6) elementos de política constitucional y jurídica (Fr. MÜLLER, *Juristische Methodik*, pp. 266, 146 y ss.).

2.2. Sobre la argumentación empírica

La argumentación empírica en sí misma no puede examinarse aquí en detalle. Sólo puede señalarse su relevancia, que consiste en que casi todas las formas de argumentación jurídica –al igual que casi todas las formas de argumentación práctica general– incluyen enunciados empíricos. Aquí hay que tomar en consideración enunciados de tipos completamente distintos. Así, algunas formas de argumentación presuponen enunciados sobre hechos singulares, sobre acciones concretas, motivos de los actores, sucesos o estados de cosas. En otros se requieren enunciados sobre regularidades de las ciencias naturales o de las ciencias sociales. Además, se puede distinguir entre enunciados sobre acciones, sucesos o estados de cosas pasados, presentes y futuros. Estos enunciados pueden corresponder de nuevo a diversos campos científicos, como la economía, la sociología, la psicología, la medicina, la lingüística, etc.[731].

De ello resulta claramente que una teoría que tenga en cuenta consecuentemente la argumentación empírica necesaria en las fundamentaciones jurídicas tendría que ocuparse de casi todos los problemas del conocimiento empírico[732]. A ello se añaden los problemas de la inclusión del conocimiento empírico en la

---

731 Para un análisis de los enunciados empíricos usados por el Tribunal Constitucional Federal cfr. K. J. PHILIPPI, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgrichts,* Köln/ -Berlin/Bonn/München, 1971. Para los distintos tipos de conocimientos necesarios en la argumentación jurídica cfr. además Chr. STARCK, *Emprie in der Rechtsdogmatik*, en: «J7» 1972, p. 614. Sobre la importancia del conocimiento científico-social sólo se citará, de entre la amplia literatura existente, K. D. OPP, *Soziologie im Recht,* Reinbek, 1973, pp. 79 y ss., y W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, Frankfurt a. M., 1972, pp. 34 y ss.

732 En este lugar habría que referirse a toda la teoría de la ciencia, así como a toda la literatura psicológica y sociológica que se ocupa del proceso de conocimiento.

argumentación jurídica, que sólo pueden resolverse mediante una cooperación interdisciplinaria[733].

En la teoría del discurso práctico general se toma en cuenta la importancia del conocimiento empírico por medio de la regla de transición (6.1): «Cualquier hablante puede en cualquier momento pasar a un discurso teórico (empírico).» Esta regla rige también en el discurso jurídico. Al igual que en el discurso práctico general, también aquí queda abierta la cuestión de cómo hay que proceder en el discurso empírico.

Tanto en el discurso práctico general como en el discurso jurídico surge el problema de que frecuentemente el conocimiento empírico necesario no puede obtenerse con la certeza deseable. En esta situación se necesitan reglas de la presunción racional. Al mismo tiempo, la relevancia del conocimiento empírico para las argumentaciones jurídicas difícilmente puede ser sobrevalorada[734]. En numerosas disputas jurídicas la apreciación de los hechos juega el papel decisivo. Si hay acuerdo sobre los enunciados normativos que hay que aceptar, la decisión depende únicamente de qué hechos hay que tomar como base.

Ciertamente, sería equivocado pensar que se puede reducir el discurso jurídico a un discurso empírico. Esto es tan poco posible en el caso del discurso jurídico como en el caso del discurso práctico general. Las razones que se exponen para ello en la teoría del discurso práctico general valen también para el discurso jurídico.

Aunque en las consideraciones que siguen se pondrá también siempre de manifiesto la relevancia de los argumentos

---

733 La capacidad de cooperación interdisciplinaria presupone desde luego una adecuada formación. Sobre esto cfr. por todos K. D. Opp, *Ibid.,* pp. 219 y ss.

734 Sobre ello cfr. por ejemplo R. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, pp. 205 y.ss.

empíricos, sin embargo, el punto esencial reside en la relación de las formas de argumentación práctica general y las formas de argumentación jurídica. Se procurará analizar la interrelación de las distintas formas de argumentación desde esta perspectiva.

2.3. Los cánones de la interpretación

Los cánones de la interpretación han sido, desde SAVIGNY[735], objeto de muchas discusiones. Hasta hoy no hay acuerdo en cuanto a su número, su formulación precisa, su jerarquía y su valor. Tiene poco sentido tomar postura en esta disputa sin saber 1o que son estos cánones. Por ello, hay que tratar en primer lugar de su estructura lógica.

Es conveniente discutir la estructura lógica de los cánones mediante un modelo lo más sencillo posible de justificación interna. En lo que sigue se utilizará la expresión abreviada de (J.1.2.)

(J.1.2) · (1) (Tx → ORx) (R)
· (2) (Mx → Tx) (W)
· (3) Ma
(4) ORa (1)-(2)

A partir de (1), la norma R, y de (2), la regla de uso de las palabras, W, se sigue la norma concreta R'

(2') (x) (M x → ORx)

R' puede designarse como «Interpretación de R a través de W» (I_W^R). Una de las tareas más importantes de los cánones consiste en la fundamentación de tales interpretaciones. Sin embargo, su función no se agota aquí. Se pueden utilizar también directa-

735 Fr. C. V. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 1, Berlin, 1840. pp. 212 y ss.

mente en la fundamentación de normas no positivas, así como en la fundamentación de muchos otros enunciados jurídicos.

La discusión sobre los cánones que sigue no tiene la finalidad de suministrar un análisis ni completo ni detallado de las formas de argumentación que se sintetizan tradicionalmente con los argumentos interpretativos. Su sentido consiste simplemente en aclarar la función de estas formas de argumentación en el discurso jurídico. A tal efecto, es suficiente con destacar algunas características típicas de algunas formas. Para ello, los cánones pueden agruparse en seis grupos: los de la interpretación semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica[736]. Se mostrará que estos grupos constituyen clases bastante distintas de formas de argumentos.

2.3.1. *Sobre las formas concretas de argumentos*

(1) Puede hablarse de *argumento semántico* cuando se justifica, se critica o se afirma como posible, con referencia al viso del lenguaje, una interpretación R' de R. La regla W debe entenderse aquí como una *especificación* del lenguaje natural o de un lenguaje técnico, en particular el de la Jurisprudencia. Si W supone una *determinación*[737] de la decisión en relación con uno de estos lenguajes, entonces no existe ningún argumento semántico, pues tal determinación no puede justificarse por referencia a un uso existente. Para esto se necesitan otros argumentos adicionales.

Los argumentos semánticos pueden usarse para justificar, criticar o mostrar que una interpretación es admisible, al menos semánticamente. De acuerdo con ello, se pueden distinguir tres formas de argumentos:

736 Para otras clasificaciones cfr, *supra*, pp. 27 y s.

737 Sobre los conceptos de especificación [*Festsellung*] y determinación [*Festsetzung*] de un lenguaje cfr. E. V. Savigny, *Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren*, München, 1970, p. 22.

(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.

El uso de argumentos de esta forma implica la afirmación de la validez o de la no validez de W_1 y/o W_k. Aquí no hay que discutir sobre cómo pueda fundamentarse la afirmación de que una regla semántica tiene o no validez. Pueden imaginarse tantas formas distintas, como distintas sean las invocaciones del hablante a su competencia lingüística, la investigación empírica y la referencia a la autoridad de diccionarios.

Los argumentos de la forma (J.3.1) y (J.3.2) son definitivos si, sobre la base de una regla semántica, se establece que a cae bajo la norma R o bien que no es este el caso. El argumento semántico es suficiente aquí para la fundamentación de una decisión por medio de R[738]. La situación es bastante distinta en el caso de aplicabilidad de (J.3.3). Aquí, la interpretación semántica lleva al resultado de que, sólo con medios semánticos, no se puede

738 Argumentos de la forma (J.3.1) y (J.3.2) sustentan la fundamentación de una decisión sólo relativamente a una norma R (aquí: R_1). Sí no se quiere aceptar este resultado fundamentado por medio de argumentos semánticos de las formas indicadas, es posible modificar R_1. En caso de aplicabilidad indeseada de R_1, esto puede tener lugar limitando R_1 ((x) [$T_1x \rightarrow ORx$]), con ayuda de una característica F adecuada para a, a R_2 ((x) [$T_1x \wedge \neg Fx \rightarrow ORx$]) (reducción teleológica). En caso de inaplicabilidad indeseada de R1 es posible, por ejemplo por medio de la forma de argumento por analogía, fundamentar una norma N_3 ((x) [$T_2x \rightarrow ORx$]) en la que a cae bajo T_2 en forma diferente que bajo T_3. Se puede establecer

alcanzar ninguna decisión[739]. Sólo se puede determinar que T es vago y que a cae dentro del campo de vaguedad de T[740]. La cuestión de si a cae bajo T no puede contestarse por medio de una especificación del lenguaje, sino por medio de una determinación. Las formas de argumentos que ahora se van a discutir sirven, entre otras cosas, para justificar tales determinaciones.

(2) Se tiene un *argumento genético* cuando se justifica una interpretación R' de R, porque la misma se corresponde con la voluntad del legislador. Se pueden distinguir dos formas fundamentales de argumentos genéticos. La primera existe cuando se dice que $I_W^R = R'$ era el objeto directo de la voluntad del legislador; la segunda, cuando se afirma que el legislador persiguió con R los fines Z_1, Z_2, ... Z_n en la combinación K ([Z_1, Z_2, ... Z_n] K), y la validez de R en la interpretación I_W^R es necesaria para la realización de (Z Z_1, Z_2, ... Z_n) K. Esta segunda forma fundamental viene a ser una variante del argumento teleológico. Si se escribe (Z_1, Z_2, ... Z_n) K abreviadamente como Z, entonces ambas formas tienen la siguiente estructura:

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

(J.4.2) · (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z.
· (2) $\neg$ R' ($=I_W^R$) $\rightarrow \neg$ Z
· (3) R'

---

por ello de manera general que quien quiere argumentar contra una decisión fundamentada a través de (.1.3.1) o (J.3.2), debe estar en condiciones de fundamentar una norma no jurídico-positiva como R_2 o R_3.

739 Cfr. sobre ello la pertinente observación de SAVIGNY sobre el conocimiento de la vaguedad: «Pero precisamente por ello, termina con la clara comprensión de la naturaleza de la duda existente y al mismo tiempo no se cierra con sudisolución» (Fr. C. V. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 1, Berlin, 1840, p. 228).

740 Sobre el concepto de vaguedad cfr. W. P. ALSTON, *Vagueness*, en: *The Encyclopedia Philosophy*, vol. 8, pp. 219 y ss.; con bibliografía adicional.

Ni en (J.4.1) ni en (J.4.2), R' se sigue lógicamente de la o de las premisas mencionadas. En (J.4.1) es necesaria una premisa adicional o regla de inferencia[741] que tenga, por ejemplo, el siguiente contenido:

(a) El que el legislador desee que R se interprete mediante W (I_W^R = R) es una razón para la validez de R'.

Más interesantes son las premisas o reglas de inferencia presupuestas en (J.4.2):

(b) El que el legislador persiga con R el fin Z es una razón para que en la aplicación de R sea obligatorio perseguir Z.

(c) Si es obligatorio perseguir el fin Z, entonces también es obligatorio cualquier medio necesario para la realización de Z.

(a) y (b) están formulados en forma relativamente débil. La voluntad del legislador es sólo *una razón* para una interpretación. Esto abre la posibilidad de razones en contra. Más interesante es la regla de inferencia (c) que se basa en el esquema[742]:

---

741 Sobre la cuestión de si reglas como (a)-(c) deben clasificarse como premisas o como reglas de inferencia cfr. *supra*, pp. 131 y ss.

742 Un argumento de la forma (S) puede reducirse sin dificultades a una forma como (4.2) o (4.3). En un caso de (4.2), se aduce por ejemplo como razón para N la consecuencia F de una acción a que, a través de N, se afirma como ordenada. La descripción de la consecuencia F en (4.2) se corresponde con Z en (S). En (4.2) R significa que una acción está ordenada si tiene como consecuencia a F. Esto se expresa en (S) no aduciendo una regla, sino por medio de OZ. La premisa $\neg M \rightarrow \neg Z$ está presupuesta en (4.2), al afirmar que F es una consecuencia de a. En (4.2) N significa que a está ordenado. En (S) la correspondiente a está ordenada en cuanto al medio M para Z (OM).

En este lugar hay que subrayar una vez más que tanto (4.2) como también (S) son las formas básicas más simples. No sólo se pueden distinguir muchas otras formas, sino que estas mismas formas pueden analizarse con un detalle considerablemente mayor. Aquí sólo es importante el hecho de que argu-

(S) · (1) OZ
· (2) ¬ M → ¬ Z
· (3) OM

En el lenguaje ordinario, (S) se puede formular, entre otras, de la de la forma siguiente:

(1) Es obligatorio lograr el estado de cosas Z

(2) Si no se da M, entonces no se logra tampoco Z. (es decir, M es una condición para Z)

(3) Es obligatorio que se dé M.

(S) puede verse como una variante de un silogismo práctico[743]. Para probar la validez de (S) serían necesarias consideraciones fundamentales en relación tanto con la lógica deóntica como con la teoría de la relación medio-fin. Tales consideraciones no pueden efectuarse aquí. La intuitiva plausibilidad de (S), sin embargo, permite suponer que tales investigaciones llevarían a muchas precisiones, modificaciones y limitaciones que, sin embargo, no afectarían básicamente a la validez de (S)[744]. Con esta restricción puede aceptarse (S) y, por tanto, (c) y (J.4.2).

Las formas de la interpretación semántica incluyen enunciados sobre la validez de las reglas semánticas; las de la interpretación genética, enunciados sobre la voluntad del legislador. Estos enunciados no

---

mentos de las formas de argumento antes mencionadas (S), como también (J.4.2), pueden transformarse, de la manera descrita, en las formas correspondientes a (4.2) o (4.3). Esto vale también para las otras formas de argumentos jurídicos, aún por elaborar, que se basan en (S).

743 Sobre los distintos significados de este concepto cfr. *supra*, p. 136.

744 Para un esquema como (S) cfr. O. Weimberger, Rechtslogik, Wien/ New York, 1970, p. 219 y s., quien considera tal esquema «bastante convincente, aunque no por encima de toda duda.»

son frecuentemente explícitos. Se afirma sencillamente que una determinada interpretación expresa el tenor de la norma, la voluntad del legislador o el fin de la norma. En tal caso, el argumento es incompleto. Para completarlo son necesarios enunciados del tipo indicado. Esto puede llamarse «requisito de saturación». La validez de los argumentos en las diversas formas depende de la validez de los enunciados que se establecen para dicha saturación. Para fundamentar la validez de estos enunciados son necesarios argumentos de nuevas formas.

La fundamentación de los enunciados necesarios para la saturación de las formas del argumento genético es a menudo muy difícil y, con frecuencia, imposible. Ello va unido al hecho de que, por un lado, no es claro quién deba considerarse como sujeto de la «voluntad del legislador», y a que, por otro lado, no es posible con frecuencia determinar claramente el contenido de esta voluntad. ¿Es la totalidad de los parlamentarios el sujeto de la voluntad en cuestión? Si es así, qué ocurre si la mayoría de los parlamentarios no tiene ninguna idea sobre una determinada prescripción de uno de los productos legislativos. ¿Deben adoptarse las interpretaciones de quienes, por ejemplo en un ministerio, han redactado la ley y han debatido en distintos comités y comisiones? ¿Qué ocurre si se expresaron distintas opiniones o si la propia expresión de estas opiniones necesita a su vez de interpretación?[745].

Estas preguntas muestran claramente las dificultades de las argumentaciones genéticas[746]. Aquí sólo puede señalarse que tan-

745 Sobre estos problemas cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* pp. 315 y ss., así como A. MENNICKEN, *Das Ziel der Gesetzesauslegung*, Bad Homburg/ Berlin/ Zürich, 1970, pp. 30 y ss. con numerosas indicaciones bibliográficas.

746 Para un caso típico de argumentación crítica genética cfr. J. ESSER, *Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkzeugs*, en: «JZ» 1975, pp. 555 y ss.

to en la determinación de la voluntad de quienes participan en el proceso de la legislación como en la especificación de un uso del lenguaje, de lo que se trata es de establecer hechos[747]. Por ello, la argumentación semántica y la genética aparecen como casos especiales de la argumentación empírica.

(3) Se puede hablar de *argumento histórico* cuando se aducen hechos que se refieren a la historia del problema jurídico discutido, en cuanto a razones en favor o en contra de una interpretación. Aquí se aludirá a una forma especialmente interesante de argumento histórico. Consiste en exponer que: (1) ya una vez se practicó una determinada solución del problema discutido; (2) ésta condujo a la consecuencia F; (3) F es indeseable; (4) las situaciones no son entre sí tan distintas como para que F no ocurra ya hoy, y (5) por tanto, la solución en cuestión no es hoy aceptable. Se trata aquí de un caso de aprendizaje de la historia. Lo importante es que un argumento de esta forma no presupone sólo conocimiento histórico, sociológico y económico, sino que con (3) se incluye también una premisa normativa, que tiene que fundamentarse.

(4) En los *argumentos comparativos* se toma como referencia, en lugar de un estado de cosas jurídico anterior, uno de otra sociedad. La forma de argumento recién mencionada puede transformarse, mediante una pequeña modificación, en una de tipo comparativo. Una forma tal de argumento comparativo incluye, precisamente como en la del argumento histórico, además de numerosas premisas empíricas, al menos una premisa normativa.

747 Cfr. por ejemplo Fr. WIEACKER, *Über strengere und unstrenge Verfahren der Rechtsfindung*, p. 432, quien habla de la «intención empírica del legislador histórico».

(5) Con la expresión *argumento sistemático* se comprende tanto la referencia a la situación de una norma en el texto legal[748], como la referencia a la relación lógica o teleológica de una norma con otras normas, fines y principios. Aquí sólo se tratará de lo último. Cuando entran en juego relaciones teleológicas estamos ante un argumento sistemático-teleológico[749]. Estos argumentos se entienden mejor en el contexto de la argumentación teleológica. En sentido estricto, sólo deben considerarse como argumentos sistemáticos aquellos que se refieren únicamente a las relaciones lógicas entre normas.

La forma más importante de argumento sistemático en este sentido estricto es la indicación de una contradicción normativa[750]. Si la interpretación de R_1 por medio de W, R'_1, contradice a la norma R_2 que debe reconocerse como válida, entonces tiene que abandonarse R_1. La indicación de una contradicción lleva a un resultado, sólo si todas las interpretaciones de R_1 menos una están excluidas par otras normas. Con frecuencia, no es este el caso.

(6) Un esclarecimiento completo del concepto de *argumento teleológico* presupone un análisis detallado de los conceptos de fin y de medio, así como de los conceptos vinculados a éstos de voluntad, intención, necesidad práctica y fin[751].

---

748 Para esta argumentación a partir del «sistema externo», cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 313.

749 Para la conexión entre los argumentos sistemáticos y teleológicos cfr. K. LARENZ, *Ibid.*, p. 315; K. ENGISCH, *Einführungin die Rechtswissenschaft*, p. 79.

750 Los argumentos relacionados con la evitación de contradicciones normativas son casos de aplicación de la regla general del discurso (1.1); Cfr. *supra*, pp. 264 y ss.

751 Para un análisis de este tipo cfr. W. STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, vol. I *Wissenschaftliche Er*

Aquí no puede emprenderse semejante análisis de detalle. Sin embargo, es posible, incluso sin una investigación completa, efectuar algunas consideraciones sobre la estructura de la argumentación teleológica, que son importantes para este trabajo.

En el contexto de la discusión sobre la interpretación genética se mostró que hay argumentos teleológicos en los que quienes argumentan pueden aludir directamente a los fines del legislador histórico. Aquí se consideran aquellos argumentos teleológicos en los que esto no es posible. Siguiendo a LARENZ, se denominarán «teleológico-objetivos».[752]

Los argumentos teleológico-objetivos se caracterizan porque quien argumenta se refiere no a fines de personas realmente existentes en el pasado o en el presente, sino más bien a fines «racionales» o «prescritos objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente». Con ello surge la cuestión de qué fin hay que contemplar como racional o como prescrito objetivamente en el marco del ordenamiento jurídico vigente. La respuesta de la teoría del discurso consiste en afirmar que son fines racionales o prescritos objetivamente en el marco del ordenamiento jurídico vigente aquellos que establecerían quienes deben tomar decisiones en el marco del ordenamiento jurídico vigente sobre la base de la argumentación racional. La comunidad de quienes deben tomar decisiones en el marco del

---

klärung und Begründung, ed. corregida, Berlin/ Heidelberg/ New York, 1974, pp. 518 y ss.; G. H, v. WRIGHT, *On So-Called Practical Inference,* «Acta Sociologica» 15 (1972/73), pp. 39 y ss. De entre los escritos jurídicos cfr., en cuanto toma de postura crítica, R. DREIER, *Zum Begriff der «Natur der Sache»*, Berlin, 1965, pp. 103 y ss.

752 Cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* p. 322.

ordenamiento jurídico vigente, sobre la base de la argumentación racional, es el sujeto hipotético de los fines propuestos en los argumentos teleológico-objetivos. Las afirmaciones finalistas de los intérpretes son hipótesis sobre los fines establecidos por este sujeto hipotético. Su corrección debe fundamentarse por medio de la argumentación racional.

Los fines de que se trata en la interpretación teleológica no son por ello fines que se determinen empíricamente, sino fines caracterizados normativamente. Dicho fin caracterizado normativamente debe entenderse aquí como un estado de cosas prescrito o un suceso prescrito[753].

Que un estado de cosas o un suceso está prescrito puede simbolizarse mediante «OZ». Que la interpretación $I\,{}^{R}_{W} = R'$ es necesaria para alcanzar Z (por tanto, que es un medio para Z)[754], puede indicarse a través de una expresión de la forma $\neg R' (= I\,{}^{R}_{W}) \rightarrow Z$. La expresión más simple de un argumento teleológico-objetivo tiene por ello la siguiente forma:

(J.5) · (1) OZ
· (2) $\neg R' (= {}^{R}_{W} I) \rightarrow Z$
(3) R'

(J.5) se corresponde con la forma de argumento genético (J.4.2) salvo en el hecho de que Z no es querido por el legislador,

753 Sobre los conceptos «estado de cosas» y «sucesos» cfr. G. H. v. WRIGHT, *Norm and Action,* pp. 25 y ss.

754 Que $I\,{}^{R}_{W} = R'$ es un medio para Z puede significar varias cosas: (1) la aplicación de R' en un caso concreto es un medio para Z, (2) el seguimiento general de R' es un medio para Z, (3) la validez de R' es un medio para Z. Aquí se partirá de que la validez de R' es un medio para Z.

sino que debe ser afírmado como algo objetivo[755]. El esquema general en que se basa, precisamente como en (J.4.2), es

(S) · (1) OZ
· (2) ¬ M ¬ Z
(3) OM

(J.5) presupone la validez de dos premisas completamente distintas. «OZ», (1), es un enunciado normativo, y «¬ M → ¬ Z», (2), un enunciado empírico. Para fundamentar la verdad de (2) es necesario el conocimiento de legalidades empíricas. Los argumentos teleológicos remiten por ello a argumentaciones empíricas. Si, lo que no es raro, no existe disputa sobre (1), entonces la decisión depende sólo de argumentos empíricos. Esto muestra la considerable importancia de las argumentaciones empíricas en el discurso jurídico.

Aquí sólo interesa la fundamentación de (1). (1) es casi siempre fundamentado en relación con la norma a aplicar. Se afirma que, a causa de la validez de R, está prescrita la realización del estado de cosas Z. Frecuentemente, Z se fundamenta no por referencia a una única norma, sino por referencia a un grupo de normas. En ninguno de estos casos, sin embargo, Z se sigue lógicamente de las normas a que se alude en la fundamentación. Se necesitan por ello nuevos argumentos. Únicamente no es así, si una norma prescribe directamente la consecución de Z.

---

755 (J.5) se corresponde con la combinación de las formas de argumentos analizadas por DREIER bajo la denominación de argumentación «práctica técnica» y «argumentación práctica objetiva a partir de la naturaleza de las cosas». (J.5) es práctica objetiva en la medida en que Z se complete como objetivamente debido. (J.5) es práctica técnica porque (J.5) incluye la proporción de que si R debe servir al fin Z, entonces R debe estar investido de la propiedad «interpretado a través de W» (cfr. R. DREIER, *Zum Begriff der «Natur der Sache»*, pp. 106 y ss., 120 y ss. y 124).

Usualmente ocurre que a una norma o un grupo de normas pueden atribuírsele no un fin, sino diversos fines que, o bien se excluyen entre sí, o bien sólo pueden realizarse limitándose recíprocamente[756]. Aquí es necesario mostrar como obligatoria una determinada combinación de fines ([Z_1 Z_2, ..., Z_n] K). Esto presupone la aplicación de reglas de preferencia.

Los problemas más difíciles de la argumentación teleológica surgen si Z o (Z_1 Z_2, ..., Z_n) K –en lo que sigue, una vez más, sólo hablaremos de Z– no puede describirse únicamente a través de expresiones empíricas. Este es el caso cuando Z es un estado de cosas que es definido de manera que en él rigen determinadas normas[757].

Un caso límite de tal estado de cosas se da cuando Z puede dominarse de manera que se trata de un estado de cosas en el que rige la norma a fundamentar R'. En este caso, la referencia a Z sólo puede cumplir la función de aclarar qué significa la validez de R'.

Por regla general, para la descripción de un tal estado de cosas son necesarias normas de tipo general o principios[758]. Z es entonces

---

756 Para la comprensión de que una norma es ningún caso está sólo ordenada a un fin, cfr. J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung,* p. 120; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken,* p. 80.

757 Cfr. sobre ello *supra*, p. 324.

758 Por «principios» debe entenderse aquí proposiciones normativas de un alto nivel de generalidad como: «debe respetarse la dignidad humana», «supuestos de hecho iguales deben tratarse igual» y «cada uno debe responder por las deficiencias en sus círculos comerciales». Debido a su alto grado de generalidad, estas proposiciones no son utilizables directamente para fundamentar una decisión. Se necesitan premisas normativas adicionales. Sobre el concepto de principio cfr. J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1965, pp. 87 y ss.; *Id., Vorverständnis und Methodenwahl in der richterlichen Rechtsfindung*, p. 42; C. -W CANARIS, *System-denken*

el estado de cosas en que rigen los principios P1, P2, ..., Pn. La argumentación teleológica se vuelve con ello argumentación a partir de principios[759]. El problema de la argumentación a partir de principios no consiste tanto en la justificación de los principios cuanto, mucho más, en que la norma a fundamentar no se sigue por regla general de los principios. Se necesita una concreción de los principios con ayuda de nuevos enunciados normativos.

2.3.2. El papel de los cánones en el discurso jurídico

Para clarificar el papel de los cánones en el discurso jurídico hay que distinguir seis puntos: (1) el campo de su aplicabilidad, (2) su status lógico, (3) el requisito de saturación, (4) las diversas funciones de las diversas formas, (5) el problema de su jerarquía y (6) la resolución del problema de la jerarquía en la teoría del discurso jurídico.

(1) Las distintas formas de argumentos han sido consideradas hasta ahora como formas de argumentos en favor o en contra de una determinada interpretación I de una norma R presupuesta, a través de una regla de uso de las palabras, W ($I_W^R = R'$).

Con la excepción de la interpretación semántica, todas las formas de argumentos pueden además utilizarse en una multitud

---

und Systembegriff in der Jurisprudenz, pp. 48 y ss.; K. Larenz, *Ibid.,* p. 458. Sobre el concepto de generalidad cfr. R. M. Hare, *Principles*, p. 2 y., así como *supra*, p. 109.

759 Cfr. por ejemplo K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pp. 323 y ss., quien –desde luego sin distinguir entre estados de cosas y principios– incluye a principios como el de igualdad de trato y a los principios éticos entre los «criterios de interpretación teleológico-objetivos». Cfr. además K. Engisch, *Ibid*., 81 quien por razones como las arriba mencionadas defiende la idea de que la denominación «interpretación a partir de razones» sería más adecuada que la de «interpretación a partir de fines».

de nuevos contextos. Tales contextos son, en particular, el conflicto de normas, la restricción del campo de aplicación de las normas, y la fundamentación de normas que no pueden deducirse de la ley. Así, por ejemplo, en un conflicto de normas puede aducirse que el legislador asignó a una norma una especial importancia. En caso de fundamentación de una interpretación restrictiva son posibles referencias a regulaciones paralelas y ya acreditadas en otros Estados, y en caso de fundamentación de una norma que no se extrae del Derecho positivo puede aducirse como argumento un fin que debe perseguirse. La caracterización tradicional de las formas de argumentos que se discuten dentro de los cánones de la interpretación es demasiado estrecha.

(2) Cuál sea el status lógico de los cánones es una cuestión discutida. ROTTLEUTHNER les niega carácter de regla. Sólo pueden tener la función de «informar sobre puntos de vista relevantes, de indicar líneas de investigación»[760]. HART los designa como «reglas generales para el uso del lenguaje»[761]. MÜLLER habla de «elementos de concreción» y de «momento(s) de un único proceso de interpretación»[762], LARENZ de «puntos de vista rectores a los que se asigna un peso variable»[763].

Las anteriores consideraciones han mostrado que las distintas formas de argumentos no son en realidad reglas. No indican qué deba hacerse o que haya que tratar de alcanzar condicionada o incondicionalmente. Por otro lado, son más que simples puntos

760 H. ROTTLEUTHNER, *Richterliches Hondeln*, p. 30; *Id., Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, p. 197.

761 H. L. A. HART, *The Concept of Law*, p. 123.

762 Fr. MÜLLER, *Juristische Methodik*, p. 145.

763 K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. p. 332.

de vista o líneas de investigación. Como mejor cabe designarlas, para usar un concepto de PERELMAN, es como esquemas de argumentos (*schèmes d'arguments*)[764]. Se trata de esquemas de enunciados de una forma determinada, a partir de los cuales se sigue lógicamente un enunciado de forma determinada, o bien dicho enunciado puede ser fundamentado de acuerdo con una regla presupuesta. Por esta razón se les designa como «formas de argumentos»[765].

En cuanto formas de argumentos, los cánones caracterizan a la estructura del ordenamiento jurídico. Un análisis completo de todas las formas de argumentos posibles en el discurso jurídico daría algo así como una gramática de la argumentación jurídica. Con ello, para proseguir con la analogía, ciertamente no se habría dicho todavía nada sobre lo que deba afirmarse por medio del lenguaje construido según esa gramática. Sin embargo, ello mostraría cómo debe procederse para alcanzar un resultado racional.

(3) Un argumento de una determinada forma sólo es completo si contiene todas las premisas pertenecientes a esa forma. A ello se le llama el requisito de saturación[766]. Las premisas que necesitan ser saturadas son de distinto tipo. Con ello se corresponden maneras completamente distintas de fundamentación.

Un papel relevante lo juegan las fundamentaciones empíricas. Deben fundamentarse empíricamente la especificación de un uso del lenguaje, las afirmaciones sobre la voluntad del legislador o de las personas que participan en el proceso de la legislación,

764 Ch. PERELMAN/ L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, p. 252.

765 Sobre el concepto de forma de argumento cfr. *supra*. p. 142.

766 Cfr. *supra*, p. 327.

sobre anteriores estados de cosas jurídicos o sobre el estado del Derecho en otros Estados, así como las hipótesis que sirven de base a las afirmaciones sobre consecuencias.

Además de los enunciados empíricos, las formas de argumentos contienen premisas normativas que no se extraen de la ley. Esto vale, por ejemplo, para las formas de interpretación histórica, comparativa y teleológica, que presuponen la caracterización de estados de cosas. En la fundamentación de estos presupuestos normativos no hay que recurrir siempre, de ninguna manera, directamente al medio del discurso práctico general. Así, para la fundamentación puede utilizarse ante todo un argumento comparativo. Para la fundamentación de la valoración presupuesta en este argumento puede hacerse referencia a fines que están unidos a otras normas. Sólo en este punto pueden ser necesarios argumentos prácticos de tipo general.

La exigencia de saturación asegura la racionalidad del uso de los cánones. Ello excluye la simple afirmación de que un argumento pueda ser el resultado de una determinada interpretación literal, histórica o finalista de la norma. Siempre es necesario aducir premisas empíricas o normativas, cuya verdad o corrección puede ser en cualquier momento objeto de nuevas discusiones: La regla:

(J.6) debe resultar saturada toda forma de argumentación que haya que contar entre los cánones de la interpretación, impide por ello habladurías vacías.

(4) Las distintas formas cumplen diferentes funciones. Las formas de la argumentación semántica y genética se refieren a la vinculación de los órganos decisores, respectivamente, con el tenor de la ley y con la voluntad del legislador. Las formas históricas y comparativas permiten la incorporación de la experiencia del pasado y de otras sociedades. La interpretación sistemática sirve, entre otras cosas, para liberar de contradicciones al ordenamiento

jurídico. Finalmente, las formas teleológicas abren el campo a la argumentación práctica racional de tipo general. Con ello se caracteriza respectivamente sólo una función particularmente importante de los distintos grupos de formas.

(5) La distinta función de las distintas formas permite aclarar ya que argumentos de formas distintas puedan llevar, en el contexto de la discusión de un problema, a soluciones completamente distintas. De ello resulta una doble inseguridad en el uso de los cánones. Una forma puede ser saturada de distintas maneras, y puede emplearse distintas formas para la fundamentación de diferentes conclusiones.

La cuestión de la relación entre los argumentos de formas distintas se discute como un problema de establecer un catálogo de grados o una jerarquía de los cánones. Hasta hoy, ninguna propuesta de un tal catálogo ha encontrado un reconocimiento general[767]. La posibilidad, y también la necesidad, de tal ordenación es valorada de maneras distintas. Según ESSER, hay que «juzgar fracasada la esperanza de que se pueda indicar un catálogo de grados "en la serie de los pasos de interpretación"»[768]. KRIELE ha presentado sobre ello una serie de importantes argumentos[769]. LARENZ se esfuerza por conseguir una cierta determinación de la relación entre los cánones, pero también él llega a la conclusión de que no hay «una relación de orden invariable» entre las distintas formas. «Están en una relación de reciprocidad y sus pesos respectivos se determinan, y no en último término, de acuerdo con lo que resulta en cada caso»[770]. MÜLLER fundamenta una primacía de los argu-

767 Cfr. Fr. MÜLLER, *Juristische Methodik,* p. 198.

768 J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung,* p. 124 y s.

769 M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 85 y ss.

770 K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaf*, p. 334 y s.

mentos semánticos y sistemáticos desde una perspectiva del Estado de Derecho[771]. ENGISCH es de la opinión de que si la determinación de la ordenación de los métodos de interpretación es «sencillamente imposible de resolver», entonces ya no hay «en absoluto ninguna vaga confianza en que basar la superación de los problemas de la aplicación del Derecho»[772]. Él plantea para la discusión un catálogo de prioridades según el cual, en primer lugar, de acuerdo con la teoría subjetiva, debe ser decisiva la voluntad del legislador, y sólo si ésta no puede determinarse con seguridad son pertinentes argumentos teleológico-objetivos[773]. Sin embargo, limita el valor de este catalogo al declarar que la polémica entre las teorías objetiva y subjetiva de la interpretación «aún no ha sido definitivamente resuelta y, como todos los verdaderos problemas de fundamentos, nunca podrá resolverse de manera definitiva»[774].

(6) La teoría del discurso no puede tampoco ofrecer una solución del problema, por ejemplo mediante la elaboración de un catálogo de grados y decidiéndose en favor de la teoría objetiva o subjetiva de la interpretación, o mediante la construcción de una fórmula que ponga ambas cosas en relación. Pero puede efectuar una contribución a la desactivación del problema al mostrar de qué manera hay que usar oportunamente las distintas formas de argumentos.

Aquí aparecen como ventajosas dos características de la teoría del discurso. La primera de estas características consiste en que la teoría del discurso da cuenta también de la dimensión

771 Fr. MÜLLER, *Ibid.,* p. 202 y ss.

772 K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken,* p. 225 (nota 82 d).

773 *Ibid.,* pp. 230 y ss.

774 *Ibid.,* p. 96. Sobre la disputa entre la teoría subjetiva y objetiva de la interpretación cfr. A. MENNICKEN, *Das Ziel der Gesetzesauslegung*, pp.30 y ss., 75 y ss.

pragmática de la fundamentación; la segunda, en que en ella no se pretende proporcionar criterios tan fuertes como para que pueda determinarse con seguridad un resultado, simplemente sobre la base del conocimiento de la teoría del discurso[775]. Lo que se indica son reglas y formas cuyo cumplimiento o utilización hace que aumente la probabilidad de que en una discusión se llegue a una conclusión correcta, es decir, racional. Pero tan sólo sobre la base de estas reglas y formas no puede decirse –fuera de los casos de necesidad discursiva– cuál deba ser el resultado. Para ello hay que proceder a una discusión real o imaginaria.

Para asegurar la vinculación de esta discusión con el Derecho vigente, hay que exigir que los argumentos que expresan una vinculación tengan *prima facie* un mayor peso. Si un proponente (P) apela, en favor de su propuesta de solución, al tenor literal o a la voluntad del legislador histórico, y el oponente (O) en cambio aduce un fin racional en favor de una propuesta de solución divergente, entonces los argumentos de P deben prevalecer, a no ser que O pueda aducir no sólo buenas razones en favor de sus afirmaciones, sino también buenas razones en favor de que sus argumentos son más fuertes que los de P. En la duda, tienen preferencia las razones de P. La siguiente regla de carga de la prueba en la argumentación rige por tanto como regla pragmática:

(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 motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

775 Sobre ello Cfr. *supra,* pp. 36 y ss., y 201 y ss.

Esta regla deja abierta la cuestión de cuándo existen motivos racionales para asignar un menor peso a los argumentos que expresan una vinculación. Esto queda librado a los participantes en el discurso jurídico. Sin embargo, ello no significa que esta decisión sea arbitraria. Sólo son motivos racionales los que pueden justificarse en una discusión jurídica racional. En una tal discusión sobre el uso de los argumentos jurídicos son admisibles todos los argumentos posibles en el discurso jurídico. Aquí ciertamente jugarán un papel decisivo los argumentos prácticos de tipo general pues, en todo caso, los argumentos jurídicos sobre los que se discute no pueden ser empleados en esta discusión. El problema de la jerarquía aparece por ello como un problema a resolver, ante todo, por medio de la argumentación práctica general.

El hecho de delegar la decisión en la razón de quienes argumentan no significa que la determinación de la relación entre los cánones esté siempre abierta y deba efectuarse de nuevo en cada caso. Las determinaciones de peso a efectuar por los participantes en el discurso en los distintos contextos de interpretación valen por ello, porque deben tener lugar a partir de razones, no sólo para el caso discutido, sino para todos los casos iguales en los aspectos relevantes[776]. El principio de universabilidad, en cuanto principio básico de la teoría del discurso, exige por ello que el uso de las formas de argumentos tenga lugar según reglas que establezcan una relación entre los mismos que sea fundamentable racionalmente. Surge por ello la regla siguiente como variante del principio de universabilidad:

(J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.

776 Cfr. *supra*. pp. 106 y ss.

Tales reglas sólo pueden desarrollarse con referencia a determinados contextos de interpretación y determinados sectores del Derecho. Además, puesto que los contextos de interpretación y los sectores del Derecho cambian, nunca llega a tenerse una certeza definitiva.

(J.8) es una regla del discurso práctico general acerca del uso de los cánones. Se puede especificar todavía de manera análoga otra regla general del discurso.

(2.2.a) y (2.2.b) aseguran, con la exigencia de libertad de discusión, la admisibilidad de todos los argumentos. En relación con la argumentación jurídica, esto significa que hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible formular. Rige por ello la regla:

(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[777].

Se puede decir, en resumen, que los cánones no ofrecen una garantía de que se «encuentre el único resultado correcto... con una seguridad relativamente grande»[778], pero sin embargo son más que simples instrumentos de legitimación secundaria de una decisión la cual se puede encontrar y fundamentar de distintas maneras. Son formas de las que tiene que servirse la argumentación jurídica si quiere cumplir con la pretensión de corrección que se plantea en ella y que, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, se refiere también de manera especial a la vinculación a la ley.

---

777 Para una exigencia paralela cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaf*, p. 335.

778 Cfr. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung,* p. 85.

2.4. La argumentación dogmática

2.4.1. Sobre el concepto de dogmática jurídica

Para descubrir qué son los argumentos dogmáticos y qué papel juegan en el discurso jurídico, hay que saber qué se debe entender por «dogmática jurídica» o «dogmática del Derecho». Y esto es cualquier cosa menos algo claro. Ciertamente, hay un número creciente de publicaciones sobre este tema, pero no hay a la vista una teoría de la dogmática jurídica aceptada de manera general.

Si se sigue el uso de las palabras dominante entre los juristas, por «dogmática jurídica» o «dogmática del Derecho» hay que entender la ciencia del Derecho en sentido más estricto y propio[779], tal como es elaborada realmente por ellos[780]. Esta ciencia

779 Cfr. sobre ello G. RADBRUCH, *Rechsphilosophie*. 7.ª ed. Stuttgart, 1970, p. 209.

780 En lugar de partir de la terminología actual y de los objetos para cuya designación se usan las expresiones «dogmática jurídica» y «dogmática de1 Derecho», se podría empezar con un análisis del concepto de dogmática, con una investigación sobre su historia y su utilización en otras disciplinas; particularmente en la teología. Este es el camino emprendido por una serio de autores (cfr. por ejemplo U. MEYER-CORDING. *Kann der Juristheute noch Dogmatiker sein? Zum Selbstverständnis Rechtswissenschaf*, Tübingen, 1971, pp. 7 y ss.;. H. ALBERT, *Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus*, en: «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», vol. 2 [1972], pp. 82 y ss.; E. J. THUL, *Die Denkform der Rechtsdogmatik* en: «ARSP» 46 [1960J, pp. 241 y ss. Cfr. también D. de LAZZER, *Rechtsdogmatik als Kompromissformular*, en: *Dogmatik und Methode Festschrift f. J. Esses*, Kronberg, 1975, p. 87). Una tal combinación de consideraciones analítico-conceptuales, histórico-conceptuales y comparativas puede ciertamente proporcionar perspectivas importantes mientras no tenga lugar una decisión sobre lo que es dogmática jurídica antes de llegar a tener a la vista la cosa misma. Tales consideraciones sin embargo sólo tienen sentido si se elaboran con la suficiente profundidad. Ello no puede tener lugar aquí y se pospone hasta una observación que se efectuará en su momento.

del Derecho en su sentido mas estricto y propio en una mezcla de, al menos, tres actividades: (1) la descripción del Derecho vigente, (2) su análisis sistemático y conceptual y (3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos. De ello resulta claramente que la dogmática jurídica es una «disciplina pluridimensional»[781].

En correlación con estas tres actividades pueden distinguirse tres dimensiones, una empírico-descriptiva, otra analítico-lógica y otra práctico-normativa[782]. Dentro de cada una de estas dimensiones existen distintos modos de proceder. En el marco de la dimensión empírico-descriptiva se puede distinguir ante todo la descripción y prognosis de la praxis de los tribunales y la averiguación de la voluntad fáctica del legislador[783]. La dimensión analítico-lógica incluye

781 R. Dreier, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen. 1975, p. 15. Cfr. además U. Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, p. 41, quien habla de una «mezcla de muy distintas actividades», así como K. Adomeit, *Zivil-rechtstheorie und Zivil-rechtsdogmatik –mit einem Beitran zur Theorie der subjektiven Rechte*, en: «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», vol. 2 (1972), p. 504, especialmente nota 8, quien intenta dar cuenta del «carácter mixto» de la dogmática jurídica en un «modelo de 8 operaciones».

782 En algunos autores se encuentra, en lugar de una división tripartita, una división bipartita, por ejemplo, entre una dimensión teórico-descriptiva y una división práctico-normativa (cfr. R. Dreier, *Ibid*., p. 15) o entre proposiciones que informan o que proponen algo. (cfr. K. Adomeit, *Ibid.,* p. 503 y ss.). Esto podría justificarse en el sentido de que el trabajo lógico-analítico es necesario ya para la descripción o ya para la elaboración de las propuestas de normativización. Por otro lado, hay que conceder que la dimensión lógico-analítica juega, justamente en el marco de la dogmática jurídica, un papel que, aunque va unido ciertamente con las otras dimensiones, es sin embargo claramente distinguible de aquéllas.

783 Cfr. R. Dreier, *Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft*, en: «Rechtstheorie» 2 (1971), pp. 41 y ss., quien distingue en este sentido la

tanto el análisis de los conceptos jurídicos como también la investigación de las relaciones entre las distintas normas y principios. Finalmente, procede según una dimensión práctico-normativa, por ejemplo, quien propone y fundamenta una interpretación de una norma, una nueva norma o una nueva institución, o quien critica una decisión judicial sobre la base de sus defectos prácticos, y elabora una contrapropuesta. Entre estas tres dimensiones existen numerosas relaciones. Así, la descripción del Derecho vigente presupone un determinado instrumental conceptual, el análisis lógico del Derecho vigente no es posible sin su descripción, y para elaborar propuestas de normas y de decisiones, puesto que éstas tienen lugar en el marco del ordenamiento jurídico existente, es necesario el conocimiento de este ordenamiento jurídico.

El centro de gravedad de una actividad dogmático-jurídica puede distribuirse en forma distinta entre, y dentro de, estas dimensiones. Su distribución depende de los intereses prácticos del dogmático, de sus concepciones de teoría del Derecho y de las peculiaridades del campo de trabajo. Así, un dogmático que escribe un comentario para prácticos aborda ante todo la descripción de la práctica de los tribunales, mientras que quien emprende una vez más una investigación sobre el concepto de declaración de voluntad, es de suponer que ponga un especial énfasis en consideraciones analíticas. Para quien entiende que sólo es Derecho en sentido estricto la voluntad del legislador, los argumentos prácticos de tipo general juegan un papel completamente distinto que para quien concibe el Derecho ante todo como un ordenamiento racional de la vida en común de los hombres.

---

función de la ciencia jurídica de descripción del Derecho judicial y la función positivista legal.

Al lado de este concepto muy amplio de dogmática jurídica, que comprende todo el campo de la ciencia del Derecho en su sentido más estricto y propio, hay una serie de conceptos más estrictos. Aquí interesan sobre todo los conceptos más estrictos que se pueden designar por medio de expresiones como «conceptual», «lógica» y «sistemática»[784]. Si se buscan, por ejemplo, caracterizaciones más coloristas de estos conceptos más estrictos de dogmática, entonces se tropieza con expresiones como «la "matemática social" de la dogmática jurídica» o «el instrumental argumentativo considerado con absoluta logicidad»[785].

La dogmática en cuanto matemática social fue practicada en su forma más pura por la Jurisprudencia de conceptos del XIX. Característico de ello son las siguientes observaciones de WINDSCHEID: «Si la interpretación ha terminado su tarea, queda el desarrollo de los conceptos que se contienen en las proposiciones jurídicas que se obtienen a través suyo. La propia noción de proposición jurídica se representa también en conceptos, es decir, en agrupaciones de elementos de pensamiento; se trata de descomponer los conceptos en sus partes constituyentes, de mostrar los elementos de pensamiento contenidos en ellos. Se puede ir más o menos lejos en esta operación; los elementos descubiertos pue-

784 En particular se subraya la relación del concepto de dogmática con el de sistema. Así, WIEACKER habla del «concepto de sistema que (es) el constituyente formal de la dogmática» (Fr. WIEAKER, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, p. 319, nota 22). ESSER señala que la «dogmatización de una materia jurídica... (impulsa) a la construcción del sistema» (J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 97) y RAISER considera la sustitución de la expresión «dogmática jurídica» por la denominación «ciencia jurídica sistemática, (L. RAISER, *Wozu Rechtsdogmatik?*, en: «DRiZ» 1968, p. 98).

785 Sp. SIMITIS, *Die Bederung von System und Dogmatik –dargestellt an rechtsges-chäftlichen Problemen des Massenverkehrs*, en: «AcP» 172 (1972), p. 132.

den a su vez presentarse como una combinación de otros elementos más simples, y así sucesivamente. La nueva ciencia del Derecho tiene la decidida tendencia de ir lo más allá posible en la descomposición de los conceptos. Y en esto consiste su mérito. Pues, de hecho, de la exhaustiva comprensión del contenido de los conceptos que se contienen en las proposiciones jurídicas depende no sólo la total comprensión del Derecho, sino también la seguridad en su aplicación... La decisión final es el resultado de un cálculo, cuyos factores son los conceptos jurídicos; el cálculo, naturalmente, producirá un resultado más seguro cuanto más determinado esté el valor de los factores. A1 mismo tiempo, es obvio que sólo a partir de la completa comprensión de los conceptos jurídicos puede revelarse el verdadero sistema de los Derechos, la unión interna de sus proposiciones»[786].

La dogmática tiene entonces tres tareas: (1) el análisis lógico de los conceptos jurídicos, (2) la reconducción de este análisis a un sistema, y (3) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas.

Un programa semejante de dogmática jurídica ha sido objeto, desde JHERING, de numerosas críticas[787]. La objeción más importante consiste en que únicamente con los medios del análisis lógico y de la deducción lógica no pueden alcanzarse nuevos contenidos normativos. El uso por la Jurisprudencia de conceptos de formas y de procedimientos aparentemente lógicos para fundamentar

---

786 B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.ª ed., preparada por Th. KIPP, vol. 1, Frankfurt a. M., 1906, p. 110 y s.; de manera parecida P. LABAND, *Das Staats-rechs des Deutschen Reiches*, 2.ª *ed.,* en: *Handbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 2, Freiburg/ Leipzig, 1984, pp. I-276, prólogo.

787 Cfr. por ejemplo la documentación en el artículo de W. KRAWIETZ: *Begriffsjuris-prudenz*, en: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. 1, Basel, 1971, columnas 809 y ss.

decisiones y normas que no pueden extraerse inmediatamente de la ley significa por ello encubrir las premisas normativas que son necesarias para una fundamentación que sea verdaderamente concluyente desde el punto de vista lógico. Esto es lo que tenía en mente JHERING cuando se volvió contra el «culto de la lógica que pretende transformar la Jurisprudencia en una matemática del Derecho»[788].

Del hecho de que el análisis lógico del Derecho vigente *por sí mismo* no sea suficiente para fundamentar normas y decisiones, no se sigue sin embargo que la utilización de argumentos sistemático-conceptuales en la argumentación jurídica sea superflua o incluso nociva. Cabe pensar más bien que el uso de argumentos sistemático-conceptuales, *junto* a otros argumentos, en especial argumentos prácticos de tipo general, es necesario y racional. Una de las tareas más importantes, pero también más difíciles, de una teoría del discurso jurídico es la de señalar tanto los límites como la legitimidad de la argumentación sistemático-conceptual.

Para las consideraciones a efectuar aquí no es recomendable ni el uso del concepto amplio de dogmática jurídica antes indicado, ni el concepto estricto mencionado a continuación. Si se utilizará el concepto amplio que incluye actividades consistentes tanto en describir normas como en analizar y proponer normas, entonces todo argumento que tenga lugar en el discurso jurídico sería dogmático. Por otro lado, sería demasiado limitado concebir como dogmático sólo los resultados del análisis lógico de las normas jurídicas. En

788 R.v. JHERING, *Der Geist des Römischen Rechts*, tercera parte, 3.ª ed., Leipzig 1877, p. 311 y s. Cfr. además E. EHRLICH, *Die juristische Logik*, Tübingen, 1918, pp. 299 y ss., así como Ph. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, pp. 94 y ss.

este caso, los argumentos dogmáticos podrían contribuir poco a la fundamentación de enunciados normativos.

Para encontrar dónde haya que situar, entre estos extremos, un concepto de dogmática jurídica adecuado para la definición del concepto de argumentos dogmáticos, es conveniente preguntarse qué condiciones tiene que cumplir tal concepto. Se pueden especificar cinco condiciones.

(1) Como los argumentos deben estar apoyados en la dogmática jurídica, es conveniente entender aquí por «dogmática jurídica» no un conjunto de actividades, sino de *enunciados*[789].

(2) Estos enunciados *están relacionados con las normas establecidas y con la jurisprudencia*[790], pero no se identifican con la descripción de las normas establecidas o con los principios o *rationes decidendi* de las decisiones judiciales. En el primer caso, la dogmática no sería más que un registro de las codificaciones, y, en el segundo, se agotaría en las compilaciones de precedentes. Esto

789 Para esta distinción cfr. por ejemplo W. KRAWIETZ, *Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?* en: «ÖZöR» 23 (1972), p. 55: H.. ROTTLEUTHNER, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, p. 176. Muchos autores parecen entender por «dogmática jurídica» tanto un sistema de enunciados como también una o diversas actividades específicas. Cfr. por ejemplo Fr. WIEACKER, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, por un lado, p. 319 y, por otro lado, p. 322. E. V. SAVIGNY habla de «una dogmática» como de una clase de enunciados (E. V. SAVIGNY, en: E. V. SAVIGNY/ U. NEUMANN/ J. RAHLF, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München (1976, p. 121) y de «la dogmática», como de una actividad (*Ibid.,* p. 106, así como *Id., Die Juris-prudenz im Schatten des Empirismus. Polemische Anmerkungen zu Hans ALBERT: Erkenntnis und Recht*, en; «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie» vol. 2 [1972], p. 98).

790 Sobre la renovación de la jurisprudencia en cuanto tarea de la dogmática jurídica cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pp. 201 y 216.

no excluye que los enunciados dogmáticos tengan que ver con los principios o rationes decidendi. Los tribunales pueden tomar enunciados de la dogmática y contribuir ellos mismos al desarrollo de la dogmática.

(3) Los enunciados de una dogmática forman *un todo coherente*. Cómo se forma este todo no es fácil de determinar. Se puede destacar tres puntos: (a) no pueden contradecirse, (b) en la formulación de los distintos enunciados aparecen los mismos conceptos jurídicos, y (c) en la medida en que aparecen los mismos conceptos jurídicos es posible fundamentar relaciones de inferencia que tienen lugar entre ellos[791]. Con esto, desde luego, sólo se han mencionado algunas relaciones formales particularmente elementales.

(4) Los enunciados de una dogmática se forman, fundamentan y comprueban en el marco de una *ciencia del Derecho que funciona institucionalmente*. Esta característica que se refiere a la pragmática de los enunciados muestra la diferencia más importante entre los enunciados dogmáticos y los enunciados prácticos de tipo general. El hecho de que la dogmática funcione institucionalmente significa una considerable ampliación de la discusión, en cuanto al tiempo y al objeto. Por lo que se refiere a la dimensión temporal, las conclusiones de las discusiones del pasado pueden ser retomadas, comprobadas mediante la experiencia y, en consecuencia, rechazadas o mantenidas. En la dimensión del objeto, los efectos de una solución son controlables a través de las soluciones de otras cuestiones. Además, la institucionalización significa que un elemento fundamental en los enunciados permanece más

791 Un ejemplo de investigación sobre relaciones de inferencia entre enunciados dogmáticos se encuentra en E. V. Savigny, *Zur Rolle der deduktiv-axiomatischen Methode in der Rechtswissenschaft*, en: «Rechtstheorie», ed. de G. Jahr/W. Maihofer, Frankurt a. M., 1971, pp. 316 y ss.

o menos como indiscutido por algún tiempo. Esto facilita la discusión de los enunciados problemáticos. Sobre las ventajas de la institucionalización se volverá todavía a propósito de la discusión sobre la función de la dogmática

(5) Las dogmáticas del Derecho tienen *contenido normativo.* Sus enunciados pueden aducirse como argumentos para la decisión de cuestiones que no podrían resolverse únicamente con argumentos empíricos.

De la síntesis de las exigencias contenidas en estas cinco condiciones resulta la siguiente definición: Una dogmática del Derecho es (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.

Esta definición deja abiertas una serie de cuestiones. La cuestión más importante que deja sin contestar es la de qué tipos de enunciados son los que hay que considerar como pertenecientes a una dogmática jurídica.

2.4.2. Los enunciados de la dogmática jurídica

Aquí sólo puede indicarse una clasificación grosso modo. Como resulta evidente, no existe aún un análisis detallado y llevado a cabo con métodos modernos, de los enunciados que aparecen en las distintas dogmáticas. La clasificación que se ofrece tiene por ello un carácter muy provisional. Sin embargo, resulta suficiente en el marco del planteamiento limitado que aquí se sigue sobre el papel de los argumentos dogmáticos en el discurso jurídico.

(1) Tradicionalmente, en el centro de la dogmática están las *definiciones de los* como los llama RADBRUCH– «genuinos concep-

tos jurídicos»[792]. Ejemplos paradigmáticos de genuinos conceptos jurídicos son conceptos como los de contrato, acto administrativo y legítima defensa. El contenido de estos conceptos depende de las normas jurídicas que regulan la realización de los contratos, la eficacia de los actos administrativos y la legalidad de una acción de legítima defensa. Si no existieran tales normas, entonces estos conceptos no designarían nada[793]. Estos conceptos, por ello, se refieren, para emplear una expresión de SEARLE[794], no a hechos naturales (*brute facts*), sino a hechos institucionales (*institutional facts*), a hechos que, como por ejemplo una victoria en el ajedrez, sólo existen si existen las correspondientes reglas[795]. Esta relación de los genuinos conceptos jurídicos con normas jurídicas permite al mismo tiempo aclarar que la propuesta de cambio de uno de estos conceptos implica una propuesta de cambio de las normas a que se refieren, y que quien designa un determinado supuesto de hecho con uno de éstos conceptos, subsume por ello este supuesto de hecho bajo las normas que constituye este concepto. Las definiciones de genuinos conceptos jurídicos tienen, en este sentido, contenido normativo.

(2) Mientras que las definiciones de los genuinos conceptos jurídicos pertenecen sin duda a los enunciados de la dogmática jurí-

---

792 G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 219.

793 Sobre la cuestión de si ello supone que estos conceptos son en principio eliminables del lenguaje de la Jurisprudencia. cfr. H. H. KEUTH, *Zur Logik der Normen*, pp. 41 y

794 SEARLE, *Speech Acts*, pp. 50 y ss.; *Id.,* «How to derive «ought» from «is»», en: *Theories of Ethics*, ed. de Ph. FOOT, Oxford, 1967, p. 111 y s.

795 Cfr. sobre ello K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, p. 110, quien designa «como conceptos jurídicos normativos» conceptos «que en oposición a los conceptos descriptivos apuntan a realidades que no son simplemente perceptibles o experimentales, sino que sólo resultan imaginables y compren-

dica, no resulta esto, ya tan seguro en relación con las *definiciones* de los *otros conceptos* que aparecen en las normas jurídicas. Se trata de conceptos como «cumplimiento de una operación» (§ 831 ap. 1 parr. 1 del BGB), «alevoso» (§ 211 del StGB) y «área edificada coherentemente», (§ 34 de la BBauG)[796]. Podría pensarse que las definiciones de tales conceptos deben incluirse en la interpretación y no en la dogmática dirigida al tratamiento sistemático-conceptual del Derecho vigente. Sin embargo, semejante separación entre interpretación y dogmática no se corresponde con lo que hoy se entiende por dogmática. Definiciones de conceptos como los mencionados juegan en ella, revestidos con frecuencia del eufemístico predicado de «teoría», un papel relevante. Puede mencionarse, sólo como ejemplo, las cuatro teorías tradicionales sobre el concepto de hurto (§ 242 ap. 1 del StGB), las teorías de la *contrectatio, apprehensio, ablatio* e *illatio*[797]. Por otro lado, no es deseable afirmar que toda regla de uso de las palabras, propuesta o empleada en la interpretación de una norma, es un enunciado de la dogmática. Si se deseara afirmar esto, habría que considerar como enunciados dogmáticos las formulaciones de las innumerables reglas de uso de las palabras utilizadas o presupuestas en la fundamentación de las decisiones judiciales. Esto muestra un problema que aparece aún en forma más grave en la discusión de otros enunciados de la dogmática, esto es, el de que las característi-

---

sibles en conexión con el mundo de las normas». ENGISCH distingue de éstos, los conceptos que tienen que ser llenados con valores como «deshonroso» y «obsceno», que él designa en cualquier caso como «conceptos normativos» (*Ibid.,* pp. 111, 123). Aquí sólo se considerarán verdaderos conceptos jurídicos a los primeros y, de entre estos, a su vez, sólo a los que se refieren a hechos institucionales constituidos mediante normas jurídicas.

796 Con ello resulta claro que con la expresión de «otros conceptos» se agrupa aquí muy distintos tipos de conceptos.

797 H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlin, 1969; p. 149.

cas semánticas de un enunciado no permiten, en numerosos casos, conocer todavía si es o no un enunciado de la dogmática. En esta situación, es importante el criterio pragmático de significado antes mencionado, según el cual un enunciado es un enunciado de la dogmática si es establecido, aceptado o, al menos, discutido en el marco de una ciencia jurídica que funcione institucionalmente. Las cuatro definiciones del concepto de hurto son, según ello, sin duda enunciados de la dogmática, mientras que no lo es una regla utilizada por vez primera por un tribunal, por ejemplo para la interpretación de una nueva norma. Esto, desde luego, no significa que un enunciado pierde su carácter de enunciado dogmático si es usado por un tribunal en una fundamentación. En ese caso, el tribunal usa un enunciado dogmático. Precisamente, para poder analizar tales casos de utilización es necesaria una concepción lo más precisa posible del concepto de enunciado dogmático.

(3)El límite entre enunciados dogmáticos y no dogmáticos resulta todavía más problemático con los enunciados que expresan una *norma no extraída de la ley*. No puede dudarse de que tales normas no extraídas de la ley deben también discutirse en cuanto enunciados de la dogmática. Baste con mencionar la propuesta de STAUB de la institución del incumplimiento positivo del contrato[798]. El criterio de demarcación es aquí de nuevo sobre todo de tipo pragmático. Depende de si el enunciado en cuestión es aceptado o al menos discutido en el marco de la ciencia jurídica. ROTTLEUTHNER apunta en la dirección correcta con su observación crítica: «Enunciados dogmáticos son los que la mayoría de los juristas consideran correctos»[799]. Solamente que él va demasiado lejos en la medida en que equipara el concepto de

798 H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, 2.ª ed., Berlin, 1913.

799 H. ROTTLEUTHNER, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, p. 17

dogmática con el de opinión dominante[800]. Para que un enunciado pueda considerarse dogmático no es necesario que la mayoría de los juristas lo consideren correcto, sino tan sólo que lo consideren dogmático.

La verificación empírica de la opinión de los juristas es ciertamente sólo un medio para descubrir si un enunciado es un enunciado dogmático. En favor de ello puede señalarse que se pueden proponer criterios que quepa suponer son presupuestos como fundamento por los científicos del Derecho. Parece existir un importante criterio negativo (ciertamente no sin excepciones válidas), según el cual el enunciado en cuestión no puede contradecir a las normas vigentes; mientras que uno de los más importantes criterios positivos es que puedan aducirse, en favor de este enunciado, argumentos que puedan apoyarse en otras normas o en enunciados ya reconocidos como dogmáticos. Un criterio positivo adicional podría consistir en que el enunciado de referencia sea formulable en el lenguaje técnico-jurídico. Los criterios de este tipo, cuya investigación en detalle sería muy deseable –aunque aquí no sea posible emprenderla– son, desde luego, relativamente borrosos. Así, el criterio negativo mencionado vale no sin excepciones. Por ello, en un amplio campo, el que un enunciado sea aceptado o no como dogmático sigue dependiendo de las convicciones existentes de hecho entre los científicos del Derecho[801]. Esto vale también para las

800 Cfr. sobre ello R. SCHNUR, *Der Begriff der «herrschenden Meinung» in der Rechtsdogmatik*, en: Feschr. f. E. Forsthoff, ed. de K. Doehing, München, 1967, pp. 43 y ss.; J. ESSER, *Herrschende Lehre und ständige Rechtsprechung,* en: «*Dogma und Kritik in der Wissenschaften*», Maizer Universitätsgespräche, Sommersemester, 1961, pp. 26 y ss.

801 Cfr. la tesis de DREIER relacionada con ello «de que los límites de la legitimidad de la argumentación dogmática se definen menos mediante una

dos últimas clases de enunciados de la dogmática que se van a mencionar[802].

(4) Otra categoría de enunciados dogmáticos la forman las *descripciones y caracterizaciones* de *estados de cosas* a cuya producción, eliminación o conservación deben servir normas individuales o grupos de normas, así como la determinación de relaciones de prioridad entre tales estados de cosas.

(5) Una última clase la forman las *formulaciones de principios*. Los principios son enunciados normativos de tan alto nivel de generalidad que, por regla general, no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales y, las más de las veces, experimentan limitaciones a través de otros principios[803]. En lugar de como enunciados normativos, los principios pueden ser introducidos en la discusión como descripciones de estados de cosas en los que aquellos tienen vigencia[804].

Una clasificación de los enunciados de la dogmática no es aún una teoría de la dogmática. Por otro lado, una tal teoría, si no quiere perder el carácter de la dogmática en cuanto actividad lingüística, presupone un análisis del lenguaje de la dogmática. Una clasificación como la que se acaba de efectuar constituye un primer paso hacia un análisis semejante.

---

metodología consistente que (en mayor medida) mediante el substrato social que sustenta a la dogmática, es decir, a través del horizonte de lo que espera y tolera un estamento de juristas profesionales que ha recibido una determinada formación» (R. Dreier, *Zur Problematik Situation der Verfassungsinterpretation* : en: R. Dreier/ Fr. Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation,* Baden-Baden, 1976, p. 21.

802 *Ibid.,* p. 35

803 Sobre el concepto de principio cfr. *supra*, p. 334.

804 Cfr. sobre ello *supra*. pp. 335 y s.

Otros elementos de una teoría de la dogmática lo son el análisis del uso de los enunciados dogmáticos en las fundamentaciones, la investigación de la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos, así como una teoría de la función de la dogmática. Dentro de una teoría adecuada de la dogmática jurídica pueden distinguirse, por consiguiente, cuatro partes: una teoría (1) del lenguaje de la dogmática, (2) del uso de los enunciados de la dogmática, (3) de la fundamentación de los enunciados de la dogmática y (4) de la fundamentación de la dogmática.

2.4.3. El uso de los enunciados dogmáticos

Hay casos de uso de enunciados dogmáticos en los que el enunciado a fundamentar se sigue de estos enunciados dogmáticos, juntamente con sólo enunciados empíricos o con la adición de formulaciones de normas jurídico-positivas; pero hay también casos en que son necesarias premisas normativas adicionales. En el primer caso se puede hablar de una *fundamentación dogmática pura*, en el segundo, de una *fundamentación dogmática impura*. En los casos de fundamentaciones dogmáticas impuras son necesarios, además de argumentos dogmáticos, argumentos prácticos de tipo general.

Los argumentos dogmáticos pueden utilizarse también sin que ellos mismos sean además fundamentados; sin embargo, es también posible utilizarlos en una fundamentación y, al mismo tiempo, aducir en su favor otros argumentos. El primer caso puede denominarse un *uso no justificatorio,* y el segundo, un *uso justificatorio* de los enunciados dogmáticos.

El uso no justificatorio tiene lugar, sobre todo, cuando un enunciado dogmático no es en general puesto en duda y, por tanto, constituye una opinión dominante. Ello no es necesariamente señal de una actitud acrítica. Hay, como todavía se mostrará, motivos racionales para considerar que, hasta un cierto punto, el uso no

justificatorio es obligatorio. Ello es incluso necesario en trabajos dogmáticos críticos. Ningún dogmático puede fundamentar todos los enunciados dogmáticos en los que se apoya para la discusión de su problema. Esto no tendría fin. Un corolario del enunciado general es que nadie puede fundamentar todo simultáneamente.

2.4.4. La fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos

Los enunciados dogmáticos no pueden derivarse lógicamente, ni sólo de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, ni sólo de enunciados empíricos. Si fuera posible lo primero, no tendrían ningún contenido normativo que excediera del de las normas vigentes; a partir de ellos no se podría fundamentar nada que no se pudiera fundamentar también a partir de las normas vigentes. Si pudieran derivarse únicamente de enunciados empíricos, entonces no tendrían en absoluto contenido normativo. Esto no significa que en la fundamentación de enunciados dogmáticos no jueguen ningún papel las normas vigentes y los hechos; al contrario. Pero prueba que ni las unas ni los otros son, por si solos, suficientes.

Para la fundamentación de enunciados dogmáticos es posible utilizar de nuevo enunciados dogmáticos. Sin embargo, estos enunciados dogmáticos tendrían también que ser fundamentados, y así sucesivamente. En algún momento, los enunciados dogmáticos se terminan y se hacen necesarios otros argumentos. Como los enunciados dogmáticos tienen contenido normativo, estos otros argumentos sólo pueden ser argumentos prácticos de tipo general.

Se debe distinguir entre la fundamentación y la comprobación de enunciados dogmáticos[805]. Una fundamentación tiene lugar

805 Sobre la comprobación de enunciados dogmáticos cfr. F. V. Savigny, *Übereinstimmende Merkmale in der Struktur strafrechtsdogmatischer und*

cuando un enunciado se deriva de otros enunciados; y una comprobación, cuando se cuestiona si se pueden aceptar enunciados que se derivan de un enunciado, bien sea aisladamente, o bien conjuntamente con otros enunciados. La comprobación de enunciados dogmáticos, como su fundamentación, lleva a enunciados prácticos de tipo general, pues los enunciados que se emplean para la refutación de enunciados dogmáticos no pueden, como los enunciados utilizados en el supuesto de fundamentación, seguir siendo siempre enunciados dogmáticos. Por ello, los enunciados prácticos de tipo general constituyen la base tanto de la fundamentación como de la comprobación de enunciados dogmáticos.

Todo enunciado con contenido normativo es un candidato para una fundamentación o una comprobación mediante enunciados prácticos de tipo general. Lo específico de los enunciados dogmáticos consiste en que pueden ser comprobados *sistemáticamente*. Se puede distinguir dos formas de comprobación sistemática. La primera se refiere a las relaciones lógicas entre el enunciado a comprobar y el resto de los enunciados dogmáticos, así como a las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes (*comprobación sistemática en sentido estricto*); la segunda se refiere a la relación (a valorar según puntos de vista prácticos de tipo general) de los enunciados normativos a fundamentar con ayuda de los enunciados dogmáticos a comprobar, con los enunciados normativos singulares que deben justificarse con ayuda del resto de los enunciados dogmáticos o de las formulaciones de las normas jurídicas (*comprobación sistemática en sentido amplio*).

---

empirischer Argumentation, en: E, V. Savigny/ U. Neumann/ J. Rahlf, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München, 1976, pp. 120 y ss. Sobre la distinción entre fundamentación y comprobación así como sobre la relación de ambas en el discurso práctico cfr. *supra*. pp. 278 y s.

El criterio más importante de la comprobación sistemática en sentido estricto consiste en ver si el enunciado en cuestión se ajusta sin contradicciones a la serie de los enunciados dogmáticos ya aceptados, así como a las normas jurídicas vigentes[806]. Naturalmente, es posible que, por ejemplo si el enunciado a comprobar contradice a otros enunciados dogmáticos, entonces no sea aquel, sino estos otros enunciados los que resulten abandonados.

En la comprobación sistemática en sentido amplio se trata de ver si, con ayuda de los enunciados dogmáticos en cuestión, pueden justificarse juicios a fundamentar o enunciados normativos singulares *en relación* con enunciados normativos singulares a fundamentar con ayuda de todos los otros enunciados dogmáticos y formulaciones de normas jurídicas, de acuerdo con las reglas del discurso práctico general. Una tal comprobación puede adoptar aproximadamente la siguiente forma: Se trata de elegir entre los enunciados dogmáticos S_1 y S_2. Con ayuda de S_2, junto con una serie de premisas adicionales de cualquier tipo ya aceptadas y que no tienen que ser eliminadas, se puede fundamentar el enunciado normativo N_1 y, con ayuda de S_2 respectivamente, N_2. Considerados en sí mismos, tanto N_1 como también N_2 son posibles discursivamente[807]. Los participantes en la discusión se inclinan en favor de N_1. Pero ahora puede mostrarse que un enunciado dogmático ya aceptado, S_3 lleva a N_3, y N_3 ciertamente es compatible con N_2, pero no con N_1. «No compatible» debe significar

806 Un enunciado dogmático (S) encaja sin contradicción en la clase de los enunciados dogmáticos ya aceptados y de las normas jurídicas válidas (K), si ni S ni un enunciado deducible de S junto con enunciados ya aceptados y las formulaciones de las normas jurídicas válidas están en contradicción con un enunciado de K.

807 Sobre este concepto cfr. *supra*. p. 289.

aquí que, según la opinión de quienes discuten, no se podría justificar, como decisión a adoptar a partir de razones prácticas de tipo general, en un caso N_1, y en otro caso N_3. En esta situación, los participantes en el discurso, si quieren mantener S_3, deben abandonar N_1 y, con ello, el enunciado dogmático S_1 aunque considerados en sí mismos, el acuerdo lo lograría S_1, más bien que N_2. Esto permite aclarar de qué manera se aumentaría, por medio de las dogmáticas, la base de las decisiones prácticas de tipo general. La solución de un caso puede ser comparada con las soluciones de muchos otros casos.

Las dogmáticas hacen por ello posible de dos maneras algo así como un «control de consistencia». En la comprobación sistemática en sentido estricto se puede plantear la cuestión de si los enunciados dogmáticos y las formulaciones de normas jurídicas son entre sí lógicamente compatibles; en la comprobación sistemática en sentido amplio, si las decisiones a fundamentar con ayuda de las enunciados dogmáticos y las normas jurídicas, son compatibles entre sí según puntos de vista prácticos de tipo general[808].

E1 hecho de que un enunciado dogmático supere la comprobación sistemática en sentido estricto es una condición sólo necesaria, pero no suficiente, para su aceptabilidad. Para ello es necesario que (lo que hay que mostrar en la comprobación siste-

808 Estos dos tipos de control de consistencia son los que parece haber contemplado ESSER cuando escribe: «Mediante la obligación de ajustar los intentos de solución a un determinado mundo de ideas se efectúa un test de racionalidad que, si se lo toma en serio, muestra los efectos de una solución sobre el confín más distante del sistema afectado, y obliga o a construir alternativas o a discutir todas las consecuencias que ahora aparecen en el sistema» (J. ESSER, *Möglichkeiten und Grezen des dogmatischen Denkens im moderner Zivilrecht*, «AcP» 172, (1972), p. 104; cfr. además *Id., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindunf*, pp. 92 y 99).

mática en sentido amplio) los juicios a fundamentar con su ayuda puedan ser justificados prácticamente de forma general en relación con los juicios a fundamentar con ayuda del resto de los enunciados dogmáticos y de las formulaciones de normas jurídicas. La argumentación dogmática no puede por ello reducirse a la argumentación práctica general, pero la argumentación práctica general constituye la última piedra de toque y, con ello, la base de la argumentación dogmática.

Precisamente, este punto es subrayado hoy por una serie de autores. Así, ESSER indica que la argumentación dogmática es una «abreviación de la argumentación, a partir del contenido de justicia aceptado consensualmente, de una propuesta de solución de conflicto»[809]. «Una dogmática sólo puede funcionar en virtud de la "racionalidad" del contenido original de los dogmas»[810]. «No puede seguir siendo un tabú el que toda decisión dogmática se base en aquellos juicios predogmáticos que, en último termino, la justifican»[811]. WIEACKER subraya que los argumentos de la dogmática están «justificados, al menos en las sociedades modernas... por medio de la fuerza de convicción de los razonamientos y de los resultados ofrecidos»[812]. Según SIMITIS, para los resultados de las construcciones dogmáticas es necesario «el riesgo de la fundamentación argumentativa»[813].

La dependencia de la dogmática con respecto a la argumentación práctica general significa que los enunciados de la

---

809 J. ESSER en: *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, en: *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für L. RAISER*, Tübingen, 1974, p. 536.

810 *Id., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindunf,* p.93.

811 *Id., Möglichkeiten und Grezen des dogmatischen Denkens im moderner Zivilrecht,* p. 108.

812 Fr. WIEACKER, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, p. 321.

813 Sp. SIMITIS, *Die Bedeutung von System und Dogmatik*, p. 144 y s.

dogmática no son de ningún modo irrefutables. No son dogmas en el sentido convencional[814]. Siguiendo precisamente a POPPER, ESSER los designa como hipótesis[815] y «fórmulas tentativas»[816]. BACHOF habla de «provisionalidad del contenido de verdad de los dogmas jurídicos»[817]; MEYER-CORDING da «propuestas de solución pragmáticas»[818]. Incluso después de la aceptación de una tal propuestas «puede reiniciarse el diálogo de la dogmática»[819].

Lo dicho sobre la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos se puede sintetizar en las siguientes reglas:

(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.

---

814 Cfr. sobre ello, ante todo, U. MEYER-CORDING, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, p. 7 y ss. MEYER-CORDING pide por esta razón el abandono de la expresión «dogmática» (*Ibid.,* pp. 21 y 32). También LARENZ y RAISER muestran reservas contra el uso de esta expresión. RAISER sugiere en su lugar la expresión «ciencia jurídica sistemática» (L. RAISER, *Wozu Rechtsdogmatik?*, «DRiZ», 1968, p. 98). A falta de una expresión mejor, parece razonable, con LARENZ, atenerse al uso establecido (K. LARENZ, Methadenlehre der Rechtswissenschaft, p. 210). Sobre el origen e historia de la expresión «dogmática» así como de los conceptos emparentados con él de «dogma» y «dogmatismo», cfr. además de MEYER-CORDING, D. de LAZZER, *Rechtsdogmatik als Kompromissfomular*, p. 87, así como M. Elze, voz «dogma» en: *Historische Wörterbuch der Philosophie*, vol. 2, ed. de J. Ritter, Basel, 1972, col. 275 y s., y W. NIEKE, voz «dogmatismo», *Ibid*., col. 278 y s.

815 ESSER, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, p. 521, nota 8.

816 *Id., Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivil-recht*, p. 101.

817 O, BACHOF, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, en: «VVDStRL», 30 (1972), p. 198.

818 U. MEYER-CORDING, *Ibid*., p. 40.

819 J. ESSER, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, p. 535.

(J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

2.4.5. Las funciones de la dogmática.

Si los enunciados dogmáticos, dado (y en tanto) que no se siguen lógicamente de las formulaciones de las normas vigentes juntamente con enunciados empíricos, pueden ser justificados en última instancia sólo a través de argumentos prácticos de tipo general, entonces hay que preguntar si (y con qué extensión) la argumentación dogmática tiene sentido o es necesaria al lado de la argumentación práctica general. ¿Existe alguna razón en favor de la opinión de que en las fundamentaciones jurídicas, aparte de las normas jurídicas, los enunciados empíricos y algunas formas de argumentos que sirven para la aplicación de estas normas, sólo son importantes argumentos prácticos de tipo general? Para contestar a esta pregunta hay que examinar, de manera algo más sistemática, las funciones ya ocasionalmente mencionadas de la dogmática jurídica. Se pueden distinguir al menos seis funciones a valorar positivamente: (1) de estabilización, (2) de progreso, (3) de descarga, (4) técnica, (5) de control y (6) heurística.

(1) La *función de estabilización* se cumple en cuanto que, con ayuda de enunciados dogmáticos[820], se fijan, y se hacen por tanto reproducibles, determinadas soluciones a cuestiones prácticas[821]. Esto es

820 Aquí no se puede afirmar que la estabilidad sólo puede alcanzarse por medio de las dogmáticas, es decir, mediante sistemas de enunciados dogmáticos. Por lo que se refiere a esta función, la casuística parece ser igualmente efectiva. Lo único importante aquí es que también las dogmáticas pueden servir para dar estabilidad. Sobre la relación entre casuística y dogmática cfr. N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 198.

821 Cfr. J. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denken im modernen Zivilrechts*, p. 103.

posible porque la dogmática opera institucionalmente. De esta forma, pueden fijarse, durante largos periodos de tiempo, determinadas formas de decisión. Esto último es de considerable importancia, teniendo en cuenta el amplio campo de las posibilidades discursivas. Si tuviera que discutirse de nuevo cada vez, surgiría la posibilidad de que cada vez –sin que se violaran las reglas del discurso jurídico y del discurso practico general– se alcanzaran resultados distintos. Esto contradice el principio de universabilidad y, por ello, un aspecto elemental del principio de justicia[822]. La dogmatización del Derecho, o algo de igual valor desde el punto de vista de la función de estabilización, es una exigencia que deriva de principios prácticos generales.

Ahora bien, esto no significa que cada enunciado dogmático que haya sido una vez aceptado deba ser mantenido estrictamente por tiempo ilimitado. Pero excluye que pueda ser abandonado sin más. No es suficiente con que haya buenas razones tanto en favor

822 Sobre la conexión de la función de estabilización con el principio de igualdad de trato cfr. N. LUHMANN, *Ibid.,* p, 37. Si se habla de que en dos o más discursos se siguen en cada caso las reglas del discurso, y por tanto también el principio de universabilidad (1.3'), y sin embargo, por lo que se refiere a la totalidad del discurso, de que puede existir una violación del principio de universabilidad, entonces esto ocurre en la medida en que los discursos se contemplan desde distintos puntos de vista. En el primer caso, los individuos que participan en el discurso están desconectados en el sentido de que, dada su no identidad personal, los resultados del anterior discurso, par lo que se refiere a (1.3'), no tienen para ellos ningún significado. En el segundo caso tiene lugar una pérdida de individualidad de los participantes en el discurso, en la medida en que se les atribuye las decisiones de los anteriores participantes en el discurso. Esto está justificado en todos los casos de discurso representativo en los que no existe ninguna identidad entre participantes y afectados. Para los afectados pero no participantes no puede ser de importancia un simple cambio de los participantes. En relación con los representantes, (1.3') establece por tanto exigencias más fuertes que en relación con los que son al mismo tiempo participantes y afectados.

de la nueva solución como de la tradicional. Las razones en favor de la nueva solución deben ser tan buenas como para justificar no sólo la nueva solución, sino también el romper con la tradición. Tiene vigencia, por tanto, el principio de inercia de PERELMAN[823]. Quien propone una nueva solución, soporta la carga de la argumentación[824].

Esto muestra que el efecto de estabilización de las dogmáticas no puede ser sobrevalorado. Está limitado, y no sólo por el hecho de que los enunciados dogmáticos, una vez aceptados, pueden ser rechazados o modificados. En numerosas fundamentaciones son necesarios, además de los dogmáticos, enunciados prácticos de tipo general (fundamentación dogmática impura). Puesto que frecuentemente son posibles discursivamente distintos enunciados prácticos de tipo general, muchas veces pueden fundamentarse, con ayuda de los mismos enunciados dogmáticos, resultados muy distintos. A todo esto alude LUHMANN cuando establece que «la función de la dogmática... no [reside] en el encadenamiento del espíritu, sino precisamente, por el contrario, en el aumento de la libertad en el trato con experiencias y textos»[825]. Esto tiene que ver, ciertamente, con algo que es correcto. Sin embargo, se ha equivocado, a causa de la libertad que indudablemente también se da en la argumentación dogmática, infravalorar el efecto de estabilización que surge del principio de inercia a partir de los enunciados dogmáticos aceptados.

(2) La *función de progreso* guarda estrecha conexión con la de estabilización. La institucionalización de la dogmática, es decir,

---

823 Cfr. sobre ello *supra*. pp. 246 y s.

824 Cfr. W. BROHM, *Die Dogmátik des Verwaltungsrechts von den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, en: «VVDStRL», 30 (1972), p. 248.

825 N. LUHMANN, *Ibid.,* p. 16.

la ampliación de la discusión jurídica en la dimensión temporal, objetual y personal, hace posible ofrecer comprobaciones y diferenciar los enunciados dogmáticos en una medida considerablemente mayor de lo que sería posible en discusiones que se desarrollan en forma puntual. Con ello se hace posible algo así como un progreso de la dogmática. El progreso en la dogmática es ciertamente un asunto considerablemente más complicado que el progreso en las ciencias empíricas[826]. No depende únicamente de la actividad del científico del Derecho, sino además, en una medida considerable, de la actividad del legislador y de los cambios de las ideas valorativas dentro de la sociedad. Esto, sin embargo no hace que cambie nada con respecto a que también en la dogmática jurídica sean posibles progresos[827]. La posibilidad de tales progresos es un fuerte argumento en favor del carácter científico de la dogmática jurídica.

(3) La posibilidad de poder adoptar en las fundamentaciones dogmáticas enunciados ya comprobados y aceptados al menos de manera provisional supone una descarga en la medida en que, sin una razón especial, no es necesaria una nueva comprobación. Se puede renunciar a discutir de nuevo en cada caso cada cuestión de valoración. Esta *función de descarga*[828] no es sólo indispensable para el trabajo de los tribunales, que tiene lugar bajo la presión

826 Cfr. sobre ello Th. S. KUHN, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen,* Frankfurt a. M., 1973, así como las contribuciones en: I. LAKATOS/ A. MUSGRAVE (ed. de), *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge, 1970.

827 Sobre el progreso en la ciencia jurídica cfr. H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen,* en: *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Düsseldorf*, 1975, vol. 2, Tübingen, 1959, pp. B 1-B 22, así como las contribuciones en: *Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschr. f. H. J. WOLFF,* ed. de Chr. -Fr. Menger, München, 1973.

828 Cfr. sobre ello J. ESSER, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, pp. 522 y 524: O. BACHOF, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben*

del tiempo; también es importante para la discusión científico jurídica. También aquí –como en todos lados– es imposible volver a discutirlo todo.

El valor de la función de descarga depende ciertamente del grado de optimización de una serie de variables como, por un lado, la sencillez, la precisión, la riqueza y la confirmación de los enunciados de una dogmática y, por otro lado, de la extensión de un consenso suficiente sobre estos enunciados. De acuerdo con la experiencia tenida hasta ahora, el problema central de la dogmática jurídica consiste en que estos valores no pueden acrecentarse conjuntamente a voluntad. Si fuera así, serían posibles sistemas de enunciados dogmáticos de los cuales podrían deducirse lógicamente, para todos los casos posibles en un campo del Derecho, soluciones valorativamente convincentes.

Puesto que esto no es posible, el valor de la función de descarga es limitado. Con frecuencia, ante una decisión de un caso singular es necesaria una elección entre enunciados dogmáticos alternativos que hay que fundamentar de nuevo. Además, es a menudo necesario rechazar un enunciado dogmático hasta entonces aceptado, y es frecuente el caso en que, para la fundamentación de una decisión, son necesarios, además de enunciados dogmáticos, enunciados prácticos de tipo general.

Por ello, hay que admitir ciertamente que 1a dogmática no sólo puede tener un efecto de descarga, sino también de carga[829].

---

der Verwaltung, p. 198; N. LUHMANN, *Rechtsdogmatik und Rechtsdogmatik*, p. 22; D. de LAZZER, *Rechtsdogmatik als Kompromissformular*, p. 103.

829 Cfr. sobre ello K. ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung, System und Dogmotik*, en: *Festschrift für E. Bötticher*, Berlin, 1969, p. 445 y s., así como G. STRUCK, *Dogmatische Diskussionen über Dogmatik,* «JZ», 1975, p. 86.

Esto lo pone de relieve LUHMANN: «Así, con la elaboración conceptual del Derecho, aumentan –¡y no disminuyen!– también las dificultades de la decisión; dicho más exactamente: aumentan las posibilidades de hacer más difícil la decisión»[830]. Sin embargo, éste es sólo un aspecto. Por otro lado, difícilmente puede dudarse de que hay enunciados dogmáticos, como por ejemplo definiciones de conceptos jurídicamente relevantes, suficientemente precisos y generalmente reconocidos, que facilitan la decisión hasta el punto de que ésta, una vez establecidos los hechos, no parece ya problemática. La función de descarga en tales casos ordinarios consiste precisamente en que las cuestiones dogmáticas no son ningún problema[831].

El efecto de descarga en los casos ordinarios debe pagarse, por cierto, con dificultades en casos límites, las cuales no se presentarían si se prescindiera de las dogmáticas. La pregunta de si este precio compensa debe ser considerada no sólo en relación con las ventajas de la descarga en los casos ordinarios, sino también en relación con otros resultados producidos por la dogmática. Por ello, el hecho de que las dogmáticas planteen cuestiones que no existirían sin ella no puede, de ninguna manera, contemplarse, como todavía se verá, sólo como un inconveniente.

(4) Además, *la función técnica* es de considerable importancia. «Para contemplar la totalidad o, al menos, el campo más amplio posible... del sentido de las normas jurídicas concretas, es necesario construir conceptos básicos generales, formas de enunciados, instituciones jurídicas, etc., porque sólo una presentación

---

830 N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 23.

831 En este sentido, no es posible estar de acuerdo con STRUCK, quien explícitamente es de la opinión de que los enunciados dogmáticos no juegan ningún papel en los casos rutinarios (cfr., *Ibid.,* p. 86).

simplificada y sistemáticamente unificada de esta manera de las normas jurídicas ofrece una rápida panorámica en conformidad con las relaciones de dependencia existentes entre ellas»[832]. De esta manera, la dogmática desarrolla una función de información[833], promueve la enseñanza y el aprendizaje de la materia jurídica[834] y, con ello, su capacidad de transmisión[835]. PODLECH señala, en relación con ello, la regulación jurídica de las consecuencias de las guerras; por ejemplo, el derecho de compensación de cargas, el derecho de reparación y la Ley 131, para la que apenas se desarrollaron dogmáticas jurídicas y que, por ello, «sólo es conocida a fondo por prácticos especializados en la casuística»[836].

Puede ponerse en duda, desde luego, la función didáctica de la dogmática. Así, STRUCK tiene derecho a pensar que aún está por aducirse la prueba del valor didáctico de las dogmáticas, y que esto ciertamente sólo puede hacerse por medio de las modernas ciencias de la didáctica[837]. Sin embargo, hay que admitir que

832 W. KRAWIETZ, *Funktion und Grenze einer dogmatischen Rechtswissenschaft*, en: «Rechts und Politik», 6 (1970), p. 151; en forma parecida. *Id., Was leistet Rechtsdogma-tik in der richterlichen Entscheidungspraxis?*, p. 52. Cfr., además K. ENGISCH, *Begriffseinteilung und Klassifikation in der Jurisprudenz*, en: *Festschrift f. K LARENZ.* München, 1973, pp. 125 y ss.

833 J. ESSER, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, p. 101.

834 A. PODLECH, *Rechtstheoretische Bedingungen einer Methodenlehre juristischer Dogmatik*, en: «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 2 (1972), p. 492.

835 N. LUHMANN, *Sinn als Grundbegriff der Soziologie*, en: J. HABERMAS/ N. LUHMANN, *«Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie»*, p. 98.

836 A. PODLECH, *Ibid.,* p. 493. Para el comienzo de una elaboración dogmática de estos campos jurídicos. cfr. cfr. H. J. WOLFF/ O. BACHOF, Verwaltungsrecht, vol. III, 3.ª ed. München, 1973, § 144.

837 G. STRUCK, *Dogmatische Diskussion über Dogmatik*. p. 85 y s.

la penetración analítico-conceptual de un objeto es, al menos, un medio para dominarlo.

(5) La ya mencionada *función de control* es muy importante[838]. Como ya se expuso[839], puede distinguirse dos tipos de control de consistencia. En la comprobación sistemática en sentido estricto se puede comprobar la compatibilidad lógica de los enunciados dogmáticos entre sí, y en la comprobación sistemática en sentido amplio, la compatibilidad práctico-general de las decisiones a fundamentar con ayuda de los distintos enunciados dogmáticos. Las dogmáticas permiten decidir casos no de manera aislada, sino en relación con una serie de casos ya decididos y todavía por decidir. Acrecientan por ello el grado de eficacia del principio de universabilidad y sirven, en esta medida, a la justicia[840].

(6) La última de las funciones positivas de la dogmática a mencionar aquí es su *función heurística*. Las dogmáticas contienen una serie de modelos de solución, distinciones y puntos de vista que no aparecerían si hubiera que empezar siempre de nuevo. El uso de este instrumental resulta ciertamente de utilidad, aunque la decisión no esté aquí todavía determinada. Se sugieren preguntas y respuestas que de otra manera serían imposibles o que quedarían fuera del campo visual. Un sistema dogmático puede, por ello, ser «un fructífero punto de partida para nuevas observaciones y relaciones, pues en la medida en que sintetiza el estado de comprensión alcanzado en los respectivos problemas

---

838 Cfr. sobre ello N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, pp. 19 y 40 y ss.; W, KRAWIETZ, *Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis*, p. 360.

839 Cfr. *supra*, pp. 252 y s.

840 Cfr. sobre ello Fr. WIEACKER, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, p. 335.

singulares y generaliza su fecundidad, se convierte también en iniciador de nuevos conocimientos que no se hubiesen ofrecido, ni menos aún hubiesen prevalecido, si la reflexión hubiese quedado aislada, sin sistematización»[841].

2.4.6. Argumentación dogmática y argumentación práctica general

Los resultados expuestos, así como los límites que surgen claramente en relación con ellos, sugieren una visión instrumentalista de la dogmática jurídica[842]. Las dogmáticas jurídicas son instrumentos que pueden producir resultados que no serían posibles únicamente con los medios del discurso práctico general. Algunos de estos resultados, como la posible contribución, en el marco de la función de estabilización y de control, a la realización del principio de universalización[843], son necesarios por razones prácticas de tipo general; otros, como la función heurística, son, por tales motivos, deseables. En esta medida, la dogmática es racional. El carácter racional del uso de las dogmáticas se vuelve desde luego en su contra, tan pronto como no se usan ya como «instrumentos para la determinación del Derecho en el campo de la razón práctica y de la moral»[844]. Este es el caso, sobre todo, cuando las dogmáticas se utilizan para encubrir los verdaderos motivos de decisión, a cuando se usan como presuntos programas

841 J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 101; cfr. además N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik,* p. 22 y

842 Una tal concepción instrumentalista de la dogmática jurídica resuena por ejemplo en J: Esser, *Dagmatik zwischen Theorie und Praxis,* p. 518, Fr. Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, p. 333, y H. Dölle, *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung*, en: *«Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht»*, 34 (1970), p. 408.

843 Cfr. la regla general del discurso (1.3')

844 Fr. Wieacker, *Ibid*., p. 333.

autónomos de decisión. No puede dudarse de que es posible dicho uso incorrecto de los argumentos dogmáticos. En qué medida ocurra esto es objeto de investigaciones empíricas. El hecho de que ocurra no tiene nada de especial. También en las argumentaciones prácticas de tipo general hay fundamentaciones especiosas y peticiones de principio. Aquí sólo interesa el hecho de que, además de argumentaciones dogmáticas incorrectas, son también posibles argumentaciones dogmáticas racionales.

La argumentación dogmática es racional en la medida en que no se pierda la retroacción con la argumentación práctica general. Esta retroacción no se pierde si, en los casos dudosos, se fundamentan los enunciados dogmáticos que hay que usar en la argumentación dogmática. En tales fundamentaciones pueden usarse de nuevo enunciados dogmáticos; pero en último término son necesarios, como antes se indicó, argumentos prácticos de tipo general.

Todavía hay otro aspecto en el que la argumentación dogmática está vinculada con la argumentación práctica general. Antes se distinguió entre las fundamentaciones dogmáticas puras y las impuras. En las fundamentaciones dogmáticas puras el enunciado a fundamentar se sigue únicamente de enunciados dogmáticos junto con las formulaciones de las normas válidas y enunciados empíricos. En las fundamentaciones dogmáticas impuras son necesarios, además, enunciados prácticos de tipo general. En estos casos, que son muy frecuentes, existe una relación directa entre la argumentación dogmática y la argumentación práctica general.

En suma, el uso de argumentos dogmáticos puede ser visto no sólo como no contradictorio con los principios de la teoría del discurso, sino además como un tipo de argumentación exigido por ésta en el contexto especial del discurso jurídico. Rige por ello la regla:

(J. 12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

2.5. *Sobre el uso de los precedentes*

Una teoría de la argumentación jurídica que no diera cuenta del papel de los precedentes omitiría uno de los aspectos esenciales de la argumentación jurídica. La importancia, al menos *fáctica,* que tienen los precedentes también en el Derecho europeo-continental es hoy subrayada desde todos los lados[845]. Lo que se discute es su valoración teórica. La discusión se centra ante todo en la cuestión de si se les puede atribuir el carácter de fuente del Derecho[846]. Esta cuestión no puede ser discutida aquí. La exposición que sigue se limita más bien a dos cosas distintas: (1) el papel que le corresponde al seguimiento de los precedentes desde el punto de vista de la teoría del discurso jurídico aquí esbozada,

845 Cfr. por ejemplo K. Larenz, *Über die Bindungswirkung von Präjudizien*, en:-*Festschrift f. H. Schima*, Wien, 1969, p. 249; O. A. German, *Präjudizien als Rechtsque-lle,* Stockolm/ Göteborg/ Uppsala, 1960, p. 11; M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp: 243 y ss.

846 Esta cuestión ha sido expresamente contestada por G. Less en forma afirmativa, *Von Wesen und Wert des Richterrechts,* Erlangen, 1951, pp. 59 y ss.; H. W. Kruse, *Das Richterrechts als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts*, Tübingen, 1971, pp. 7 y ss.; para argumentos en favor de una corrección de la tradicional teoría de las fuentes del Derecho cfr. además M. Kriele, *Ibid*., p. 289; Fr. Wieacker, *Gesetz und Richterkunst*, p. 16 y s.: O. A. German, *Ibid*., p. 45 y ss. En contra del carácter de fuente del Derecho de los precedentes está, entre otros, K. Larenz, *Über die Bindungswirkung von Präjudizien*, pp. 247 y ss.; J. Esser, *Richterrechts, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht*, en: *Festschrift f. Fr. v. Hippel*, Tübingen, 1967, pp. 95 y ss. Sobre la necesidad de un planteamiento diferente, en particular sobre la diferenciación entre las cuestiones de las razones respecto al origen, la vinculatoriedad y el conocimiento del Derecho, así como sobre la necesidad de resolver «el problema de las fuentes de conocimiento del Derecho no abstractamente, sino en relación con las situaciones o con los roles específicos» cfr. R. Dreier, *Probleme der Rechtsquellenlehre, en: Festschrift f. H. J. Wolff*, München, 1973, pp. 4 y ss.

y (2) la relación de los argumentos basados en precedentes con otros argumentos posibles en el discurso jurídico. La respuesta a la primera cuestión es, desde luego, también importante para el problema del carácter de fuente del Derecho de los precedentes.

2.5.1. La regla de la carga de la argumentación

El fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universabilidad[847], la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual[848]. Con ello ciertamente se revela de una manera inmediata una de las dificultades decisivas del uso de los precedentes: nunca hay dos casos completamente iguales. Siempre cabe encontrar una diferencia. El verdadero problema se traslada, por ello, a la determinación de la relevancia de las diferencias[849]. Sin embargo, antes de entrar en ello, es importante otro punto. Es posible que un caso sea igual a otro caso anteriormente decidido en todas las circunstancias relevantes, pero que sin embargo se desee decidir de otra manera porque, entre tanto, ha cambiado la valoración de estas circunstancias. Si se quisiera adherirse sólo al principio de universabilidad sería imposible tal diferente decisión. Pero esta exclusión de cualquier cambio sería entonces incompatible con el hecho de que toda decisión plantea una pretensión de corrección. Por otro lado, el cumplimiento de la pretensión de corrección forma parte precisamente del cumplimiento del principio de universabilidad, aunque sea sólo una condición. Condición general es que la argumentación sea justificable. En esta situación aparece

---

847 Cfr. sobre ello *supra*, pp. 106 y ss., 267 (regla [1.3']).

848 Cfr. sobre esto, por ejemplo, Ch. PERELMAN, *Eine Studie über die Gerechtigkeit,* pp. 22 y ss.

849 M. KRIELE, *Ibid*., p. 269.

como cuestión de principio la exigencia del respeto a los precedentes, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en tal caso la *carga de la argumentación* a quien quiera apartarse[850]. Rige pues el principio de inercia perelmaniano que exige que una decisión sólo puede ser cambiada si puede aducirse razones suficientes para ello[851]. Cuando resulte satisfecha la carga de la prueba sólo puede, desde luego, determinarse a la vista, de los participantes, reales o imaginarios, en el discurso.

Hasta aquí se tuvo en cuenta el caso en que los hechos tomados en consideración son juzgados como iguales. De éste hay que distinguir los casos en los que, para apartarse de lo que pueda ser la regla, se aducen hechos especiales, o bien se advierte sobre la falta de determinados hechos. También aquí hay que aceptar una carga de la argumentación. Surge de la presunción de igualdad expresada por la regla (3.1)[852]. El límite entre los casos que se parecen tanto entre sí que existe una tal carga de la argumentación, y aquellos que se diferencian entre sí tanto que ya no cabe suponer que dicha carga sea ciertamente fluida.

Un uso de los precedentes que se base en la mencionada regla de la carga de la argumentación cumple una serie de funciones valiosas. Estas funciones se corresponden en parte con las del uso de los argumentos dogmáticos. Antes de entrar en ello se presentará, pues, una breve exposición sobre la relación entre la argumentación dogmática y la basada en los precedentes.

---

850 Cfr. sobre ello, sobre todo, KRIELE, *Ibid*., pp. 243, 247, 253 y 276.

851 Ch. PERELMAN/ L. OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique,* pp. 42 y s., y 294 y ss. PERELMAN subraya expresamente que el principio de inercia sirve de fundamento a la apelación al precedente. Sobre el principio de inercia cfr. *supra*. p. 246 y s.

852 Cfr. *supra*. p. 274 (regla [3,1]).

El punto más importante es que, por un lado, muchos enunciados dogmáticos están incorporados también en precedentes y, por otro lado, las decisiones judiciales son aceptadas por la dogmática que pretende precisamente ser dogmática del Derecho vigente[853]. Lo específico de la dogmática, configurada como ciencia del Derecho, consiste ante todo en que la ciencia del Derecho elabora sus enunciados, en una amplia medida, en forma sistemático-conceptual, propone enunciados para la solución de casos que todavía no fueron objeto de decisiones jurídicas, y prepara posibles soluciones alternativas. Lo específico de las decisiones jurídicas que crean precedentes hay que verlo, por el contrario, ante todo en el hecho de que los enunciados de las decisiones judiciales no se usan sólo para la comunicación de propuestas, sino para la ejecución de actos. Tienen, para tomar una distinción de AUSTIN antes mencionada, una fuerza ilocucionaria completamente distinta a los de la ciencia del Derecho[854]. Esto, desde luego, no puede llevar a engaño, en el sentido de que entre los enunciados de la dogmática y los enunciados en que se basan los precedentes, al menos en lo que respecta a su contenido, existe un considerable grado de coincidencia. Ya por ello, mucho de lo que se ha dicho sobre la función de la dogmática se aplica también a la función del uso del precedente.

Esto vale especialmente para la función de estabilización, de progreso[855] y de descarga[856]. Aquí hay que hacer referencia a lo indi-

---

853 En este sentido, ESSER habla acertadamente de que los precedentes controlan la «"circulación" entre teoría y praxis». (J. ESSER. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung,* p. 189).

854 Cfr. *supra*, p. 92.

855 Cfr. sobre ello M. KRIELE, *Ibid*., pp. 264 y ss.

856 Cfr. *Ibid*., pp. 262 y ss.

cado antes. Con el aseguramiento de la estabilidad, el uso del precedente supone también una contribución a la seguridad jurídica y a la protección de la confianza en la aplicación del Derecho.

La seguridad jurídica y la protección de la confianza no son ciertamente los únicos fines. Si lo fueran, no podría ser admisible el apartarse de los límites del principio de inercia. Desde el punto de vista de la teoría del discurso, la razón más importante en favor de la racionalidad de un uso del precedente que responda al principio de universabilidad y de inercia deriva de los límites de la argumentación práctica general. Como se mencionó antes, las reglas del discurso no permiten siempre encontrar precisamente un resultado correcto. Con frecuencia queda un considerable espacio de lo discursivamente posible[857]. El llenar este espacio con soluciones cambiantes e incompatibles entre sí contradice la exigencia de consistencia y el principio de universabilidad. La introducción de una carga de la argumentación en favor de los precedentes no puede, por otro lado, contemplarse como una contravención de las reglas del discurso, mientras no se excluya la posibilidad de que seguir el precedente puede suponer adoptar una máxima de decisión reconocida como equivocada. La limitación del espacio de lo discursivamente posible así efectuada debe verse, por ello, como racional[858]. Se puede formular pues como reglas más generales del uso del precedente las siguientes reglas:

---

857 Cfr. *supra,* p. 92.

858 Cfr. M. KRIELE, *Ibid*., p. 258. No se puede estar de acuerdo con LARENZ, quien es de la opinión de que «lo que "vincula" no es el precedente como tal, sino únicamente la norma correctamente interpretada o concretada dentro de él» (K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 422). Precisamente por ello, los precedentes son importantes porque frecuentemente no es posible distinguir cuál de las varias propuestas de solución es la correcta. En esta situación, el simple hecho de que una propuesta de solución ha sido

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

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

Hasta aquí se ha fundamentado la regla de la carga de la argumentación como regla del discurso jurídico. Otra cuestión es si puede ser contemplada como «principio de nuestro Derecho positivo»[859]. Esta cuestión afecta a lo antes mencionado sobre el carácter de fuente del Derecho de los precedentes. Un intento por contestarla llevaría al problema general de la calificación jurídica de las reglas del discurso. Aquí es suficiente con señalar el problema.

2.5.2. Uso del precedente y argumentación jurídica.

La extensión de la obligación regulada por la regla de la carga de la argumentación depende de la amplitud de las posibilidades de apartarse de los precedentes. Hay que distinguir entre las técnicas de divergencia y las razones para la divergencia.

Las técnicas de divergencia son partes constitutivas del uso de los precedentes. En esta investigación no es posible presentar, ni siquiera en forma rudimentaria, las numerosas teorías elaboradas a tal efecto, especialmente en la ciencia jurídica anglosajona[860] únicamente se resaltarán algunos puntos que son de importancia para la

---

ya una vez aplicada es una buena razón para volver a elegirla. Por otro lado, hay que estar de acuerdo con LARENZ en que un precedente no puede ser aceptado de manera, por así decirlo, «incondicional». La «presunción» en favor del precedente no basta si existen en relación con él serias dudas» (*Ibid*., p. 422 y 423. nota 144). Sobre algunas razones que justifican el abandono del precedente cfr. O. A. GERMAN, *Präjudizien als Rechtsquelle*, pp. 35 y ss.

859 En este sentido M. KRIELE, *Ibid*., p. 248.

860 Cfr. sobre ello M. KRIELE, *Ibid*., pp. 282 y ss.; O. A. GERMAN, *Ibid*., pp. 21 y ss.

cuestión de la relación entre los argumentos que se apoyan en los precedentes y los otros argumentos posibles en el discurso jurídico.

El uso de un precedente significa la aplicación de la norma que subyace a la decisión del precedente. «El Derecho del precedente es también un Derecho de normas.»[861]. La cuestión es qué debe considerarse como una norma, contemplado desde el punto de vista del precedente. A este propósito, se han construido numerosas teorías para distinguir entre *ratio decidendi* y obiter *dictum*[862]. El planteamiento limitado que aquí se sigue permite, en lugar de entrar en una discusión de estas teorías, señalar únicamente dos cosas: La posibilidad del *distinguishing* y del *overruling*. La técnica del *distinguishing* sirve para interpretar de forma estricta la norma que hay que considerar desde la perspectiva del precedente, por ejemplo, mediante la introducción de una característica del supuesto de hecho no existente en el caso a decidir, de manera que no sea aplicable al caso. Con esto, el precedente como tal sigue siendo respetado. La técnica del *overruling*, por el contrario, consiste en el rechazo del precedente. Aquí sólo interesa una cosa: tanto el *distinguishing* como el *overruling* tienen que ser fundamentados. Según KRIELE, para ello se necesitan razones jurídicas[863]. Es pues correcto pensar que los argumentos prácticos de tipo general juegan en tales situaciones un papel especial. Pero junto a ellos son admisibles todos los otros argumentos posibles en el discurso jurídico.

El uso de los precedentes se muestra así como un procedimiento de argumentación que viene exigido como tal por razones

861 M. KRIELE, *Ibid,* p. 270

862 Para la exposición del estado de la discusión cfr. M. KRIELE, *Ibid*., pp. 282 y ss. Cfr, además W. SCHLÜTER, *Das Obiter dictum*. München, 1973, pp. 77 y ss.

863 M. KRIELE, *Ibid*., pp. 246 y 286.

práctico-generales (principio de universabilidad / regla de la carga de la argumentación) y que es, en esa medida, racional, y cuyo uso presupone argumentos adicionales, especialmente, argumentos prácticos de tipo general.

2.6. Sobre el uso de formas de argumentos jurídicos especiales

Por formas de argumentos jurídicos especiales[864] cabe entender aquí las formas de argumentos que se usan especialmente en la metodología jurídica, como la analogía, el *argumentum e contrario*, el *argumentum a fortiori* y el *argumentum ad absurdum*. Las observaciones que siguen tienen únicamente la finalidad de aclarar el papel de estas formas en el discurso jurídico, Por lo que se refiere a su análisis lógico, se apoyan sobre todo en investigaciones realizadas en los últimos tiempos con los medios de la lógica moderna[865].

Todas las formas de argumentos jurídicos especiales pueden expresarse como formas de inferencia, lógicamente válidas. Ello no tiene nada de particular, pues esto es posible hacer con toda forma de argumento. Para ello se necesita en casi todos los casos una especial preparación de las premisas y, con frecuencia,

---

864 Sobre esta denominación cfr. U. KLUG, *Juristische Logik*, 3.ª ed., Berlin/ Heidelberg/ New York, p. 97, quien habla de «argumentos especiales de la lógica jurídica». Esta denominación no es ciertamente del todo correcta, pues las formas caracterizadas aquí como «jurídicas» son también importantes en otros campos. Muchos de ellos han adquirido un desarrollo especial en el marco de la Jurisprudencia. Esto justifica la denominación utilizada arriba.

865 Cfr. sobre ello U. KLUG, *Ibid*., pp. 97 y ss.; Th. HELLER, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, Berlin, 1961; U. DIEDERICHSEN, *Die «reductio ad absurdum» in der Jurisprudenz*, en: *Festschirft f. K. LARENZ*, München, 1973, pp. 155 y ss.; R. SCHREIBER, *Logik des Rechts*, Berlin/Göttingen/ Heidelberg. 1962, pp. 57 y ss.

la introducción de premisas especiales que las más de las veces permanecen implícitas en las argumentaciones que tienen lugar de hecho. La formulación de las formas de argumentos jurídicos especiales como formas de inferencia lógicamente válidas tiene dos ventajas: hace posible la comprensión de su forma lógica y aclara su contenido no lógico.

Las expresiones tradicionales incluyen formas muy distintas. Como ejemplo de una forma de inferencia lógicamente válida, sin el añadido de premisas especiales, puede considerarse un caso de *argumentum e contrario* discutido por KLUG:

(J. 15) $\cdot$ (1) (x) $(OGx \rightarrow Fx)$

$\cdot$ (2) (x) $(\neg Fx \rightarrow \neg OGx)$ (1)[866]

(J. 15) es una inferencia lógicamente válida. El hecho de que sea posible un argumento de esta forma presupone sin embargo que la norma de que se parte tiene la forma indicada en (1). Debe establecer que sólo si x es F, debe seguirse la consecuencia jurídica en cuestión. El que esto sea o no el caso depende de cómo se la interprete. Esto puede ciertamente apoyarse muchas veces en formulaciones adecuadas del texto de las normas; sin embargo, con frecuencia son necesarios para ello argumentos adicionales. Son admisibles en cuanto argumentos adicionales, todos los argumentos posibles en el discurso jurídico[867]. Incluso una forma tan sencilla

866 Sobre este esquema cfr. U. KLUG, *Ibid*., p. 128. La simbolización se ha adaptado a la utilizada aquí.

867 Esto resulta limitado cuando KLUG considera que en tales casos sólo es necesario un análisis teleológico (Ibid., p. 129). Los argumentos teleológicos son sólo una clase de los argumentos posibles aquí. Para fundamentar que el supuesto de hecho es una condición necesaria para que se produzca la consecución jurídica se puede acudir, por ejemplo, a la voluntad del legislador.

como (J. 15) remite a toda una profusión de argumentos jurídicos imaginables. Esto vale para todos los casos de empleo de normas de inferencia lógicas en las argumentaciones jurídicas[868].

Las formas de argumentos jurídicos especiales difícilmente hubiesen llegado a ser el objeto de tantas disputas si no se hubiera tratado más que de la aplicación a la argumentación jurídica de las formas de inferencia lógica de validez general. Precisamente por eso son interesantes. La más discutida es la analogía[869].

También la analogía puede expresarse como una inferencia lógica válida. Esto es posible hacerlo de muy diversas maneras. Aquí se elegirá un camino particularmente fácil. «F sim. x» significa «x es semejante a F». La inferencia analógica puede entonces formalizarse de la siguiente manera:

(J. 16) · (1) (x) (Fx v F sim. x → OGx)
· (2) (x) (Hx → F sim. x)
(3) (x) (Hx → OGx) (1), (2).

(J. 16) se corresponde con la fórmula de KLUG (9.6)[870]. En (J .16) puede insertarse por ello el ejemplo de KLUG «x» se interpreta pues como variable sobre acciones:

---

868 Para la interpretación de las variables de las fórmulas de la lógica proposicional en relación con enunciados jurídicos cfr. además el ejemplo de DIEDERICHSEN que se refiere a una eventual presentación de la demanda por razones subjetivas (*Ibid*., p. 170 y s.).

869 Aquí sólo se considerará la forma de la analogía designada como analogía legal o, según LARENZ, analogía simple. Sobre estos conceptos cfr. K. ENGISCH, *Ibid*., p. 147; K, LARENZ, *Ibid*., p. 368 y s.

870 KLUG, *Ibid.,* p. 120. Esta se formula en el lenguaje del cálculo de clases y tiene la siguiente forma: ((αcβ) & ((βUγ)cδ)) (αcδ). α se corresponde con Hx, b con F' sim a x, g con F'x y ä con OGx.

· (1) Para todo x: si x es un contrato de compraventa (F) o un contrato semejante al de compraventa (F sim), entonces deben serle aplicables a x los parágrafos 433 y ss. del BGB.

· (2) Para todo x: si x es un contrato que tiene por objeto la trasmisión onerosa de un local de negocios (H), entonces x es un contrato semejante al de compraventa (F sim).

· (3) Para todo x: si x es un contrato que tiene por objeto la trasmisión onerosa de un local de negocios (H), entonces deben aplicársele los parágrafos 433 y ss. del BGB (1), (2).

Este ejemplo pone de manifiesto que el auténtico problema de la analogía no radica en la inferencia de (3) a partir de (1) y (2), sino en la fundamentación de (1) y (2). KLUG propone por ello llamar a una inferencia como (J.16) no «inferencia analógica», sino, por ejemplo, «la inferencia con que concluye el procedimiento jurídico de analogía»[871]. Se plantea por ello la cuestión de cómo puede fundamentarse las premisas (1) y (2).

(1) no es por regla general una norma que pueda deducirse de la ley. La norma que se puede deducir de la ley tiene generalmente la forma:

(1.a) (x) (Fx → OGx).

Para llegar a (1) a partir de aquí es necesaria una regla como

(1.b) Los supuestos de hecho que son semejantes desde un punto de vista jurídico deben tener las mismas consecuencias jurídicas[872].

---

871 U. KLUG, *Ibid.,* p. 121. Cfr. además Th. HELLER, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, p. 46.

872 Sobre dicho enunciado cfr. Th. HELLER, *Ibid.,* p. 118; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, p. 256 (nota 166 c).

(1.b) es un caso especial del principio de universabilidad (1.3')[873] y, por ello, del principio de igualdad. La analogía se basa, pues, en el principio de universabilidad o el principio de igualdad[874]. Esto significa que en la fundamentación de la segunda premisa en (J.16), la determinación de la semejanza, aparecen todas las dificultades de la aplicación del principio de igualdad. Ciertamente, se puede analizar las estructuras lógicas de las relaciones de semejanza[875], pero no obstante ello, el establecimiento de la semejanza jurídicamente relevante no puede surgir únicamente de semejante análisis. Numerosos autores han señalado por ello que la analogía presupone una valoración[876]. Para la fundamentación de esta valoración son admisibles todos los argumentos posibles en el discurso jurídico. Esto no significa que la analogía sea superflua como forma de argumentación. Es una estructura formal para lo que podría llamarse argumentos materiales que sólo pueden desplegar su eficacia en esa estructura. Como tal, está unida al concepto de discurso de dos maneras. Por un lado, se basa en el principio de universabilidad que es constitutivo tanto del discurso

873 Cfr., *supra*, p. 267.

874 En este sentido K. ENGISCH, *Ibid.,* p. 256 (nota 166 c); K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* p. 366; R. ZIPPELIUS, *Einführug in die juristische Methodenlehre,* p. 69 y s.; *Id., Rechtsphilosophische Aspekte der Rechtsfindung*, en: «JZ», 1976, p. 153.

875 Cfr. sobre ello la explicación de KLUG del concepto de semejanza con ayuda del concepto de círculo de semejanza, así como la concepción de HELLER de la analogía como igualdad de estructuras (U. KLUG, *Ibid.,* p. 79 y s. y 120; Th. HELLER, *Ibid*, pp. 24 y ss.).

876 Cfr. por ejemplo K. LARENZ, *Ibid.,* p. 367; U. *DIEDERICHSEN. Traditionelle Logik für Juristen*, en: «Juristische Analysen», 2 (1970), p. 780; J. ESEER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 183; O. WEINBERGER, *Über die Offenheit des rechtslichen in der Rechtsfindung Normensystems*, en: *Festschrift f. W. Wilburg.* Graz, 1975, p. 447; Th. HELLER *Ibid.,* p. 110; U. KLUG, *Ibid.,* p. 123.

práctico general como del discurso jurídico; por otro lado, sólo puede aplicarse si se llena argumentativamente.

Lo mismo vale para el argumento de reducción al absurdo analizado por DIEDERICHSEN[877]. Un caso de tal argumento por reducción al absurdo se da por ejemplo cuando para la fundamentación de la tesis de que una determinada interpretación I de una norma R no es admisible a través de una regla de uso de las palabras W ($I_W^R = R'$), se aduce que la misma lleva a resultados que se califican como inaceptables, absurdos, incomprensibles o con alguna otra expresión semejante[878]. Tal resultado inaceptable puede designarse como un estado Z que –al menos según la opinión de quienes argumentan– es contemplado como prohibido ($O \neg Z$). El argumento tiene entonces la siguiente estructura, que se corresponde con el esquema (S) antes discutido[879]:

(J.17) (1) $O \neg Z$

$\cdot$ (2) $R' \neg Z$

(3) $\neg R'$

Las premisas (1) y (2) tienen que fundamentarse. Hay que mostrar sobre todo que Z se considera como prohibido y que R' tiene realmente como consecuencia a Z. Lo primero puede verificarse, entre otras formas, por medio de argumentos prácticos de tipo general; y lo último tiene que hacerse mediante argumentos empíricos. (J.17) es ciertamente una forma especialmente estricta de un argumento de reducción al absurdo. Las formas más débi-

877 U. DIEDERICHSEN, *Die «reductio ad absurdum» in der Jurisprudenz*, pp. 175 y ss.

878 Para ejemplos extraídos de la jurisprudencia cfr. U. DIEDERICHSEN, *Ibid,.* pp. 157 y 175 y ss.

879 Por ello rige para este esquema lo antes indicado sobre la validez de (S). Cfr. *supra*, p. 329 y s.

les suponen que Z no está absolutamente prohibido, sino que es la peor de entre varias alternativas. Aquí, todo depende de que la exigencia de fundamentación de (1) produzca la conexión de esta forma con el discurso jurídico.

Este esbozo tiene que bastar aquí. Pone de manifiesto que en el uso al menos de las tres formas de argumentos discutidas se trata de casos especiales del discurso práctico general. (J.15) es un esquema de inferencia válido lógicamente, (J.16) es exigido por el principio de universabilidad, y (J.17) es un caso en que se toma en consideración las consecuencias. En la medida en que estas formas pueden reducirse a reglas y formas del discurso practico general, su uso puede designarse como racional. Pero también quedó claro que el uso de tales formas, al igual que el de los cánones, sólo es racional en la medida en que resulten saturadas y en que los enunciados insertados para la saturación puedan ser fundamentados en el discurso jurídico. Para el uso de estas formas tiene por ello vigencia la regla.

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

2.7. Sobre el papel de los argumentos prácticos generales en el discurso jurídico

En las anteriores consideraciones se ha aludido siempre al papel de los argumentos prácticos de tipo general en el discurso jurídico. Aquí se trata por ello sólo de sintetizar una vez más lo dicho hasta ahora.

La argumentación práctica general puede ser necesaria (1) en la fundamentación de las premisas normativas que se requieren para la saturación de las distintas formas de argumentos[880], (2)

880 Cfr. *supra,* pp. 327, 335 y s., y 386.

en la fundamentación de la elección entre distintas formas de argumentos que llevan a diferentes resultados[881] (3) en la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos[882], (4) en la fundamentación de los *distinguishing* y *overruling*[883] y (5) directamente en la fundamentación de los enunciados a utilizar en la justificación interna.

Ciertamente, la utilización de argumentos prácticos de tipo general de ninguna manera es el único medio en estas cinco situaciones. Resulta siempre por lo menos imaginable que en lugar de argumentos prácticos de tipo general se utilicen enunciados dogmáticos o enunciados de los precedentes. Así, el uso de enunciados dogmáticos o de enunciados de los precedentes es posible no sólo para la saturación de las distintas formas de argumentos, sino también para la fundamentación de la elección entre distintas formas de argumentos que llevan a resultados distintos. El principio de universabilidad exige que, en los distintos contextos de elección, se proceda según reglas de ponderación (J.8)[884]. Tales reglas de ponderación pueden adoptar el carácter de enunciados dogmáticos o de enunciados de los precedentes. También para la justificación de los *distinguishing* y *overruling* puede aducirse enunciados dogmáticos. Finalmente, es posible fundamentar los propios enunciados dogmáticos de nuevo a través de enunciados dogmáticos.

La posibilidad de introducir enunciados dogmáticos y de los precedentes en las cinco situaciones mencionadas puede, ciertamente, desplazar la argumentación práctica general, aunque sólo

881 Cfr. *supra,* pp. 340 y s.

882 Cfr. *supra,* pp. 358 y s.

883 Cfr. *supra,* p. 380.

884 Cfr. *supra,* p. 341 y s.

parcialmente; con frecuencia sólo de manera incompleta; y siempre de manera sólo provisional.

La desplaza sólo *parcialmente* porque en ningún caso hay siempre disponibles los correspondientes enunciados dogmáticos o de los precedentes. Si no hay disponible ningún enunciado dogmático o de los precedentes, entonces interviene directamente la argumentación práctica general.

El desplazamiento es con frecuencia sólo *incompleto* porque ciertamente puede emplearse, lo que no es raro; un enunciado dogmático de los precedentes, pero este enunciado no es el enunciado necesario (por ejemplo, para la saturación de una forma de argumento), y a partir de este enunciado (juntamente también con enunciados empíricos y con las formulaciones de las normas jurídicas vigentes) no se sigue lógicamente el enunciado necesario. En esta situación son necesarias premisas adicionales con contenido normativo, que hay que fundamentar según la razón práctica general. Por lo tanto, tiene lugar lo que antes se llamó «fundamentación dogmática impura»[885] o lo que correspondientemente puede denominarse una «fundamentación impura a partir del precedente».

El punto más importante es que el desplazamiento de los argumentos prácticos de tipo general es siempre sólo provisional. Los enunciados dogmáticos no siempre pueden seguir siendo fundamentados a partir de enunciados dogmáticos. Para su comprobación, así como para la fundamentación de la aplicabilidad de los precedentes, son necesarios en último término argumentos prácticos de tipo general[886]. La argumentación práctica general constituye por ello el fundamento de la argumentación jurídica.

---

885 Cfr. *supra,* p. 357.

886 Cfr. *supra,* p. 363 y s.

III. DISCURSO JURÍDICO Y DISCURSO PRÁCTICO GENERAL

Las anteriores discusiones han evidenciado la inextricable unión del discurso jurídico con el discurso práctico general. Si se sintetiza lo dicho hasta hora, pueden distinguirse cuatro aspectos de esta vinculación: (1) la necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general, (2) la coincidencia parcial en la pretensión de corrección, (3) la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general y (4) la necesidad de argumentación práctica de tipo general en el marco de la argumentación jurídica.

1. La necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general

La necesidad del discurso jurídico surge de la debilidad de las reglas y formas del discurso práctico general. La debilidad de estas reglas y formas consiste en que las mismas definen un procedimiento de decisión que en numerosos casos no lleva a ningún resultado y que, si lleva a un resultado, no garantiza ninguna seguridad definitiva. Hay tres razones para esta debilidad: (1) Las reglas del discurso no prescriben de qué premisas normativas deben partir los participantes en el discurso. El punto de partida del discurso lo constituyen las convicciones normativas realmente existentes, que con frecuencia son incompatibles entre sí. Puesto que (2) no todos los pasos de la argumentación están fijados y (3) algunas reglas del discurso sólo pueden cumplirse de manera aproximada, existe por ello siempre la posibilidad de que no se alcance ningún acuerdo. Ciertamente, las reglas del discurso exigen algunos enunciados normativos como discursivamente necesarios. Su negación es incompatible con ellas (discursivamente

imposible)[887]. Sin embargo, queda un amplio campo de lo posible discursivamente en el que puede justificarse tanto un determinado enunciado normativo como su negación, sin infringir las reglas del discurso[888].

Dada esta situación y la necesidad de decidir existente de hecho, es racional (es decir, fundamentable en un discurso práctico) ponerse de acuerdo en un procedimiento que limite el campo de lo posible discursivamente de la manera más racional posible. Ejemplos de tal procedimiento lo son las reglas de la legislación parlamentaria en que se apoyan el principio de la mayoría y de la representación, y los distintos ordenamientos procesales.

Las normas jurídicas surgidas del proceso de la legislación no solucionan todos los problemas. Sé ha puesto de manifiesto numerosas veces que de ninguna manera determinan de forma completa la decisión jurídica. Se enunciaron cuatro razones para ello: (1) la vaguedad del lenguaje del Derecho, (2) la posibilidad de conflictos normativos, (3) el hecho de que son posibles casos que exigen una regulación jurídica, pero para cuya regulación no se encuentra ninguna norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir en casos especiales en contra del tenor literal de la norma[889]. Si se quisiera llenar siempre el campo de indeterminación que surge de esta forma, únicamente a través de la argumentación práctica general, las debilidades de la argumentación práctica general seguirían afectando a la decisión jurídica en un grado considerable. Por ello, resulta racional la introducción de formas y reglas especiales de la argumentación jurídica, su institucionaliza-

887 Cfr. *supra,* pp. 45 y ss.

888 Cfr. *supra,* pp. 200 y s., y 289 y s.

889 Sobre ello cfr. *supra,* pp. 25 y ss.

ción como ciencia jurídica, y su inclusión en el contexto de los precedentes. De esta forma, dentro del área de incerteza dejado por las normas jurídicas, puede limitarse aún más el área de lo posible discursivamente.

Con ello, la argumentación práctica general no es expulsada de la argumentación jurídica. La argumentación jurídica sigue dependiendo normalmente de argumentos prácticos de tipo general, como se ha indicado una y otra vez. La incerteza debida a la naturaleza del discurso práctico general no puede por ello nunca ser eliminada por completo. Como elemento de la argumentación jurídica, la argumentación práctica general, sin embargo, tiene lugar, no en último término, bajo condiciones que elevan considerablemente su rendimiento, en base a la institucionalización del discurso jurídico como ciencia jurídica.

2. La coincidencia parcial en la pretensión de corrección

Otro aspecto de la vinculación lo constituye la pretensión de corrección que también tiene carácter constitutivo para las argumentaciones jurídicas[890]. A diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, esta pretensión no se refiere a que los enunciados normativos en cuestión sean absolutamente racionales, sino sólo a que pueden ser fundamentados racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente[891]. La racionalidad de la argumentación jurídica, en la medida en que está determinada por la ley, es por ello siempre relativa a la racionalidad de la legislación. Una racionalidad ilimitada de la decisión jurídica presupondría la racionalidad de la legislación. Lo últi-

890 Sobre ello cfr. *supra,* pp. 189 y ss., y 295 y ss.

891 Cfr. *supra,* p. 303.

mo tiene como condición que en la respectiva sociedad las cuestiones prácticas sean resueltas racionalmente. Para llegar a una teoría del discurso jurídico que contenga también esta condición de racionalidad habría que ampliar la teoría del discurso racional práctico general hasta una teoría de la legislación, y ésta hasta una teoría normativa de la sociedad, de la que la teoría del discurso jurídico constituiría una parte. Los fines perseguidos aquí son limitados. Lo único que cabe preguntar es qué significa decidir racionalmente en el marco de un ordenamiento jurídico válido. Esta pregunta debe aclararse en la teoría de la argumentación jurídica. En una teoría tal son importantes ciertamente una serie de cuestiones que también deben ser tratadas en una teoría de la legislación y en una teoría normativa de la sociedad. Las teorías mencionadas pueden por ello distinguirse, pero no separarse estrictamente.

3. La coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general

La conexión del discurso jurídico con el discurso práctico general resulta especialmente clara en la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general.

(1) Las reglas y formas de la justificación interna son supuestos de aplicación del *principio de universabilidad* (1.3')[892], que se corresponden con el principio de justicia formal de tratar igual a lo igual[893]. Las reglas y formas de la justificación interna son la estructura básica de la argumentación jurídica. Con ello, el mis-

892 Cfr. *supra,* pp. 107 y ss., y 273 y s.

893 Cfr. *supra,* p. 306.

mo principio constituye el fundamento tanto del discurso práctico general como del discurso jurídico.

(2) Tanto en el discurso práctico general como en el discurso jurídico, la *argumentación empírica* juega siempre un papel importante y, con frecuencia, el decisivo. En efecto, a menudo hay acuerdo sobre las premisas normativas, pero se discute sobre los hechos. Por ello tiene validez en ambas formas de discurso la regla (6.1)[894] que permite en todo momento el paso a un discurso teórico (empírico). Con ello se plantea en ambas formas de discurso el problema de que el saber empírico necesario no puede ser adquirido frecuentemente con la certeza necesaria. En ambas formas de discurso son por ello necesarias reglas de presunción racional[895].

(3) Algunas de las formas de argumentos agrupados como *cánones* de la interpretación sirven para dar carácter vinculante, de ninguna manera irracional, a la argumentación jurídica. En otras se trata de variantes de formas de argumentos prácticos de tipo general. Así, la forma de argumento teleológico discutida (J.5)[896], puede verse como una variante del argumento consecuencialista general (4.3)[897].

(4) La *ciencia jurídica dogmática* puede entenderse como una institucionalización estable del discurso práctico bajo la condición de existencia de un ordenamiento jurídico. Por medio de esta institucionalización se pueden producir resultados que no serían posibles únicamente con los medios del discurso práctico

894 Cfr. *supra,* pp. 288 y 301.

895 Cfr. *supra,* p. 288.

896 Cfr. *supra,* p. 332.

897 Cfr. *supra,* pp. 191 y s. 325 y s.

general[898]. La discusión experimenta una considerable ampliación en los aspectos temporal, personal y objetual. Así, puede aumentarse tanto la consistencia como también el carácter diferenciado de la decisión. Lo primero viene exigido directamente por los principios de no contradicción[899], universabilidad[900] e inercia[901], lo último, indirectamente a través de la exigencia de admisibilidad y de consideración de todos los argumentos, que encuentra expresión en la regla de razón (2.2)[902]. El cumplimiento de estas exigencias se corresponde con las funciones desarrolladas por la dogmática de: estabilización[903], progreso[904], control[905] y heurística[906].

(5) El fundamento del *uso del precedente* lo constituye el principio de universabilidad y de inercia[907]. Por ello, también los principios prácticos generales sirven como fundamento para dicho uso.

(6) Esto vale finalmente también para el uso de las *formas de argumentos jurídicos especiales*. La variante discutida de argumentum e contrario era un supuesto de aplicación de una regla lógica y, por ello, de (1.1)[908]; la analogía mostró ser un caso espe-

---

898 Cfr. *supra,* pp. 364 y s.

899 Cfr. *supra,* pp. 264 y ss., regla (1.1).

900 Cfr. *supra,* p. 264, regla (1.3').

901 Sobre ello cfr. *supra,* pp. 272 y s., regla (3.1) y (3.2).

902 Cfr. *supra,* p. 270.

903 Cfr. *supra,* pp. 364 y ss.

904 Cfr. *supra,* pp. 366 y s.

905 Cfr. *supra,* pp. 371.

906 Cfr. *supra,* p. 371 y s.

907 Cfr. *supra,* pp. 375 y s.

908 Cfr. *supra,* pp. 264 y 382.

cial de aplicación del principio de universabilidad (1.3); y el argumento de reducción al absurdo, una variante de la forma básica del argumento consecuencialista (S)[909] o (4.3)[910].

4. La necesidad de argumentos prácticos generales en el marco de la argumentación jurídica

El aspecto más frecuentemente subrayado de la vinculación entre ambas formas de discurso no consiste en la coincidencia estructural recién esbozada, sino en la necesidad de argumentos prácticos generales en el marco del discurso jurídico. Las razones para ello fueron ya antes varias veces subrayadas y expuestas resumidamente[911]. Se estableció que la argumentación jurídica depende normalmente de la argumentación práctica general y que, por ello, se puede hablar de que la argumentación práctica general constituye el fundamento de la argumentación jurídica.

Este resultado parece estar en una cierta contradicción con la tesis antes expuesta de que el discurso jurídico es necesario, precisamente por las debilidades del discurso práctico general, y porque en los discursos jurídicos, especialmente en razón de su institucionalización como ciencia del Derecho y de su vinculación a los precedentes, pueden lograrse resultados que no son posibles en el discurso práctico general. ¿Por qué ha de ser la argumentación jurídica necesaria y cómo ha de poder alcanzar estos resultados, si, en último término, depende de la argumentación práctica general?

La respuesta es obvia después de lo dicho hasta aquí. El hecho de que la argumentación jurídica dependa de la argumentación

909 Cfr. *supra,* pp. 325 y s., y 386.

910 Cfr. *supra,* p. 279.

911 Cfr. *supra,* pp. 387 y ss.

práctica general no significa que sea idéntica o que pueda reducirse a ella. La argumentación práctica general necesaria en el discurso jurídico tiene lugar según formas especiales y siguiendo reglas especiales y bajo condiciones especiales. Estas formas y reglas especiales llevan tanto a una consolidación como a una diferenciación de la argumentación. Ambas cosas son necesarias por razones prácticas de tipo general. La argumentación jurídica puede por ello verse como una forma especial de la argumentación práctica general, que viene exigida por razones prácticas de tipo general, que depende en cuanto a su estructura de principios prácticos generales, que no puede prescindir de la argumentación práctica general, que tiene lugar según formas especiales, de acuerdo con reglas especiales y bajo condiciones especiales (lo que la hace especialmente eficaz) y que no se puede reducir a la argumentación práctica general.

5. Los límites y la necesidad de la teoría del discurso jurídico racional

El hecho de que la argumentación jurídica tenga lugar según formas especiales, de acuerdo con determinadas reglas y bajo determinadas condiciones, pero permaneciendo siempre dependiente de la argumentación práctica general, significa que las debilidades del discurso práctico general se suavizan ciertamente de forma considerable en el discurso jurídico, aunque nunca puedan ser eliminadas.

Para quien sólo está dispuesto a aceptar como teoría de la argumentación jurídica racional un procedimiento que garantice la seguridad del resultado, la teoría aquí propuesta resulta rechazable ya por este motivo. Sin embargo, un procedimiento que garantice seguridad no está a la vista. Quien equipara seguridad y racionalidad debe por ello renunciar a una teoría de la argumentación jurídica racional.

Sin embargo, no existe ningún motivo para tal equiparación. Tampoco en las ciencias naturales que han sido con frecuencia contrapuestas a la Jurisprudencia en cuanto paradigma de verdaderas ciencias puede hablarse de la formación de una seguridad definitiva. El simple hecho de que no pueda alcanzarse seguridad difícilmente puede por ello verse como una razón suficiente para negar a la Jurisprudencia el carácter de una ciencia o de una actividad racional.

No es la producción de seguridad lo que constituye el carácter racional de la Jurisprudencia, sino el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios o reglas. En este trabajo se ha tratado de poner de manifiesto tales condiciones, criterios o reglas. Su presentación sistemática puede verse como una explicación del concepto de argumentación jurídica racional.

Es difícil que se puedan dirigir objeciones serias en contra de que no sea la seguridad del resultado, sino el cumplimiento de tales condiciones, criterios o reglas, lo que constituye el carácter racional de la argumentación jurídica. En cambio es problemático qué sea lo que haya que considerar como condiciones, criterios o reglas. Un acuerdo sobre el contenido mínimo de los mismos se alcanzaría rápidamente. Aquí se incluye, por ejemplo, la exigencia de consistencia (no contradicción), de racionalidad de los fines y de verdad de los enunciados empíricos empleados. Estas exigencias no son triviales y su importancia para la argumentación jurídica ha sido ya suficientemente aclarada. Por sí solas no son suficientes sin embargo como fundamento de un análisis del concepto de argumentación jurídica racional. La argumentación jurídica puede ser consistente, no contravenir los principios de racionalidad de los fines, apoyarse sólo en enunciados empíricos verdaderos y, sin embargo –por ejemplo, a causa del fin que le sirve de fundamento–, ser considerada «irracional». Una explica-

ción del concepto de argumentación jurídica racional tiene por ello que partir de criterios más fuertes que los anteriormente mencionados.

La teoría aquí propuesta es un intento de exposición de tales criterios más fuertes. Este intento no sirve sólo para el análisis de un concepto interesante. Si es cierta la tesis de que en las discusiones jurídicas se plantea la pretensión de argumentar racionalmente, el análisis de lo que hay que entender por argumentación jurídica racional es un presupuesto para su comprensión teórica.

La explicación del concepto de argumentación jurídica racional tiene lugar en esta investigación mediante la descripción de una serie de reglas a seguir y de formas que debe adoptar la argumentación para satisfacer la pretensión que en ella se plantea. Si una discusión se corresponde con estas reglas y formas, el resultado alcanzado en la misma puede designarse como «correcto». Las reglas y formas del discurso jurídico constituyen por ello un criterio de corrección para las decisiones jurídicas.

Como caso especial del discurso práctico general, el discurso jurídico incluye las reglas y las formas del discurso práctico general. Su utilización como criterio para decisiones correctas hace necesario una referencia al discurso hipotético y al consenso hipotético. Por ello, en la medida en que en la argumentación jurídica sean necesarios argumentos prácticos generales, la teoría del discurso jurídico racional padece las inseguridades de la teoría del discurso práctico general como criterio hipotético de corrección para los enunciados normativos. Estas inseguridades ciertamente no llevan a considerar que sea inútil la teoría del discurso como criterio de corrección –puede servir de algo, especialmente como criterio negativo–, pero significan que un juicio sobre la corrección de una decisión (fuera del campo de lo necesario

discursivamente) tiene siempre un carácter provisional, es decir, puede ser refutado.

El valor de las reglas y formas del discurso jurídico no se limita a la explicación del concepto de argumentación jurídica racional (y, con ello, de pretensión de corrección) y a su función como criterio de corrección hipotético. Contienen al mismo tiempo exigencias sobre las argumentaciones que tienen lugar de hecho. En este sentido, constituyen una medida con que pueden contrastarse las limitaciones que son necesarias en la búsqueda de la decisión jurídica, por ejemplo, en el proceso. Por ello, hay que partir de las fórmulas antes expuestas, esto es, de que en una determinada situación están justificadas aquellas limitaciones que, en comparación con otras o por sí mismas, ofrecen una mayor oportunidad para alcanzar un resultado que también se hubiese alcanzado bajo condiciones ideales. Con ello, la teoría del discurso ofrece algo así como un criterio, en situaciones específicas, para la racionalidad de procesos de decisión, y para la racionalidad de las decisiones producidas en ellos.

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

Decir algo en este sentido no es tarea de esta investigación. Sus fines son más limitados, y se han cumplido si es que se ha logrado hacer algo más claro que (y cómo) la jurisprudencia es posible en cuanto campo especial de la razón práctica.

APÉNDICE

TABLA DE LAS REGLAS Y FORMAS ELABORADAS

Advertencia: Hay que hacer resaltar que esta tabla no es un resumen de las ideas desarrolladas en la investigación, sino un resumen de uno de sus resultados.

I. LAS REGLAS Y FORMAS DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL

1. Las reglas fundamentales

(1.1) Ningún hablante puede contradecirse.

(1.2) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.

(1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes.

(1.3) Todo hablante sólo puede utilizar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones

en las que afirmase que son iguales en todos los aspectos relevantes.

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

2. Las reglas de razón

(2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

(2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

(2.2) (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.

(b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.

(c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

3. Las reglas de carga de la argumentación

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

(3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

(3.3) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.

(3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

4. Las formas de argumentos

(4) $\dfrac{\begin{array}{l}G\\ R\cdot\end{array}}{N\cdot}$

(4.1) $\dfrac{\begin{array}{l}T\\ R\end{array}}{N}$ (4.2) $\dfrac{\begin{array}{l}F\\ R\end{array}}{N}$

(4.3) $\dfrac{\begin{array}{l}F_R\\ R'\end{array}}{R}$ (4.4) $\dfrac{\begin{array}{l}T'\\ R'\end{array}}{R}$

(4.5) $R_l \; P \; R_k$ o bien $R'_i \; P \; R'_k$

(4.6) $(R_l \; P \; R_k)$ o bien $(R'_i \; P \; R'_k)$ C

5. Las reglas de fundamentación

(5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

(5.1.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

(5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

(5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórica-crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba:

a) Si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha pedido después su justificación, o

b) Si originariamente no se puede justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

(5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

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

6. Las reglas de transición

(6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

(6.2) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.

(6.3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

II. REGLAS Y FORMAS DEL DISCURSO JURÍDICO

1. Las reglas y formas de la justificación interna

1.1. Formas

1.1.1. *Forma más simple*

(J.1.1)
· (1) (x) (Tx → ORx)
· (2) Ta
(3) Ora (l), (2)

1.1.2. *Forma más general*

(J.1.2)
· (1) (x) (Tx → ORx)
· (2) (x) (M^1x → Tx)

· (3) (x) ($M^2x \rightarrow M^1x$)
.
.
.
· (4) (x) ($S\ x \rightarrow M^nx$)
· (5) Sa
· (6) ORa (1)-(5).

1.2. Reglas

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

(J.2.3) Siempre que exista duda sobre si a es un T o un M^i, hay que aducir una regla que decida la cuestión.

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

(J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

2. Reglas y formas de la justificación externa

2.1. Reglas y formas de la argumentación empírica. Rige (6.l). No se elaboraron reglas y formas especiales

2.2. Reglas y formas de la interpretación

2.2.1. *Formas de la interpretación semántica*

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

(J.3.2) R' *no puede* aceptarse como interpretación de R sobre la base de W_K.

(J.3.3) Es *posible* aceptar R' como interpretación de R, y es *posible* no aceptar R' como interpretación de R, pues no rigen ni W_i ni W_k.

2.2.2. Formas de la interpretación genética

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

(J.4.2) · (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z
· (2) $\neg$ R' $(=I_W^R) \rightarrow \neg$ Z
(3) R'

2.2.3. Forma fundamental de la interpretación teleológica

(J.5) · (1) OZ
· (2) $\neg$ R' $(=I_W^R) \rightarrow \neg$ Z
(3) R'

2.2.4. No se elaboraron formas de la interpretación histórica, comparada y sistemática

2.2.5. Reglas

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

(J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos

(J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.

(J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.

2.3. Reglas de la argumentación dogmática

(J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

(J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

(J.12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

2.4. Las reglas más generales del uso de los precedentes

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

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

2.5. Formas especiales de argumentos jurídicos

2.5.1. Formas

(J.15) · (1) (x) (OGx → Fx)
(2) (x) (¬ Fx → ¬ OGx)

(J.16) · (1) (x) (Fx v F sim x → OGx)
· (2) (x) (Hx → F sim x)
(3) (x) (Hx → OGx) (1), (2)

(J.17) · (1) O ¬ Z
· (2) R' → Z
(3) ¬ R'

2.5.2. Reglas

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

A) RESPUESTA A ALGUNOS CRÍTICOS*

Contra la interpretación teórico-discursiva de la racionalidad jurídica se han dirigido numerosas objeciones. Aquí deseo tomar postura frente a algunas de ellas. Con ello se mostrará que las consideraciones de la crítica llevan a aclaraciones, ampliaciones y nuevas cuestiones, pero no al abandono de los conceptos básicos.

Las objeciones pueden clasificarse en dos grupos. Las del primer grupo se dirigen contra la teoría del discurso en cuanto tal; las del segundo, contra la tesis de que la argumentación jurídica sea un caso especial del discurso práctico general; por lo tanto, contra la tesis del caso especial. Consideremos en primer lugar los argumentos pertenecientes al primer grupo.

I. LA CONCEPCIÓN PROCEDIMENTAL DE LA CORRECCIÓN PRÁCTICA

1. Discurso y buenas razones

La teoría del discurso es una teoría procedimental. Según ella, una norma es correcta sólo si puede ser el resultado de un

---

* Las referencias a libros y artículos no se han podido incorporar al apartado de bibliografía, pero los índices de nombres y de materias se han confeccionado teniendo en cuenta este postfacio. (*N. del T.*)

procedimiento definido a través de las reglas del discurso[1]. Contra esta concepción procedimental de la corrección práctica, WEINBERGER ha objetado que confunde el sentido del concepto de corrección. Según WEINBERGER, los discursos pueden ser ciertamente un medio «para fecundar y hacer avanzar el pensamiento»[2], pero con la observancia de las reglas del discurso no se puede garantizar la corrección de los resultados. No proporciona «ninguna vía de pensamiento a los participantes en el discurso para una verdad o corrección objetivas»[3]. Los discursos pueden, por tanto, jugar sólo un papel heurístico en el contexto de descubrimiento (*context of discovery*), pero no un papel que garantice la corrección en el contexto de justificación (*context of justification*)[4]. El que una tesis sea correcta o verdadera no depende de que pueda ser el resultado de un discurso, sino de si se pueden aducir buenas razones en su favor. Y WEINBERGER entiende por buenas razones «argumentos de la lógica, de la experiencia y del análisis crítico»[5].

Con ello queda aclarado el núcleo de la crítica de WEINBERGER, que consiste en una contraposición entre el concepto de fundamentación argumentativa y el de consenso que descansa en

---

1 Con mayor detalle: R. ALEXY, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, en E. GARZÓN VALDÉS (editor), Derecho y *filosofía*. Barcelona/ Caracas, 1985, pp. 44 y ss.

2 O. WEINBERGER, *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumetation,* en W. KRAWIETZ/ R. ALEXY; *Metatheorie juristischer Argumetation*, Berlin, 1983, 189.

3 *Ibid.,* p. 188.

4 *Ibid.,* p. 189.

5 *Ibid.,* p. 203.

opiniónes subjetivas y meras expresiones de voluntad[6]. También queda claro a dónde se llega con ello: ¿Existe entre el procedimiento del discurso práctico y la bondad de las razones una relación necesaria, o es el procedimiento discursivo solamente una manera de organizar las mutuas influencias psíquicas que lleva en el peor de los casos a una manipulación y, en el mejor, a un estímulo? Si esto último fuera exacto, existiría entre la dimensión *procedimental* y la dimensión *substantiva* que se define a través de buenas razones sólo una relación contingente o fortuita. Un consenso producido discursivamente no tendría, pues, como piensa WEINBERGER, nada que ver realmente con la corrección o la verdad. Tampoco existiría ninguna relación interna entre el concepto de discurso y el de racionalidad.

El punto de partida de los argumentos a dirigir contra WEINBERGER lo constituye la tesis de que la teoría del discurso no lleva a considerar como correcto cualquier resultado de una comunicación lingüística, sino solamente el resultado de un discurso racional. La racionalidad del discurso se define por medio de 1a observancia de las reglas del discurso. La cuestión, por ello, radica en si la observancia de las reglas del discurso permite garantizar la bondad de los argumentos.

Las reglas del discurso son de tipo completamente distinto entre sí. Unas se refieren directamente a la bondad de los argumentos. Entre ellas están las exigencias de no contradicción (1.1), de universalización, en el sentido de un uso consistente de los predicados utilizados (1.3) (1.3'), de claridad lingüístico-conceptual (6.2), de verdad empírica (6. l), del carácter plenamente deductivo de los argumentos (4), de consideración de las conse-

6 *Ibid.,* p. 193.

cuencias (4.2) (4.3), de determinación de las relaciones de preferencia (4.5) (4.6) y de análisis de la formación de las convicciones morales (5.2.1) (5.2.2). También pertenece a esta categoría la exigencia expresada implícitamente por medio de la regla de razón, consistente en considerar todas las objeciones y puntos de vista (2.1)-(2.3). Esto pone de manifiesto que WEINBERGER traza un cuadro sesgado de la teoría del discurso cuando piensa que la misma reemplaza la experiencia y el análisis por el simple consenso[7]. La teoría del discurso incluye del todo los criterios de racionalidad de WEINBERGER. Un discurso, entonces, sólo es completamente racional si todos los participantes en el mismo cumplen con tales criterios. WEINBERGER tiene ciertamente razón cuando dice que en situaciones de psicosis de masas puede producirse rápidamente un consenso[8]. Sin embargo, pasa por alto que la situación de psicosis de masas es justamente lo contrario de la situación del discurso racional.

La diferencia entre la concepción de WEINBERGER de la racionalidad práctica y la de la teoría del discurso no consiste en que WEINBERGER considere la razón práctica como una «capacidad racional-operativa» que se puede definir por medio del análisis lógico y de la experiencia, mientras que la teoría del discurso entiende algo distinto por «razón práctica». El concepto de razón de la teoría del discurso no es del todo distinto del concepto definible por medio de la lógica y de la empirie, sino más rico. WEINBERGER se adhiere al no-cognoscitivismo[9]. Ello es consecuente de acuerdo con su concepto de racionalidad. Donde ni el análisis lógico ni la experiencia llevan a una solución, sólo queda la deci-

7 *Ibid.,* p. 191.

8 *Ibid.,* p. 192.

9 *Ibid.,* p. 194.

sión. La teoría del discurso pretende hacer factible la argumentación racional, tanto como sea posible, también en el campo específicamente valorativo.

WEINBERGER reprocha a la teoría del discurso no sólo que sustituya la argumentación basada en la lógica y en la empirie por el simple consenso. Además es de la opinión de que no llega a «encontrar métodos de argumentación efectivos»[10], y de que el discurso ideal por sí solo no garantiza que se llegue a tener buenas ideas ni que éstas se impongan[11]. Con ello se toma en consideración un segundo aspecto de la relación entre procedimiento y corrección. El primer aspecto se refería a la observancia de las reglas del discurso. Ahora bien, el seguimiento de las reglas del discurso tendría poco valor si los participantes en el discurso no tuvieran ideas o si carecieran de la capacidad de enjuiciar las ideas. Ello lleva a una premisa esencial para la teoría del discurso[12]: La teoría del discurso presupone que los participantes en el discurso (por tanto, seres humanos tal y como de hecho existen) están en principio en condiciones de tener ideas o de poseer imaginación, y de distinguir las buenas de las malas razones, en favor de enunciados sustantivos. Parte, pues, de una capacidad de juicio y de imaginación de los participantes que en principio existe de una manera suficiente[13].

---

10 *Ibid.,* pp. 195 y ss.

11 *Ibid.,* p. 192.

12 Cfr. R. ALEXY, *Problems of DiscourseTheory*, en «Critica» 20 (1988), p. 56.

13 Aquí se trata de algo así como un «missing link» entre las reglas del discurso y la corrección de los resultados, cuya falta es censurada repetidamente. Cfr., por ejemplo, O. HÖFFE, *Kritische Überlegungen zur Konsensustheorie der Wahrheit (HABERMAS),* en «Phiolosophisches Jahrbuch» 83 ((976), p. 330; K.-H. ILTING, *Geltung als Konsens,* en «Neue Hefte für philosophie» 10 (1976), p. 34; A. KAUFMANN, *Recht und Rationaliät*, en *Rechtsstaat und Menschenwürde,*

Esto, en contra de WELLMER[14], no significa que una suficiente capacidad de imaginación y de juicio sea una exigencia del procedimiento. 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 constitucionalmente democrático 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.

La tesis de WEINBERGER de que el discurso no garantiza buenas ideas y buenos juicios, sólo resulta atinada si se interpreta en forma tan estricta que se trace un presupuesto no aceptable. Es cierto que del hecho de que se sigan las reglas del discurso, justamente con la premisa adicional de que los participantes en el discurso disponen de una suficiente capacidad de imaginación y de juicio, no se sigue lógicamente que los resultados sean correctos en sentido absoluto. Esto no es así ya por el hecho de que puede realizarse un uso censurable o incorrecto de una capacidad suficiente. Sería, sin embargo, equivocado, particularmente por lo que se refiere a las cuestiones prácticas, exigir la seguridad de una corrección absoluta. Eso no puede garantizarlo ningún procedimiento. Si se suprime esta exigencia excesiva, entonces resulta con claridad que ningún procedimiento es más adecuado que el del discurso para desarrollar al mismo tiempo la capacidad de imaginación y de juicio, y de ejercer un control racional y, de esa manera, aproximarse a la corrección.

Festschr. f. W Maihojer, ed. de A. KAUFMANN/ E.J. MESTMACKER/ H. F. ZACHER, Frankfurt, a. M. 1988. p. 36.

14 A. WELLMER, *Ethik und Dialog*, Frankfurt a. M. 1996, p. 72.

2. La necesidad de la comunicación

Se puede admitir todo esto y, sin embargo, insistir en que el discurso, en cuanto proceso, es sólo un procedimiento adecuado por razones heurísticas, pero no un procedimiento ligado necesariamente con el concepto de corrección práctica. En favor de ello cabe aducir que precisamente aquello que debe vincular al discurso con el concepto de corrección práctica, es decir, las exigencias formales relativas a la bondad de las razones y la suficiente capacidad de juicio y de imaginación, puede también relacionarse con la fundamentación *monológica* de un individuo. Así, TUGENDHAT objeta contra la teoría del discurso que «todo fundamentar... no (es) esencialmente comunicativo, porque el mismo sería también realizable del todo igualmente por un individuo para sí mismo, por lo tanto, en este sentido, monológicamente»[15]. La crítica de TUGENDHAT se apoya en una distinción entre reglas semánticas y pragmáticas. Reglas semánticas son aquellas reglas que determinan el uso de un enunciado, con independencia de si el mismo se emplea en un diálogo comunicativo o monológico (por tanto, en un diálogo interior). Las reglas pragmáticas, por el contrario, son aquellas reglas que sólo deben seguirse en relación con un diálogo entre varios[16]. TUGENDHAT tiene razón cuando indica que el catálogo de reglas formulado por mí incluye reglas de ambas clases[17]. No tiene razón, sin embargo, cuando piensa que las reglas pragmáticas (por ejemplo, las que aseguran el dere-

---

15 E. TUGENDHAT, *Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht*, en «Archiv für Rechts und Sozialphilosophie», Cuaderno (nueva serie), 14 (1980), p. 6.

16 *Ibid.;* cfr. además E. TUGENDHAT, *Drei Vorlesungen über Probleme der Ethik*. en *Id.,* Id., *Probleme der Ethik,* Stuttgart, 1984, p. 112.

17 *Ibid*., (nota 15), pp. 6 y s.

cho de participación de todos en el discurso y la libertad de todos en el discurso (2.1)-(2.3)), no tienen nada que ver con el concepto de fundamentación práctica.

Según TUGENDHAT, las reglas pragmáticas tienen sólo la misión de asegurar el procedimiento de fundamentación frente a posibles desviaciones. Ya por ello no pueden formar parte de las reglas que sólo definen el procedimiento de fundamentación[18]. Ciertamente, TUGENDHAT acepta que existen relaciones entre las reglas pragmáticas del discurso (y, por ello, entre el proceso comunicativo) y la fundamentación, desde su punto de vista esencialmente monológico, de los enunciados prácticos. La discusión acerca de estas relaciones es uno de los problemas más profundos de la teoría del discurso.

TUGENDHAT defiende la idea de una ética universalista, lo que significa una ética determinada esencialmente por medio de ideas kantianas. Esto vale también en relación con sus reflexiones más tempranas de carácter filosófico-existencial que aquí no serán discutidas[19]. Según TUGENDHAT, una norma se fundamenta si la misma «es igualmente buena para todos»[20]; por tanto, no perjudica a nadie[21]. Si es ése o no el caso, debe poder juzgarlo en principio cada uno monológicamente; por tanto, para sí mismo. Sólo en el marco de este juicio pueden jugar un papel los procesos comunicativos. Quien se pregunta, sobre la base de una ética universalista, qué es correcto, se sitúa, según TUGENDHAT, en la perspectiva moral de que toda persona debe ser considerada como un ser

18 *Ibid*., p. 8.

19 Cfr. E. TUGENDHAT, *Retraktionen*, en *Id*., *Probleme der Ethik,* Stuttgart, 1984, pp. 156 y ss.

20 *Ibid*., (nota 16), p. 115.

21 *Ibid*., (nota 15), p. 9.

autónomo[22]. Esta perspectiva moral debe llevar a la consecuencia de que sólo son fundamentables las normas que aprueban los afectados. El juicio monológico debe por ello, por razones morales, utilizar el consenso de los afectados como criterio de corrección. Tiene por tanto una importancia decisiva el que este consenso no deba ser cognitivo, sino volitivo[23]. Su elaboración no es ningún «acto de la razón», sino un «acto de la voluntad», es decir, un acto de *decisión*[24]. Tomado globalmente no es, por ello, un problema de fundamentación, sino un problema de participación en el poder[25]. No se trata de un consenso «en atención a las reglas del diálogo, sino en atención a los intereses de cada uno»[26].

Este giro lleva a un cambio fundamental de la teoría del discurso: el paso de una teoría de la argumentación a una teoría de la decisión. En cuanto tal, la teoría de la argumentación, como teoría de la *fundamentación* de enunciados morales, no desempeña ya ningún papel. Lo que queda de ella es que cabe hacer referencia en los enunciados a lo que está fundamentado. Aquel a quien se toma con ello como referencia es la autoridad para aquellos que bajo la condición de igualdad deciden, como quiera que sea, autónomamente. La fundamentación de las decisiones que se efectúan de esta manera carece de importancia.

Contra esta reducción de la *formación del juicio* a la *formación de la voluntad* (que finalmente se basa en la realización de un

---

22 *Ibid.,* (nota 16), p. 122.

23 *Ibid*., (nota 16), p. 123.

24 *Ibid.*

25 *Ibid.,* pp. 123 y ss.

26 *Ibid*., (nota 15), pág. 11. A ello se adhiere H. Rüssmann, *Rezension: R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation*, en «Rechtstheorie» 10 (1979), p. 113.

compromiso, medida en que de hecho no tiene nada que ver con la fundamentación), HABERMAS ha objetado que desconoce el sentido del discurso práctico. Este consiste en que los participantes tratan de «aclararse sobre un interés común»[27]. El recurso de HABERMAS a un interés común permite dos interpretaciones. Según la primera interpretación, un interés común es un interés que comparten directamente quienes participan en el discurso. En esta situación no hay ningún conflicto de intereses. Aquí se puede hablar también de un interés común de primer nivel. En la segunda interpretación, no existe ningún interés común en el primer nivel, sino que lo que hay es más bien un conflicto de intereses. Sólo en un segundo nivel entra en juego un interés común, y ciertamente como interés común en un arreglo justo del conflicto de intereses de primer nivel.

Si se interpreta la tesis de HABERMAS exclusivamente en el sentido de un interés común de primer nivel, su objeción se queda corta. El problema del resultado del discurso correcto no se circunscribe a la cuestión de determinar argumentativamente intereses comunes compartidos directamente. Con ello el alcance del discurso se limita a algo relativamente trivial. Los problemas prácticos verdaderamente interesantes surgen cuando no se puede establecer intereses comunes de primer nivel. En esta situación cabe preguntar qué es un arreglo justo entre intereses no directamente comunes: por tanto, entre intereses particulares. Si se quiere poner en conexión esta cuestión con el concepto de interés común, entonces lo que está en cuestión es sólo un interés común de segundo nivel. La solución de este problema ciertamente pue-

27 J. HABERMAS, *Diskursethink-Notizen zu einem Begründungsprogramm*, en *Id., Moralbewusstsein undkommunikatives Handeln,* Frankfurt a. M. 1983, p. 83.

de buscarse en una transacción (y, por ello, en una común formación de la voluntad), pero también es posible hacerlo en el contexto de una argumentación y, por ello, en el contexto de una común formación del juicio.

Lo último presupone que también en el interior del campo de la práctica se puedan separar la formación de la voluntad y del juicio. Del hecho de que se puedan separar y de que deban ser separadas, hay que distinguir el que ambas puedan disgregarse. Es posible, y quizás no infrecuente, que alguien juzgue que un determinado equilibrio de intereses es justo, sin por ello estar dispuesto a actuar de acuerdo con ese examen y, por tanto, a orientar su voluntad según su juicio de lo que es justo. Por ello, hay que distinguir con KANT entre el *principium diiudicationis* y el *principium executionis*[28].

El fundamento para el carácter necesariamente comunicativo de la formación del juicio práctico radica –como en la formación de la voluntad común en TUGENDHAT– en el respeto ante la autonomía de los afectados. Según TUGENDHAT, la imparcialidad del juicio moral depende esencialmente de la aplicación del principio de intercambio de roles[29], que yo he formulado como regla del discurso (5.1.1). Ciertamente, él no incluye esta regla dentro de las reglas del discurso, porque ella debe ser respetada también en el contexto de una deliberación monológica[30]. Sin

---

28 I. KANT, *Vorlesungen über Moralphilosophie: Moralphilosophie Collins*, en *KANT's gesammelte Schriften*, ed. de la Akademie der Wissenschaften der DDR y de la Akade-mie der Wissenschaften de Göttingen, t. XXVII, 1, Berlín, 1874, p. 274; cfr. además G. PATZIG, *«Principium diiudicationis» und «Principium executionis»*, en G. PRAUSS (ed.), *Handlungstheorie und Transzendentalphilosophie,* Frankfurt a. M. 1986, pp. 205 y ss.

29 E. TUGENDHAT (nota 15), p. 16.

30 *Ibid*.

embargo, le concede en su aplicación al discurso una «función constitutiva» que va más allá de la ya mencionada referencia al consenso que se alcanza en los procesos de formación de la voluntad. Esta «función constitutiva» es ciertamente relativamente débil. Ello se muestra en primer lugar en el hecho de que TUGENDHAT la limita a un nivel alto de la moral. Esta limitación puede justificarse desde la perspectiva del desarrollo de estructuras de fundamentación morales. Desde un punto de vista sistemático no es así. Desde un punto de vista sistemático, la solución correcta de una cuestión moral consiste, fuera de los casos más bien raros de determinación de intereses comunes de primer nivel, en la solución correcta de un conflicto de intereses. Para este fin, las concepciones existentes en cada momento de los participantes sobre lo que sería un arreglo justo del conflicto de intereses son sometidas a una elaboración racional. En este proceso, las interpretaciones de los propios intereses, así como de los respectivos intereses de los otros, y los cambios de estas interpretaciones sobre la base de argumentos, juegan un papel decisivo. Donde más claro se ve esto es en la aplicación de la regla de intercambio de roles. TUGENDHAT es de la opinión de que la «deliberación de uno mismo» hace referencia a un control discursivo, para que éste perciba correctamente los intereses de los otros y pruebe que «logra racionalizar los intereses de los otros de acuerdo con sus, propios intereses»[31]. Esta es una constatación acertada y lleva también, en una cierta medida, a una estructura necesariamente comunicativa. Sin embargo, esta medida resulta todavía demasiado pequeña para justificar la tesis de que la fundamentación práctica tiene un carácter esencialmente comunicativo. El otro sólo desempeña el papel de una fuente de información para lo que se juzga monoló-

31 E. TUGENDHAT (nota 15), p. 16; igualmente H. RÜSSMANN (nota 26), p. 113.

gicamente. Sólo se verifica un carácter esencialmente comunicativo si se puede mostrar que las interpretaciones de intereses y los cambios de intereses, si deben referirse a un adecuado y, por tanto, correcto equilibrio de intereses, deben vincularse necesariamente con el intercambio de argumentos entre distintas personas.

Un ajuste de intereses es, en su núcleo, una cuestión de sopesamiento de intereses. Puesto que no existe un criterio general y aplicable en forma estricta para ponderar los intereses de diverso tipo, las medidas de peso necesarias para el ajuste pueden determinarse sólo de manera relativa a los respectivos intereses existentes de los otros. Pero sobre el peso relativo o sobre la legitimación relativa de los intereses se puede argumentar. Una determinación del peso relativo de los intereses en colisión, obtenida sobre la base de argumentos, es una ponderación hecha sin argumentos, desde el punto de vista de la racionalidad y, por ello, de la corrección. Los argumentos pueden llevar a un cambio de la valoración del peso relativo o de la legitimación relativa existente al principio. Las interpretaciones de intereses sobre la base de argumentos pueden también cambiar en cuanto a su contenido. Queda constancia por ello de que los argumentos, en las interpretaciones de intereses y en los cambios de intereses, pueden jugar un papel esencial.

El punto decisivo es ahora el hecho de que, si se debe realizar la medida de racionalidad que resulte posible, estos argumentos deben incrustarse en una estructura comunicativa. Cómo haya que interpretar, sopesar y, dado el caso, modificar los intereses, es una cuestión del (o de los) respectivamente afectado(s). Quien discute esto, no respeta la autonomía del otro. No le toma en serio en cuanto individuo. Con ello queda claro que hay dos cosas que llevan a una necesaria estructura comunicativa de la acción de fundamentar: en primer lugar, la posibilidad de sopesamiento y

modificación de las interpretaciones de intereses, sobre la base de argumentos, que resulten necesarias si se desea un correcto y, por ello, justo equilibrio de intereses; y, en segundo lugar, la exigencia de tomar en serio a los otros en cuanto individuos.

3. Procedimiento y corrección

Se puede admitir que existe una conexión entre discursos racionales y buenas razones, y conceder también que los discursos prácticos racionales tienen una estructura necesariamente comunicativa, sin embargo cuestionar, con WEINBERGER[32], que los discursos tengan algo que ver con la corrección o con la verdad.

3.1. Concepto y criterio de corrección

Una objeción estandar contra la teoría del discurso en cuanto explicación del concepto de corrección práctica dice que dicha teoría borra la distinción entre el concepto y el criterio de corrección. Hay mucho que hablar en favor de esta objeción si es que sólo puede resultar adecuada una definición del concepto de corrección práctica que esté libre de criterios. Una definición libre de criterios se logra, por ejemplo, si, a semejanza de TARSKI[33], se desarrolla una concepción semántica de la corrección práctica que se oriente hacia la equivalencia: El enunciado «X es debido» es correcto si X es debido. Una concepción semejante aclara sin duda un aspecto esencial del concepto de corrección práctica. Existen, sin embargo, otros aspectos de este concepto de los que sólo se puede dar cuenta por medio de una defini-

32 O. WEINBERGER, (nota 2), pp. 190 y ss.

33 Cfr. A. TARSKI. *The Semantic Conception of Truth and the Foundation of Semantics*, en «Philosophy» and Phenomenological Research», 4 (1943-44), p. 343.

ción cargada de criterios. Ambas concepciones son compatibles entre sí. No están en una relación de concurrencia, sino que se complementan[34]. El problema, por ello, no es el de si una concepción procedimental, debido a que está cargada de criterios, puede ser puesta en cuestión de manera absoluta, sino más bien el de si es adecuada. Esto presupone que no contiene ningún criterio inútil.

Contra la utilidad de un criterio teórico-discursivo de corrección se aducen también objeciones[35]. Estas objeciones pueden basarse en el hecho de que las reglas del discurso no definen ningún procedimiento que permita alcanzar siempre, en un número limitado de operaciones, precisamente un resultado. Para ello hay tres razones. En primer lugar, las reglas del discurso no contienen determinaciones con respecto a los puntos de partida del procedimiento. Los puntos de partida son las convicciones normativas y las interpretaciones de intereses de los participantes, existentes en cada caso. En segundo lugar, las reglas del discurso no establecen todos los pasos de la argumentación. En tercer lugar, una serie de reglas del discurso sólo se pueden cumplir de manera aproximada. La teoría del discurso es, en ese sentido, una teoría no definida de manera concluyente. Pera todo esto no es cuestionado, sino resaltado por la teoría del discurso. La cuestión, por tanto, sólo puede consistir en comprobar si esa situación, como suponen los adversarios de la teoría del discurso, lleva a consecuencias fatales, o si no es así y quizás es incluso expresión de la fortaleza de la teoría del discurso. Para contestar a esta pregunta hay que distinguir entre discurso ideal y real.

---

34 O. Höffe (nota 13), pp. 315 y ss.

35 Cfr., por ejemplo, O. Weinberger (nota 2). pp. 191 y ss.

3.2. *Discurso ideal*

Los discursos pueden ser ideales en algunos o en todos los aspectos.

Aquí debemos interesarnos únicamente por el discurso ideal en todos los aspectos. Se define mediante la búsqueda de una respuesta a una cuestión práctica bajo condiciones de tiempo ilimitado, participación ilimitada y falta de coacción total en aras de producir una completa claridad lingüístico-conceptual, información empírica completa, capacidad y disposición completa para el intercambio de roles y completa carencia de prejuicios. El concepto de discurso ideal en todos los aspectos hace surgir ya en cuanto tal algunos problemas, cuya solución no puede ser considerada, sin embargo, en este lugar[36]. Aquí sólo pueden considerarse problemas que tengan que ver directamente con el concepto de corrección.

Un primer problema es el del consenso. Dicho problema se refiere a la cuestión de si un discurso ideal llevaría a un consenso en cada cuestión práctica. Tal consenso no se sigue lógicamente de la determinación de que se han cumplido las condiciones del discurso ideal. Un consenso en una determinada cuestión normativa es algo sustantivo. Las condiciones del discurso ideal tienen, en relación con ello, sólo carácter formal. Una garantía de consenso en cada cuestión sólo podría por ello aceptarse si fuera cierta la premisa empírica de que no hay desigualdades antropológicas de los hombres que se opongan al discurso, y que puedan excluir, también bajo las condiciones del discurso ideal, un consenso en cuestiones prácticas (por tanto, en cuestiones de valoraciones). Esta cuestión no se puede resolver. No hay ningún procedimiento que permita

36 Cfr. además, R. Alexy (nota 12). pp. 48 y s.

una prognosis segura sobre cómo procederían los participantes en el discurso en cuanto personas reales, bajo las condiciones admitidas, y no reales, del discurso ideal. No puede por ello ni excluirse ni aceptarse una garantía de consenso.

El problema del consenso lleva a un segundo problema, el problema de la contradicción. Si no hay ninguna garantía de consenso, entonces debe mantenerse como posible el que después de una duración potencialmente indefinida del discurso se defiendan por los participantes normas que son sin embargo incompatibles entre sí. El resultado del procedimiento sería entonces tanto N como -N. Según la concepción de la corrección teórico-discursiva mencionada antes, esto significa que tanto N como -N serían calificadas como «correctas». Uno podría pensar que esto contradice el significado de la expresión «correcto».

Para obviar esta objeción hay que señalar, en primer lugar, que la concepción de la corrección teórico-discursiva no implica que una persona pueda admitir en su sistema de normas una contradicción. Para el sistema normativo de cada persona individual se mantiene el postulado de la ausencia de contradicciones. Sólo se tolerarían sistemas normativos incompatibles entre sí de distintas personas. La cuestión decisiva, pues, es la de si las partes incompatibles del sistema normativo de distintas personas, supuesto que hayan superado el procedimiento, pueden designarse igualmente como «correctas».

Esto habría que negarlo inmediatamente, si para cada cuestión práctica existiera una única respuesta correcta[37], con independencia de si existe un procedimiento para encontrarla y para probar su corrección. Quien defiende esta tesis separa el concepto de

37 En este sentido, R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass./ London, 1985, pp. 119 y ss.

corrección de los conceptos de fundamentabilidad y de posibilidad de prueba. De esta manera resulta un concepto *absoluto* de corrección que tiene un carácter no procedimental. El concepto absoluto y *no-procedimental* de corrección excluiría de hecho que se pudiera designar como «correcto» tanto a N como a -N. Su defecto consiste en que parte de presupuestos demasiado fuertes. La suposición de la existencia, independientemente del procedimiento, de una única respuesta correcta para cada cuestión práctica es una tesis ontológica que tiene poco en su favor y contra la que se puede aducir mucho. El hecho de contestar a cuestiones prácticas se basa (no sólo, pero esencialmente) en interpretaciones de intereses y en ponderaciones de intereses. No puede aceptarse que sobre esta base sea posible sólo justamente una respuesta para cada cuestión práctica.

El que no se pueda justificar la tesis de la existencia de una única respuesta correcta para cada cuestión práctica no significa que el concepto de corrección tenga un carácter absoluto desde todos los puntos de vista. Sólo tiene un carácter absoluto en cuanto idea regulativa. En cuanto idea regulativa, el concepto de corrección no presupone que exista ya para cada cuestión práctica una respuesta correcta que sólo haya que descubrir[38]. La única respuesta correcta tiene más bien el carácter de un fin al que hay que aspirar[39]. Los participantes en un discurso práctico, con independencia de si existe

38 Cfr. I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, A 509, B 537: «Un principio de la razón el cual, en cuanto regla, postula lo que debe hacerse por nosotros en el regreso y no anticipa lo que está dado en sí en el objeto antes de todo regreso. Por ello lo llamo un principio regulativo de la razón.»

39 Cfr. *Ibid.,* A 644, B 672: «Pero en cambio tienen un uso regulativo superior e inexcusablemente necesario, a saber, conducir al entendimiento hacia un determinado fin, con vista al cual las líneas rectoras de todas sus reglas convergen en un punto.»

una única respuesta correcta, deben plantear la pretensión de que su respuesta es la única correcta. En otro caso; carecerían de sentido sus afirmaciones y fundamentaciones. Ello presupone sólo que existen cuestiones prácticas a las que se puede atribuir en el discurso una respuesta como la única correcta, y que no hay seguridad sobre cuáles sean estas cuestiones, de manera que merece la pena procurar en toda cuestión encontrar una única respuesta correcta. Por ello, la teoría del discurso tiene como base una concepción *absolutamente procedimental de la corrección*.

Podría pensarse que con ello se ha perdido más que ganado. Así, contra el discurso práctico se ha objetado que, referido a la realidad, sólo queda de él, y en todo caso, una idea regulativa[40]. Esta objeción apunta a algo importante. Si la teoría del discurso no fuera más que la explicación de una idea regulativa, conservaría ciertamente su valor teórico, pero apenas sería de utilidad para la práctica. El que esta objeción sea o no acertada depende esencialmente de la relación entre corrección y discurso real.

3.3. Discurso real

El problema de la contradicción lleva a una escisión del concepto de corrección a otro relativo. Si tanto N como también -N son el resultado de un concepto procedimental de la corrección absoluto y en discurso, entonces el concepto procedimental absoluto, en cuanto idea regulativa, exige que se siga buscando sólo una respuesta. El concepto relativo permite decir, por el contrario, que tanto N como también -N son correctos en relación con el procedimiento seguido.

---

40 C. Braun, *Diskurstheoretische Normenbegründung in der Rechtswissenschaft*, en «Rechtstheorie» 19 (19RR), 256.

El concepto de corrección procedimental relativa se corresponde con la posibilidad discursiva[41]. Sólo es posible discursivamente lo que puede ser el resultado de un discurso[42], y sólo lo que es posible discursivamente es correcto en el sentido procedimental relativo. La relatividad, por ello, se refiere a cuatro cosas: a 1) las reglas del discurso; 2) la medida de su cumplimiento; 3) los participantes, y 4) la duración del discurso.

WEINBERGER ha objetado contra el concepto relativo de corrección que éste es tan débil que «casi cualquier norma puede ser justificada como "correcta"»[43]. Esto apunta a la situación expuesta antes, según la cual la teoría del discurso es una teoría no definida concluyentemente. El que la teoría no esté definida concluyentemente no significa, sin embargo, que sea inútil o que no pueda desplegar ninguna eficacia en la realidad. Quien contempla la realidad comprobará –para poner sólo algunos ejemplos– que existen numerosos supuestos normativos que dependen de falta de claridad conceptual de tesis metafísicas discutibles, de supuestos empíricos falsos o sesgados, de la

---

41 Cfr. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. M. 1978 (re-impresión 1983), p. 256 [p, 202 de la presente ed. cast.]: *Id.,* (nota 1), pp. 47 y ss.

42 El resultado de un discurso puede consistir en un consenso (N) o en un disenso (N/-N). En ambos casos el resultado es discursivamente posible. En caso de consenso es además también necesario discursivamente. La necesidad discursiva implica la posibilidad discursiva. En caso de disenso el resultado es, por el contrario, sólo discursivamente posible. WEINBERGER hace valer con razón que en algunos casos en los que he hablado simplemente de posibilidad discursiva, los habría caracterizado mejor como sólo discursivamente posibles (O. WEINBERGER [nota 1], p. 201, nota 45).

43 O. WEINBERGER (nota 2), p. 193.

percepción defectuosa de los intereses de los otros, o de la renuncia a la ponderación. La aplicación de las reglas del discurso no llevaría ciertamente a la seguridad en toda cuestión práctica, pero sí a una considerable reducción de la existencia de irracionalidad. Si se desea utilizar los conceptos de relatividad y de objetividad de las normas morales, entonces se podría decir que el resultado del discurso 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 medida en que depende de la realización del procedimiento definido a través de las reglas del discurso. Esto significa que la comprobación discursiva no lleva ciertamente al campo de la seguridad, pero sí fuera del campo de la simple opinión y decisión, lo que justifica la utilización del concepto de corrección relativa.

Se pueden añadir otros dos puntos de vista. El primero es el de un enfoque comparativo[44]. No hay a la vista, en mi opinión, un mejor procedimiento de fundamentación de normas que el del discurso. Se podría ciertamente adoptar la actitud-todo-o-nada y considerar como motivo para ello debilidades necesarias de la fundamentación práctica, para propugnar una teoría moral irracionalista, subjetivista o decisionista. Esto, sin embargo, sería una renuncia a la racionalidad que, en primer lugar, no es necesaria, y en cuyo favor, en segundo lugar, no hay ninguna buena razón. El segundo punto de vista es que el resultado producido hasta ahora no es todavía la última palabra. El valor práctico de la teoría del discurso se muestra en todo su alcance sólo si se contrae a una teoría básica de las instituciones puestas en discusión[45] del Estado

44 Cfr. sobre ello E. TUGENDHAT (nota 16), p. 87.

45 Cfr, además el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana en BVerfGe 5, 85 (pp. 197 y ss.).

constitucional democrático[46]; por lo tanto, si se sitúa en el marco de una teoría del Estado y del Derecho. Antes de entrar en ello, sin embargo, queda todavía por discutir un aspecto general, el de la fundamentación de las reglas del discurso.

4. Sobre la fundamentación de las reglas del discurso

El proyecto de teoría del discurso puede ser atacado de manera general por lo que respecta a la fundamentación de las reglas del discurso, aunque también es posible criticar reglas específicas. Aquí voy a limitarme al ataque general. Este plantea, por así decirlo, que la idea del discurso no tiene valor universal, sino que es únicamente la expresión de una determinada forma de vida[47], a saber, la del racionalismo europeo en su variante acuñada a través del concepto de razón práctica. La crítica que se le dirige desde el postmodernismo se preocupa por añadir, con referencia al problema de lo moderno, que el racionalismo no sólo alcanza su punto álgido con la Ilustración, sino que lo ha también sobrepasado. En todo caso, serían igualmente admisibles en principio otras formas de vida. No estaría justificado por ello establecer una conexión necesaria de la idea del discurso con conceptos como los de verdad, corrección o justicia[48]. Las reglas del discurso no tendrían ninguna validez universal[49], sino que estarían condicionadas históricamente. La suposición del postulado de racionalidad que subyace a las reglas del discurso sería un asunto de decisión personal[50].

---

46 Cfr. M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, p. 30 y ss.; R. Alexy (nota 1). pp. 53 y ss.

47 Cfr., por ejemplo, C. Braun (nota 40), p. 254.

48 *Ibid.* (nota 40), p. 256.

49 En este sentido, O. Weinberger (nota 2), p. 190.

50 H. Rüssmann (nata 26), p. 112.

Concentraré mi discusión en las reglas del discurso que están en el centro del problema de la validez universal. Se trata de las reglas de razón, es decir, de la regla general de fundamentación (2), y de las tres reglas que dan expresión a las condiciones de la situación ideal de diálogo (2.1)-(2.3), en cuanto que exigen el derecho de participación de cualquiera en el discurso, así como la libertad e igualdad en el discurso. Estas reglas ponen de manifiesto que en la universalidad hay que distinguir dos aspectos. El uno se refiere al contenido de las reglas del discurso; el otro, a su validez. En cuanto al contenido, estas reglas son universales en la medida en que exigen los mismos derechos para todos en el discurso. La cuestión es si esta universalidad del contenido puede pretender una validez universal.

Los argumentos más importantes para la fundamentación de la validez universal son de tipo pragmático-universal o trascendental. Hoy prefiero la expresión «pragmático-trascendental», pues se trata de una variante de un tipo de argumentación general, es decir, de una variante del argumento trascendental. El argumento pragmático-trascendental se apoya en dos premisas. La primera dice que aquel que efectúa afirmaciones y fundamentaciones se inserta necesariamente en un juego que se define a través de reglas del discurso. La segunda dice que es necesario efectuar afirmaciones y fundamentaciones en el siguiente sentido: quien a lo largo de su vida no plantea ninguna afirmación seria y no da ninguna fundamentación seria, no toma parte en lo que podría llamarse la «forma de vida más general de los hombres»[51].

---

51 En APEL y HABERMAS se habla de ulteriores consecuencias. Así, APEL habla de pérdida de «la autocomprensión y autoidentificación» y hasta de «autodestrucción» (K. O. APEL, *Transformation der Philosophie,* t. 2, Frankfurt a. M. 1973, p. 414) y HABERMAS de «esquizofrenia y suicidio» (J. HABERMAS [nota

Estas premisas convienen por ello en que hay distintas formas de vida. No dicen sin embargo que todas las formas de vida contengan necesariamente universales de la teoría de la argumentación que puedan ser expresados a través de las reglas del discurso. Tales universales podrían, sin embargo, ofrecer todavía poco apoyo debido a tabúes, tradiciones, terror o manipulación que existen en la realidad. Los universales sólo desaparecerían del todo si los miembros de una forma de vida perdieran completamente y de manera definitiva la capacidad de plantear seriamente la cuestión «¿por qué?». Las reglas del discurso no definen por ello una forma de vida particular, sino algo que es común a todas las formas de vida, sin perjuicio del hecho de que ese algo resulte válido en dichas formas de vida en medida muy distinta. Ello implica que también es posible en principio un discurso entre miembros de distintas formas de vida[52].

Las dos premisas del argumento pragmático-trascendental necesitan sin duda de aclaración y fundamentación. Sobre algunos aspectos de ello puedo remitirme aquí a lo ya dicho[53]. Tampoco es este el lugar para un desarrollo completo del argumento pragmático-trascendental. Únicamente quisiera tomar postura acerca de tres objeciones, en todas las cuales se trata en definitiva de la cuestión de qué significa fundamentar desde la pragmática trascendental la validez de una regla del discurso. Se

---

27], p. 112). Esto presupone premisas empíricas que pueden ponerse en duda (cfr. G. PATZIG [nota 28], p. 213). Aquí debe bastar con el argumento conceptual más débil aducido en el texto.

52 Cfr. además: R. ALEXY, *Aarnio, PERELMAN und WITTGENSTEIN*, en A. PECZENIK/ J. UUSITALO (editores), *Reasoning on Legal Reasoning*, Vammala, 1979, págs. 121 y sigs.

53 R. ALEXY (nota 41), pp. 165 y ss. [pp. 191 y ss. de esta ed. castellana].

mostrará que para la fundamentación de la validez de las reglas del discurso el argumento pragmático-trascendental debe completarse con consideraciones para la composición de los intereses. La existencia de estos intereses es un hecho empírico y, en ese sentido, no se trata de una fundamentación puramente pragmático-trascendental. El argumento pragmático-trascendental juega sin embargo un papel necesario en el conjunto de la fundamentación. Puede hablarse por ello de una «fundamentación pragmático-trascendental débil».

La primera objeción dice que la fundamentación pragmático-trascendental sólo puede mostrar que las reglas valen en el campo del habla. Ello no prueba nada en relación con la acción. La invalidación de esta objeción puede ligarse con la distinción de KANT ya mencionada entre el *principium diiudicationis* y el *principium executionis*. KANT explica esta distinción con las siguientes palabras: «Si la cuestión es qué es o no moralmente bueno, entonces es el principio de dijudication, según el cual yo juzgo sobre la calidad y prioridad de la acción. Pero si la cuestión es ¿qué me mueve a mí a vivir según esta ley?, entonces es el principio del estímulo»[54]. Con ello se corresponde la experiencia cotidiana de que el conocimiento de la corrección de una norma es algo distinto de su seguimiento. Según la concepción de la teoría del discurso, una norma es correcta si es posible una fundamentación discursiva; por tanto, si puede ser el resultado de un procedimiento definido a través de las reglas del discurso. En vista de esta situación, el hecho de que la fundamentación pragmático-trascendental solamente puede mostrar que las reglas del discurso valen en el campo del habla, más exactamente, en el campo del fundamentar, serviría de base para una objeción solamente si del

54 I. KANT (nota 28), p. 274.

hecho de que de la intelección de la corrección de una norma no se extrae necesariamente su cumplimiento, se siguiera que la intelección de la corrección de una norma carece de valor. Sin embargo, no es este el caso por dos razones.

La primera y menos importante es que la intelección de la corrección de una norma es un tipo de conocimiento. Sin embargo, el conocimiento puede ser contemplado en general en cualquier caso también como un fin en sí. En este sentido, se puede decir que la fundamentación pragmático-trascendental logra al menos fundamentar reglas para la obtención y valoración de conocimiento práctico.

La segunda y más importante razón es que todos los hombres poseen la capacidad de preguntar qué acciones, normas e instituciones son correctas, y en todo caso algunos hombres tienen un interés en que se actúe correctamente, en que tengan vigencia normas correctas y en que existan instituciones correctas. En este punto hace su aparición por primera vez en el campo de la acción en juego un interés y ciertamente un interés en la corrección. Si se presupone este interés, entonces el argumento pragmático-trascendental puede fundamentar la validez de las reglas del discurso en lo referente a sus consecuencias en el campo de la acción. Ese interés alcanza entonces un peso si se trata de resolver el problema de la motivación a través del establecimiento de un Estado que hace que prevalezca el Derecho.

La segunda objeción hace valer que tampoco en el campo del habla pueda hablarse de una real fundamentación de las reglas del discurso. Con el argumento pragmático-trascendental es compatible el que alguien entre en el discurso sólo por razones estratégicas; por tanto, que sólo actúe en él como si aceptara la libertad e igualdad de los participantes en el discurso. Esta objeción puede ponerse en conexión con el hecho de que, según la

segunda premisa del argumento pragmático-trascendental, para la participación en la forma de vida más general de los hombres basta con que en cualquier contexto de que se trate se planteen afirmaciones diarias y se den fundamentaciones serias. Pero esto no es lo que debe ser el discurso que precisamente tienen lugar.

Para invalidar esta objeción, hay que poner de relieve que también en el campo del habla se puede distinguir entre una validez subjetiva, por tanto, referida a la motivación, y una validez objetiva y, por lo tanto, referida a la conducta externa[55]. La segunda objeción se dirige únicamente contra la posibilidad de una fundamentación de las reglas del discurso en el campo del habla, por lo tanto, exclusivamente contra la fuerza motivacional del argumento pragmático-trascendental. En la medida en que esta objeción repara en que el individuo sólo debe hacer como si aceptara las reglas del discurso, presupone que el argumento pragmático-trascendental está de todos modos en condiciones de fundamentar la validez objetiva o, como también cabe decir, la validez institucional de las reglas del discurso. Si la fundamentación pragmático-trascendental consiguiera esto, no habría ciertamente logrado todo, pero sí mucho.

Una reducción del argumento pragmático-trascendental a la fundamentación únicamente de la validez objetiva o institucional de las reglas del discurso no es ciertamente posible sin más. Si todos actúan estratégicamente frente a las reglas del discurso (por tanto, realizan el discurso sólo con objeto de optimizar su utilidad, y lo rompen si de otra manera puede lograrse para ellos una

55 Esta distinción se corresponde con la de KANT entre legalidad y moralidad: cfr. I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, en *KANT's gesammelte Schriften*, ed. de la Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, l. VI, Berlin, 1907/14, p. 219.

mayor utilidad), y sí todos saben que todos actúan así, entonces la validez objetiva o institucional no tiene ningún sentido, en cuanto que todos pueden renunciar a ella sin sufrir ningún perjuicio. El que el argumento pragmático-trascendental fundamentaría entonces algo que no merece ser fundamentado es ya algo bastante negativo. Todavía es peor que ni siquiera fundamentaría lo que no tiene ningún valor. El que todos jueguen conscientemente a un juego sin sentido no tiene nada que ver con la forma de vida más general de los hombres. Bajo esta condición, el argumento pragmático-trascendental fracasa.

El argumento pragmático-trascendental tiene éxito, sin embargo, si se completa con la premisa empírica 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 estratégicos deberían orientar sus procedimientos de argumentación objetivamente hacia las reglas del discurso, para tener éxito y escapar a la crítica. Anteriormente se expuso que a la forma de vida más general de los hombres sólo pertenece el plantear en cualquier momento afirmaciones serias y el dar en cualquier momento fundamentaciones serias, pero no el que esto suceda siempre. Presupuesto de una perfecta fundamentación de la validez objetiva o institucional de las reglas del discurso es, pues, el que en cualquier situación en que se hable sobre cuestiones prácticas, exista un número suficiente de personas que tengan un interés en que se realice lo que al menos en ocasiones debe realizarse, si uno quiere tomar parte en la forma de vida más general de los hombres. Este es el segundo punto en que, en el campo de la fundamentación pragmático-trascendental, entra en juego un interés, y en verdad de nuevo un interés en la corrección.

La condición recién expuesta para el éxito del argumento pragmático-trascendental (que consiste en el interés de un suficiente número de personas en un discurso no estratégico y, en este sentido, en la corrección) puede debilitarse. No es necesario siempre que un número suficiente de personas tenga el mencionado interés. En muchos casos basta con que todos cuenten con que un número suficiente de personas tengan tal interés. Esta condición es, por cierto, inestable. Su cumplimiento no es por ello siempre, y a la larga, suficiente.

La tercera objeción hace valer que no siempre es de utilidad para todos entrar en el discurso con objeto de resolver cuestiones prácticas. Pueden darse, por ejemplo, situaciones en que el interés de un grupo dominante en la explotación del grupo dominado sea mejor promovido si el grupo dominante no se enzarza contra el dominado tan sólo en un discurso sobre la justicia del orden social, sino que se limita a los rituales de la dominación, a las órdenes y al ejercicio del poder. En relación con el grupo dominado, pues, un argumento pragmático-trascendental no está en condiciones de fundamentar una validez simplemente objetiva y limitada al campo del habla. Por otro lado, los miembros del grupo dominante no tendrían que renunciar a la participación en la forma de vida más general de los hombres. Podrían, frente a los miembros de su grupo, efectuar afirmaciones y fundamentaciones; por lo tanto, llevar a cabo discursos. Semejantes consideraciones pueden aducirse para la guerra.

Para invalidar esta objeción, hay que distinguir entre dos situaciones. En la primera situación, la corrección del orden social existente es objeto de argumentación entre los miembros del grupo dominante. Estos se dirigen con sus fundamentaciones sólo a los miembros de ese grupo, pero al aducir razones para la corrección de sus afirmaciones, plantean necesariamente la pretensión

que aquel que pueda argumentar debe comprender la corrección de sus afirmaciones. Con ello, se toma necesariamente como referencia también a los miembros del grupo dominado. Los miembros del grupo dominante pueden pretender, para de esta forma bloquear este argumento, que ellos afirman que los miembros del grupo dominado no son, o todavía no son, capaces de argumentación. Pero esta afirmación es arriesgada para ellos, pues puede ser atacada con argumentos. Si tiene éxito tal ataque, entonces al grupo dominante le queda la salida de servirse de la posibilidad de la separación entre el conocimiento y la acción moral. Pueden entre ellos conceder que su orden social no es correcto, porque es injusto, pero decidir sin embargo mantenerlo a causa de las ventajas que tiene para ellos la explotación. Sin embargo, también esto es arriesgado, pues debe contarse con que el separar conocimiento y acción de esta manera no se corresponde con el interés de un número destacado de miembros de la clase dominante.

Por ello, parece más ventajoso, para quienes quieren mantener la explotación, crear otra situación: En ella está desterrada del campo de los objetos permitidos de argumentación (por lo tanto, es tabú) la pregunta acerca de la corrección del orden social. Sin embargo, también esto es arriesgado. Si están permitidos argumentos sobre cualquier, tema, es posible que la argumentación se adueñe también de otras cuestiones.

Si los argumentos expuestos hasta aquí contra la posibilidad de una limitación personal y/o temática del campo del discurso son acertados, entonces puede decirse que la fuerza de la validez de las reglas del discurso puede ser en verdad rechazada de manera considerable, pero sin que su validez resulte totalmente suprimida mientras existan personas que tienen un interés en la corrección.

Sólo quisiera esbozar un complemento al argumento pragmático-trascendental, de tipo bastante distinto. Consiste en que las ideas hobbesianas están unidas con algunas ideas de la teoría del discurso. La primera parte de esta vinculación consiste en el conocido argumento de quien dice que el nivel de utilidad de todos los participantes puede aumentarse si el equilibrio natural alcanzable con una guerra civil es sustituido por un contrato. Tal contrato determina, entre otras cosas, derechos mutuos cuya permanencia se obtiene a través de una instancia de protección del Derecho: el Estado[56]. Esta es la parte hobbesiana del argumento. La parte de la teoría del discurso –se podría también decir: la parte kantiana– del argumento consiste en que a causa del interés de un número suficiente de personas en la corrección, un contrato considerado como justo y, por tanto, como susceptible de justificación discursiva, es más estable y por ello es también mejor para aquellos interesados exclusivamente en sus propias ventajas. En el caso de que sea posible una tal unión entre, por un lado, ideas de teoría o economía de la decisión y, por otro lado, ideas de argumentación o de teoría del discurso[57], la validez objetiva de las reglas del discurso podría fundamentarse también para el caso de que dentro de un grupo dominante no esté interesado directamente en la corrección práctica un número suficiente de personas.

---

56 Cfr. J. M. BUCHANAN, *The Limits of Liberty*. Chicago/ London, 1975, pp. 59, 66 y ss.

57 Esta vinculación no puede confundirse con la propuesta por VANBERG y RUCHANAN. VANBERG y RUCHANAN refieren el discurso a la dimensión teórica, y el compromiso a la dimensión de los intereses (V. VANBERG/ James M. RUCHANAN, *Interest and Theories in Constitucional Choice*, en «Journal of Theoretical Politics» I (1989), pp. 56 y ss. Aquí, la cuestión del correcto equilibrio de intereses es también directamente objeto del discurso.

II. LA TESIS DEL CASO ESPECIAL

Hasta aquí se trató en forma completamente general de la concepción procedimental de la corrección práctica. Ahora hay que considerar la interpretación de la teoría del discurso de la racionalidad jurídica. Afirmar que ambas cosas deben separarse, significa reconocer que la interpretación de la teoría del discurso de la racionalidad jurídica presupone la concepción procedimental de la corrección práctica, aunque no se siga únicamente de ella.

La interpretación de la teoría del discurso de la racionalidad jurídica encuentra su expresión más clara en la tesis del caso especial[58]. La tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general ha encontrado en parte acuerdos[59], y en parte ha sido criticada con vehemencia[60]. Hay que distinguir dos objetos de crítica. El primero consiste en la interpretación teórico-discursiva del procedimiento jurídico institucionalizado y, en

---

58 R. ALEXY (nota 41), pp. 32, 38, 263 y ss. [41, 50, 295 y ss., y 398 y ss. de esta ed. cast.], 357 y ss.

59 Cfr., por ejemplo, J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. 1, Frankfurt a. M. 1981, pp. 62 y s.; M. KRIELE (nota 46), pp. 33 y s.; M. HENKET, *Towards a Code of Practical Reason?*, en «Archiv für Rechts-und Zocialphilosophie», cuaderno 25 (1985), p. 41. Como representante de la tesis del caso especial debe citarse por lo demás a N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, p. 272; *Id., Legal Reasoning and Practical Reason*, en «Midwest Studies in Philosophy» 7 (1982), p. 282.

60 Cfr., por ejemplo, A. KAUFMANN, *Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, en «Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie» 72 (1986), pp. 436 y ss.; U. Neu-mann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmastadt, 1996, pp. 86 y ss,: W. KRAWIETZ, *Rationalität des Rechts versus Rationalität der wissenschaften?*, en «Rechtstheorie» 15 (1984). p. 438; G.-W. KÜSTERS, *Rechtskritik ohne Recht,* en «Rechtstheorie» 14 (1983), pp. 98 y s.; C. BRAUN (nota 40), pp. 258 y ss.

particular, del proceso judicial. Aquí las objeciones son de hecho evidentes, y una crítica que se limite a este objeto difícilmente puede designarse como radical. Por el contrario, se trata de una crítica radical cuando se afirma que la argumentación jurídica en cuanto tal (por lo tanto, la argumentación jurídica independientemente de los procesos de decisión institucionalizados) no puede tampoco interpretarse como una contribución a un discurso práctico. Veamos en primer lugar la crítica radical.

l. La argumentación jurídica como discurso práctico

1.1. Argumentación jurídica y cuestiones prácticas

Una primera objeción contra la tesis del caso especial dice que las discusiones de la dogmática jurídica no deben entenderse como un discurso práctico, sino como un discurso teórico[61]. NEUMANN, quien ha planteado esta objeción, concede ciertamente que las valoraciones juegan en la dogmática jurídica un papel destacado, pero hace valer que éstas, en las argumentaciones teóricas, están encubiertas. Igualmente, del hecho de que la decisión de las cuestiones dogmáticas anticipe la decisión de casos concretos no se deduce nada más. NEUMANN emplea, en este contexto una comparación entre la meteorología y la dogmática jurídica. Del hecho de que los pronósticos del tiempo puedan influir en los planes de excursión no se sigue que la meteorología sea una disciplina práctica. Otro tanto vale para la relación entre teorías dogmáticas y la decisión de un caso singular[62]. Esto último debe ponerse en duda. El hecho de que una teoría dogmática lleve a resultados que no pueden ser aceptados es un motivo para aban-

61 U. NEUMANN (nota 60), p. 87.

62 *Ibid.,* p. 86.

donar esa teoría. Por el contrario, un pronóstico del tiempo sigue siendo correcto con total independencia de si uno puede o no conformarse con la frustración de un plan de excursión. Tampoco le sucede esto a la autocomprensión de la dogmática jurídica[63]. En la circunstancia en que la dogmática jurídica no limita su campo a la empirie y a la lógica, sino que está en juego la dimensión normativa (y ésta es una circunstancia importante), en ella se trata de cuestiones prácticas. Pero en cuanto que el discurso de la dogmática jurídica es un discurso sobre cuestiones prácticas, es un discurso práctico. Y puesto que en cuanto discurso práctico presenta particularidades frente al discurso práctico general, es un caso especial del discurso práctico general.

1.2. La pretensión de corrección

La tesis del caso especial dice que es necesario interpretar la racionalidad jurídica de acuerdo con la teoría del discurso. No cabría hablar de una conexión necesaria entre la racionalidad discursiva y la jurídica, si con las afirmaciones y decisiones jurídicas no se planteara necesariamente una pretensión de corrección. El que se plantee necesariamente tal pretensión se pone de manifiesto, entre otras cosas, porque un fallo que negara explícitamente esta pretensión incluiría una contradicción performativa[64] y, por ello, sería incorrecto no sólo por razones morales. NEUMANN ha objetado que el carácter defectuoso de tal acto consiste sólo en ser una falta contra reglas sociales o jurídicas, pero no una falta contra reglas semánticas o pragmáticas[65].

---

63 De manera distinta, NEUMANN (nota 60), p. 87.

64 Sobre la identificación de presuposiciones necesarias en virtud de contradicciones performativas, cfr. J. HABERMAS (nota 27), pp. 100 y ss.

65 U. NEUMANN (nota 60), pp. 87 y ss.

Si esto fuera cierto, no se podría hablar de contradicción performativa y de una pretensión de corrección que se plantea de manera necesaria.

Para mostrar que una negación de esta pretensión es más que una falta contra reglas sociales y jurídicas, modificaré algo el ejemplo usado originariamente por mí[66]. Un juez pronuncia el siguiente fallo: «En nombre del pueblo, se condena al Sr. N. a diez años de pena de privación de libertad, lo cual es una interpretación equivocada del Derecho vigente.» Con este fallo, el juez hace sin duda dejación de su función social, y conculca también, en todos los sistemas jurídicos, reglas del Derecho positivo que le obligan a interpretar correctamente el Derecho vigente. Sin embargo, chocaría también contra reglas sociales si pronunciara el fallo sin afeitar y vestido con harapos. El carácter incorrecto del fallo es de tipo completamente distinto, pues esto último no permite aclarar del todo que el juez haga dejación de su función social. El fallo conculcaría también, pues, las reglas del Derecho positivo, en el caso de que la interpretación fuera ciertamente equivocada, pero el juez dijera que era correcta. A la inversa, se habría cometido también una incorrección si el juez supusiera erróneamente que su interpretación es equivocada, y la plasmación de este error en el fallo no chocara contra el Derecho positivo. Ello pone de manifiesto que lo que aparece aquí es más que una ofensa a reglas sociales o jurídicas. En una decisión judicial se plantea necesariamente la pretensión de que el Derecho se aplica rectamente, aunque esta pretensión pueda cumplirse en muy escasa medida. Esta pretensión que se plantea con la ejecución del acto institucional contradice el contenido del fallo.

66 R. Alexy (nota 41), p. 266 [p. 299 de la presente ed. cast.].

1.3. Los límites del discurso jurídico

El problema más importante de la tesis del caso especial concierne al contenido de la pretensión de corrección. Con las afirmaciones y decisiones jurídicas no se pretende que éstas sean sin más correctas, sino sólo que son correctas bajo el presupuesto del orden jurídico vigente; ello ocurre si se pueden fundamentar racionalmente teniendo en cuenta la ley, el precedente y la dogmática[67]. Se ha objetado que estas limitaciones, que son constitutivas para el argumentar jurídico, llevan a una diferencia cualitativa entre la argumentación jurídica y la argumentación práctica general»[68]. El discurso jurídico sería, frente al discurso práctico general, no un «minus», sino un «aliud»[69]. Esto se deja ver claramente cuando hay que aplicar una ley irracional[70].

Para responder a esta objeción es recomendable situar a la teoría del discurso en el contexto de una teoría completa del Estado y del Derecho. Aquí sólo puede exponerse la idea fundamental[71]. El punto de partida lo constituye el carácter abierto de los resultados en cualquier caso en el discurso práctico real (lo que se muestra en el amplio marco de lo discursivamente sólo posible), así como el hecho de que una intelección obtenida en el discurso no lleva tras de sí necesariamente la correspondiente acción. El primero puede designarse como «problema de

67 R. Alexy (nota 41), pp. 264, 272, 351 y s. [pp. 298, 305, 394 y ss. de la presente ed.]

68 U. Neumann (nota 60), p. 90; A. Kaufmann (nota 60), p. 437.

69 C. Braun (nota 40), p. 260.

70 U. Neumann (nota 60), p. 90; C. Braun (nota 40), p. 258.

71 Con mayor detalle, R. Alexy (nota 1), pp. 47 y ss.; *Id.*, *Idée et structure d'un systéme du droit rationnel*, en «Archives de philosophie du droit» 33 (1988), pp. 30 y ss.

conocimiento»; y el último como «problema de cumplimiento»[72]. En vista de este problema, pueden aducirse motivos racionales para la implantación de un procedimiento institucionalizado para la producción de normas jurídicas. Estas razones no suponen simplemente una racionalidad según fines[73], en cuanto que exigen procedimientos de producción del Derecho que realicen en la mayor medida posible el ideal de la racionalidad discursiva. Un ejemplo de semejante procedimiento lo es el proceso de la legislación del Estado democrático constitucional. Pero, como lo muestran tanto la experiencia histórica como consideraciones conceptuales, a través de un proceso de legislación no se puede nunca determinar para cada casa, de antemano, precisamente una solución. Esto sirve de fundamento a la necesidad del discurso jurídico. TUGENDHAT ha objetado contra las reglas del discurso jurídico propuestas por mí, que no han «sido deducidas a partir de la idea del discurso racional (en cuanto) la forma más racional de institucionalización»[74]. El trayecto del discurso práctico general a través de la institucionalización del proceso de la legislación hasta el discurso jurídico muestra de qué manera puede suceder esto. También resulta clara la necesidad del próximo y cuarto paso: la institucionalización de una forma lo más racional posible de proceso judicial. En él se resuelven las cuestiones que permanecen todavía abiertas en el discurso jurídico.

El modelo esbozado de un sistema jurídico racional muestra que las fronteras del discurso jurídico no son algo externo o ajeno a la racionalidad práctica. Desde el punto de vista de la racionalidad

---

72 Estos dos problemas son para KANT las razones principales para el paso a la situación estatal; cfr. I. KANT (nota 55), pp. 312 y s.

73 En este sentido, sin embargo, C. BRAUN (nota 40), p. 259.

74 E. TUGENDHAT (nota 15), p. 4.

discursiva, dichas fronteras no sólo son admisibles, sino que son una exigencia de la misma. Que el Derecho sea en realidad un medio necesario para la realización de la razón práctica es una cuestión de alcance general. Para la tesis del caso especial, ello significa que el discurso jurídico no expresa sólo una variante especial del discurso práctico que es necesaria para llenar racionalmente las lagunas del sistema jurídico[75]. Es más bien, en su estructura global, un elemento necesario de la racionalidad discursiva realizada.

Con todo ello, no queda todavía removida la referencia a una ley irracional o injusta. Esta objeción se agudiza en una buena medida en un sistema jurídico que conoce una jurisdicción constitucional desarrollada y/o permite en los casos de la penumbra decisiones contra el tenor de la ley[76]. Por ello, el discurso jurídico juega un papel esencial en el marco de la decisión de la justicia constitucional o en el marco de la fundamentación de una decisión contra-legem. No quisiera sin embargo abundar sobre ello, sino más bien contemplar el caso en que hay que aplicar una ley claramente irracional o injusta –por ejemplo, después de que el tribunal superior la haya declarado estrictamente aplicable. En este caso, la racionalidad discursiva de la argumentación jurídica choca de hecho con una frontera. Esto no destruye, sin embargo la tesis del caso especial, por dos razones.

La primera razón es trivial. El contenido de la tesis del caso especial es precisamente que existen límites de la argumentación jurídica. Dicha tesis sólo sería completamente refutada si se pudiera partir de la premisa de que por medio de las leyes válidas se puede

75 En este sentido, sin embargo, C. Braun (nota 40), p. 260.

76 Para la República Federal Alemana cfr. BVerfGE, 34, 269 (286 y s.); 35, 263 (278 y ss.); 38, 386 (396 y s.); 49, 304 (318 y ss.); 65, 182 (190 y ss.); 71, 354 (362 y ss.).

establecer de manera estricta la decisión para todos los casos de un sistema jurídico, de manera que todo caso pudiera ser resuelto a través de una simple subsunción. Entonces ya no se plantearía la cuestión de si las leyes son justas o injustas. En ambos casos, no habría lugar para un discurso jurídico. Esta premisa, sin embargo, es cualquier cosa menos aceptable. Todo sistema jurídico contiene márgenes que pueden ser llenados con discursos jurídicos.

La segunda razón no es trivial. Para exponerla, hay que distinguir entre dos aspectos de la pretensión de corrección que se plantea con las decisiones judiciales. Hasta ahora no he encontrado esta distinción con suficiente claridad. El primer aspecto se refiere a que la decisión se fundamenta correctamente si se parte del Derecho válido, con independencia de cómo se haya creado éste. La fórmula de que las decisiones jurídicas pretenden ser correctas «bajo el presupuesto del orden jurídico válido» hay que aclararla por tanto aquí en el sentido de que pretenden ser correctas *en el marco del orden jurídico válido*. El segundo aspecto se refiere a que el Derecho válido sea racional o justo. Si se toman conjuntamente ambos aspectos, hay que aclarar la recién mencionada fórmula en el sentido de que las decisiones judiciales pretenden ser correctas *en cuanto decisiones jurídicas*. En la pretensión de corrección que se plantea con las decisiones judiciales se contienen ambos aspectos. 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. Si la ley injusta o irracional tiene validez jurídica, la decisión es ciertamente una decisión válida jurídicamente. Y también es posible que principios formales[77], como el de la seguridad jurídica y

77 Sobre el concepto y sobre el significado del principio formal cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* Baden-Baden, 1985 (Frankfurt a. M. 1986) p. 120.

el de división de poderes, exijan el respeto a la ley irracional o injusta. Sin embargo, la decisión es una decisión que padece un defecto. Esto se pone de manifiesto cuando se hace explícito el defecto. Un fallo como «Se condena al Sr. N, en base a una ley injusta, a diez años de privación de libertad» no es una decisión perfecta jurídicamente[78]. En él se niega el segundo aspecto de la pretensión de corrección vinculada necesariamente con las decisiones judiciales.

En la situación aquí contemplada de la aplicabilidad estricta de la ley irracional o injusta, el lugar del discurso jurídico en el campo de aplicación de la ley se contrae ciertamente hasta ser nulo. Sin embargo, no se rompe la conexión entre la racionalidad discursiva y el Derecho. La racionalidad discursiva no puede ciertamente determinar ya el contenido de la decisión, pero conforma la razón para su incorrección, y la medida para su crítica. Con ello se aclara la segunda razón para la tesis del caso especial. Dicha razón consiste en la incrustación de la argumentación jurídica en el contexto de una racionalidad discursiva que comprende la totalidad del sistema jurídico.

2. Discurso práctico y proceso judicial

La interpretación de la teoría del discurso del proceso judicial ha sido criticada con especial intensidad. Los motivos para ello se encuentran bien a mano. Así, se llama la atención por ejemplo sobre el reparto asimétrico de roles en el proceso penal, sobre las constricciones de tiempo, sobre las limitaciones efectuadas por el Derecho procesal y sobre la motivación de las partes o

78 Cfr. R. Alexy, *On Necessary Relations between Law and Morality*, en «Ratio Juris» 2 (1989), p. 182.

de los encausados, quienes frecuentemente, si no por regla general, están interesados más en un resultado que les sea ventajoso, que en un juicio correcto o justo[79].

Estas indicaciones son correctas, pero no dan con el punto decisivo. El punto decisivo es que los participantes pretenden argumentar racionalmente. Al menos, hacen como que sus argumentos están construidos de manera tal que, bajo condiciones ideales, podrían encontrar el acuerdo de todos. Esta es la razón por la que su argumentación debe conceptuarse como un caso especial del discurso práctico general[80].

NEUMANN ha objetado que del hecho de que en la argumentación ante los jueces se plantee una pretensión de corrección, no puede deducirse el carácter discursivo de esta argumentación. El que se plantee esta pretensión sería una «condición necesaria de la acción estratégica exitosa»[81]. Él se remite en este contexto a la negociación colectiva. Para aquel que quiere lograr un aumento de salario, la exposición de sus demandas como justas sería más acertado estratégicamente que la declaración abierta de pretensiones egoístas. Esto es acertado. Sin embargo, este ejemplo pone de manifiesto precisamente el carácter necesariamente discursivo de la argumentación ante los jueces. En la negociación colectiva, el planteamiento de la pretensión de corrección puede ser una *condición de éxito*. Esto vale especialmente con vistas a la

---

79 Cfr. A. KAUFMANN, *Lasst sich die Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs auffassen?*, en H. Jung/ H. MÜLLER-DIETZ (editores). *Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens*, Köln/ Berlin/ Bonn/ München, 1989, pp. 20 y ss.; U. NEUMANN (nota 60). pp. 84 y s.

80 R. ALEXY (nota 41), p. 271 [306 de la presente ed.]; 1J, HABERMAS (nota 59), pp. 62 y s.

81 U. NEUMANN (nota 60), p. 85.

valoración de las discusiones por quienes no están directamente interesados en ellas. Sin embargo, las partes en la negociación pueden también comportarse explícitamente de manera estratégica, y limitarse a votar en favor de sus intereses sobre la base de sus respectivas posiciones de poder. Esto es completamente distinto (dejando a un lado la transacción) en los debates judiciales. La pretensión de corrección aquí no es sólo una condición de éxito, sino también una *condición del juego.*

Supongamos que las partes en un proceso civil se limitan a declarar sus respectivos intereses. No afirman que tengan un derecho, sino que piden meramente al juez una decisión que les sea ventajosa. Pretenden por todos los medios que el juez les sea favorable, sólo que no con argumentos que aspiran a que la decisión solicitada por ellos sea correcta o justa. Si el juez toma parte en el juego y pronuncia un fallo como «otorgo una ventaja al Sr. N. porque es quien más favorablemente me ha predispuesto», a lo que se jugaría no sería ya a un debate judicial, aun cuando todo tenga lugar en el marco institucional de un sistema judicial. Si el juez deja ciertamente hacer a las partes (pero no toma parte en el juego), decidiendo al final como si tuviese al Derecho válido por correcto, entonces él trata a las partes como personas que no han comprendido lo que es un debate judicial y que, por ello, no pueden realmente participar en él. Esto muestra que la argumentación ante el juez no sólo puede, sino que debe ser interpretada en él sentido de la teoría del discurso.

I. LA BASE DE TEORÍA DE LAS NORMAS: REGLAS Y PRINCIPIOS

El fundamento de teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios[993]. Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos *definitivos*. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas pueden revestir también una forma categórica. Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son *mandatos de optimización*. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibili-

993 Cfr. Sobre esta diferencia, entre otros textos: R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* 3ª. Edicion, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1996, p. 71 s. (Tiene traducción al castellano de E. GARZÓN VALDEZ como: R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997); e Id., «Zur Struktur der Rechtsprinzipien», en B. Schilcher, P. Soller y B. – C. Funk (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts,* Verlag Österreich, Viena, 2000, p. 31 s. (Tiene traducción al castellano de C. BERNAL PULIDO como: «Sobre la estructura de los principios jurídicos», en R. ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003).

dades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Al igual que las diferenciaciones en general, las diferenciaciones teórico-normativas pueden tener un mayor o menor significado. El significado de la diferenciación entre las reglas y los principios resulta del hecho de que el carácter de los principios tiene una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, el principio de proporcionalidad implica el carácter de los principios. El principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se sigue lógicamente de la definición de los principios, y esta definición se sigue de aquel.

Los principios exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas[994]. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir[995], se trata del

---

994 Cfr. L. Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäâigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2001, p. 26 s.

995 Cfr. Sobre la relación entre los subprincipios de idoneidad y necesidad, por una parte, y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por otra: R. Alexy, *A Theory of Constitucional Rights*, Oxford University Press, Oxford,

óptimo de PARETO[996]. Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Este es el campo de la ponderación, el único que interesará en este texto.

El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina «ley de la ponderación» y que se puede formular de la siguiente manera:

> «Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro»[997]

La ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. Esta estructura elemental muestra que debe rebatirse a los escépticos radicales de la ponderación, como por ejemplo HABERMAS o SCHLINK, cuando afirman que la ponderación, «para la que hacen faltan criterios racionales», se lleva a cabo «de manera arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado»[998] o cuando dicen que «en el exa-

---

2002, Postscript (tiene traducción al castellano de C. Bernal Pulido como: «Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, p. 13-64).

996 Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte,* op. cit., p. 149 s.

997 Ibídem, p. 146.

998 J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung,* Frankfurt, 4ª. Edición, 1994, p. 315 f. (Tiene traducción al castellano de M. Jiménez Redondo como: *Facticidad y*

men de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva […se hace valer] sólo la subjetividad del juez» y que «las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad en sentido estricto […] en definitiva sólo pueden llevarse a cabo mediante el decisionismo»[999]. Estos autores tienen que discutir que los juicios racionales sobre la intensidad de la intervención y los grados de importancia sean viables. Con todo, es posible encontrar ejemplos fáciles en los cuales juicios como estos pueden llevarse a cabo de esta manera. Así ocurre con el deber de los productores de tabaco de poner en sus productos advertencias sobre el peligro para la salud que fumar implica. La imposición de este deber constituye una intervención relativamente leve en la libertad de profesión y oficio. Por el contrario, una prohibición total de cualquier tipo de productos del tabaco debería ser catalogada como una intervención grave. En medio de casos de esta índole, leves y graves, existen otros casos en los cuales la intensidad de la intervención es media. Un ejemplo sería la prohibición de tener máquinas expendedoras de tabaco, aunada a que la venta de tabaco se restringiera a determinados establecimientos. De esta manera, se forma una escala con los grados «leve», «medio» y «grave». Este ejemplo muestra que es posible concebir una ordenación válida de dichos grados. Para ello, basta imaginar que alguien catalogara la prohibición de todos los productos deriva-

---

Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Trotta, Madrid, 1998).

999 B. SCHLINK, «Freiheit durch Eingriffabwehr – Rekonstruktion des klassischen Grundrechtsfunktion», *EuGRZ,* 1984, p. 462; Id. «Der Grundsatz der Verhälnismäâigkeit», en: P. Badura y H. DREIER (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tomo 2, Mohr Siebeck, Tubinga, 2001, p. 456, 460 s.; B. Pieroth y B. SCHLINK, *Grundrechte*, 17a. Edición., C. F. MÜLLER, Heidelberg, 2001, núm. 293.

dos del tabaco como una intervención leve en la libertad de profesión y oficio y, por el contrario, el deber de colocar advertencias en los paquetes como una intervención intensa. Sería difícil tomarse en serio estas apreciaciones.

La posibilidad de construir la escala de tres intensidades también se plantea del lado de las razones que juegan en contra del derecho fundamental. La razón que fundamenta el deber de poner advertencias en los productos derivados del tabaco, es la protección de la población frente a diversos peligros para la salud. El Tribunal Constitucional Federal* no debía de exagerar, cuando, en su Sentencia sobre las advertencias acerca del tabaco, considera cierto, «de acuerdo con el estado de los conocimientos de la medicina actual», que fumar produce cáncer, así como enfermedades cardiovasculares[1000]. De ello se desprende que el peso de las razones que justifican la intervención es alto. Dichas razones pesan intensamente. Fijados así la intensidad de la intervención como leve y el grado de importancia de la razón que justifica la intervención como grave, es fácil derivar el resultado. La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve. Como consecuencia, el deber de poner advertencias en los productos del tabaco no lesiona la libertad de profesión y oficio de los productores de tabaco, garantizada por el Art. 12.1 LF**. Este resultado, al que se llega en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, no es sólo un resultado plausible. Habida cuenta de la reducida intensidad de la intervención y del

---

* En ésta y en las siguientes referencias jurisprudenciales ALEXY se refiere al Tribunal Constitucional Federal de Alemania

1000 BVerfGE 95, 173 (184).

** LF se utilizará como abreviatura para referirse a la Ley Fundamental alemana (N. T.)

alto peso de la razón que la justificaba, puede ser catalogado, como lo hace el Tribunal Constitucional Federal, como un resultado «evidente»[1001].

Alguien podría opinar que este ejemplo no dice mucho. De un lado, se trata de actividades económicas. En este ámbito es fácil aplicar escalas, porque el desarrollo de dichas actividades se fundamenta, en definitiva, en especulaciones acerca de costes. Del otro lado, se trata de la vida y de la muerte. Si se puede acreditar mediante investigaciones empíricas que hasta cierto punto lo que está en juego es un gran peligro para la vida, no es difícil efectuar una ordenación en el antes mencionado ámbito de la importancia y fundamentarlo en hechos cuantificables. Sin embargo, esto no podría extrapolarse a otros ámbitos, en los cuales los factores cuantificables como los costes y las probabilidades no jueguen ningún papel o su papel no sea tan relevante.

Para desvirtuar esa objeción debe analizarse un caso en el que se presenta la clásica colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor. La popular revista satírica Titanic llamó primero «asesino nato» y luego, en una edición posterior, «tullido», a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había logrado que lo llamaran de nuevo a filas para llevar a cabo un ejercicio militar. El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista Titanic, en razón de una demanda instaurada por el oficial de la reserva, a pagar una indemnización de 12.000 Marcos Alemanes. La revista Titanic interpuso un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una «ponderación relativa a las circunstancias del caso concreto»[1002] entre la

1001 BVerfGE 95, 173 (187).

1002 BVerfGE 86, 1 (11).

libertad de expresión de la revista implicada (Art. 5.1. Apartado 1 LF) y el derecho al honor del oficial de la reserva (Art. 2.1 LF en conexión con el Art. 1.1. LF). Para tal fin, el Tribunal determinó la intensidad de la afectación de esos derechos y las puso en relación. La condena al pago de la indemnización fue catalogada como «dura», es decir, como una intervención *grave* en la libertad de expresión, a pesar de que no hubiese sido el resultado de una sentencia penal, sino sólo de una de una sentencia civil. Esta apreciación se fundamentó sobre todo en el argumento de que la indemnización podría reducir la futura disposición de los afectados para editar su revista de la misma manera en que lo venían haciendo hasta el momento[1003]. Paralelamente, el apelativo de «asesino nato» fue interpretado en el contexto de las sátiras publicadas habitualmente por la revista Titanic. Esta publicación se refería de ordinario a muchas personas de una manera «ostensiblemente poco seria, mediante juegos de palabras que a veces rayaban en la majadería», tal como ocurre con la expresión nato; lo mismo sucedió con el Presidente Federal de aquél entonces, Richard von Weizsäcker, que fue llamado «ciudadano nato»[1004]. Este contexto excluye entrever en este apelativo una «vulneración no permitida, grave e ilegítima del derecho al honor»[1005]. Como consecuencia, a la afectación del derecho al honor debe serle atribuida en todo caso una intensidad *media*, e incluso tal vez sólo una intensidad *leve*. Esto es correlativo a una importancia *media* y quizás sólo *leve* de la protección del derecho al honor del oficial de la reserva, protección que se logra por medio de la indemnización. La primera parte

1003 BVerfGE 86, 1 (10).

1004 BVerfGE 86, 1 (11).

1005 BVerfGE 86, 1 (12).

de la Sentencia se determinó de acuerdo con estos rangos. Para que la condena a la indemnización, en cuanto intervención grave en el derecho fundamental a la libertad de expresión, estuviera justificada, sería necesario que la afectación del derecho al honor, compensada mediante la indemnización, fuera en todo caso por lo menos una afectación grave. Según la apreciación del Tribunal Constitucional Federal ello no era así. Por lo tanto, la intervención en la libertad de expresión resultaba desproporcionada; esto quería decir que la conducta de haber llamado al oficial de la reserva «asesino nato» no podía sancionarse con una indemnización.

Sin embargo, el asunto debía adoptar un tono distinto en lo concerniente al apelativo de «tullido». Este apelativo vulnera «*gravemente* el derecho al honor»[1006] de este oficial de la reserva que era parapléjico. Esto quiere decir que, desde este punto de vista, la importancia de la protección del oficial de la reserva mediante la imposición de una indemnización es grande. Esta apreciación se fundamenta de la siguiente manera: llamar «tullido» a una persona con una minusvalía grave, se entiende hoy en general como «una humillación» y expresa una «falta de respeto». De este modo, frente a la intervención grave en la libertad de expresión se encuentra la elevada importancia que adquiere la protección del derecho al honor. En esta situación, el Tribunal Constitucional Federal llega a la conclusión de que no podía reconocerse en este caso un «error en la ponderación en contra de la libertad de expresión»[1007]. Por lo tanto, el recurso de amparo de la revista Titanic fue estimado sólo en cuanto a que se impuso una indemnización por el apelativo de «asesino nato».

1006 BVerfGE 86, 1 (13) – La negrilla es de R.A.

1007 Ibídem.

En lo concerniente al apelativo de «tullido», se consideró carente de fundamento[1008].

Puede ser discutible si el apelativo de «asesino nato» realmente representa sólo una intervención media o leve en el derecho al honor. A este tipo de dudas habrá que referirse a propósito de los principios formales. Aquí sólo es significativo destacar que apenas caben dudas de que tanto imponer una indemnización, como llamar «tullido» a un minusválido, afectan de una manera intensa los respectivos principios de la libertad de expresión y del derecho al honor. Ahora bien, en lo concerniente a la persona gravemente impedida, es posible elaborar una calificación más refinada, sobre la base de las consideraciones del Tribunal. El Tribunal Constitucional Federal consideró atinadamente que llamar «tullido» a un parapléjico, implicaba una humillación y una falta de respeto. Una humillación pública y una falta de respeto semejantes afectan la dignidad del afectado. No se trata entonces simplemente de una afectación grave, sino de una afectación muy grave o extraordinariamente grave. Con ello se entra en un ámbito en el que una afectación casi nunca puede justificarse por la contundencia de las razones que juegan a favor de la intervención. Esta circunstancia está en correspondencia con la ley de la tasa marginal decreciente de sustitución[1009]. Por lo tanto, el caso Titanic no sólo constituye un ejemplo de que también es posible operar con las escalas de rangos de intensidad, que pueden relacionarse perfectamente para adoptar una decisión en los ámbitos en que entran en juego bienes inmateriales como el honor y la libre expresión, sino también un ejemplo de que en los derechos fundamentales, interpretados como principios, hay intensidades

1008 BVerfGE 86, 1 (14).

1009 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales,* op. cit., p. 162.

que establecen límites dentro de la estructura de la ponderación; estas intensidades, si bien no pueden ser reconocidas como inmóviles y libres de ponderación, sí son fijas y claras.

Las sentencias sobre el tabaco y sobre el caso Titanic muestran que es posible hacer juicios racionales sobre los grados de intensidad y de importancia en que se ven afectados los principios, y que estos juicios pueden ser relacionados entre sí, a fin de fundamentar un resultado. Desde luego, en estos juicios se presuponen medidas de enjuiciamiento que no están contenidas en la propia ley de la ponderación. Así, por ejemplo, en la consideración de que la condena impuesta a la revista Titanic relativa al pago de una indemnización representa una intervención grave en la libertad de expresión, hay implícitas algunas estimaciones de lo que es peligroso para la libertad de expresión. Del otro lado de la balanza, el juicio según el cual el apelativo de «tullido» constituye una intervención grave en el derecho al honor, implica algunas estimaciones acerca de lo que significa el honor de una persona y sobre lo que significa tener dignidad. Con todo, esta circunstancia no significa, para utilizar las palabras de HABERMAS, que la ponderación se aplique «de manera arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado»[1010]. Las estimaciones que subyacen a los juicios sobre la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y sobre el grado de la importancia del principio contrario no son arbitrarias. Existen razones plausibles que las respaldan. Asimismo, cabe dudar de que dichas estimaciones hayan sido adoptadas por el Tribunal Constitucional Federal «de manera irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado». Los estándares ciertamente son correlativos a las líneas jurisprudenciales conformadas

1010 J. HABERMAS, *Facticidad y Validez,* op. cit., p. 332 y 281.

por los precedentes. Sólo estaría justificado hablar aquí de estándares acostumbrados, si el sentido de la decisión proviniera únicamente de la existencia de una línea de precedentes y no de su propia corrección. Más aún, sólo podría hablarse de una aplicación «irreflexiva», si dicha aplicación no tuviera lugar en el marco de una argumentación, porque los argumentos son los que expresan y hacen ostensibles las reflexiones. Sin embargo, aquí no hay una carencia de argumentación. Todas estas consideraciones también pueden ser aplicadas válidamente a la Sentencia del tabaco.

III. LA ESCALA TRIÁDICA

Hasta aquí solo se han considerado algunos ejemplos. Estos han mostrado que sí existen casos en los cuales el resultado de una colisión entre principios puede establecerse de forma racional. Así se desvirtúa la tesis de que la ponderación admite en definitiva cualquier tipo de decisiones, a causa de la carencia de medidas racionales. Sin embargo, todavía con ello no se ha hecho explícita la estructura de la ponderación. Lo que hasta ahora se ha expuesto, está unido a los ejemplos. Para hacerse exitosamente una idea general, que vaya más allá de los ejemplos, sobre la posibilidad de que la ponderación sea racional, debe considerarse ahora el sistema que subyace a las catalogaciones utilizadas hasta el momento.

Todas las catalogaciones conforman un modelo triádico o de tres intensidades. Desde luego, no es forzoso aplicar el modelo de tres intensidades a la ponderación. Esta puede llevarse a cabo ya con sólo dos grados, y de ahí hacia delante queda abierto el número de grados posibles. Lo que a continuación se expondrá también es acertado, si se reduce a dos el número de grados o si se aumenta a más de tres. Sin embargo, como se verá, esta cifra no puede ser demasiado grande. Frente a otras alternativas, la escala triádica ofrece

la ventaja de que ella refleja especialmente bien la práctica de la argumentación jurídica. Asimismo, ella permite ser ampliada en una forma que intuitivamente resulta muy adecuada.

Como ya se ilustró, los tres rangos pueden designarse con las expresiones «*leve*», «*medio*» y «*grave*». Para simplificar la exposición, estos tres rangos serán caracterizados con las letras «*l*», «*m*» y «*g*». «*l*» no sólo representa la expresión «*leve*» del lenguaje coloquial, sino también expresiones tales como «*reducido*» o «*débil*», y «*g*», junto a «*grave*», también representa términos como «*elevado*» o «*fuerte*».

Según la ley de ponderación, el grado de la no satisfacción de o de la intervención en un principio y la importancia de la satisfacción del otro son objeto de valoración como *l*, *m*, o *g*. Por una parte, la combinación entre la «no satisfacción» y la «afectación» conforman un doble concepto. Este concepto expresa la dicotomía entre los derechos de defensa y los derechos de protección. Cuando se trata de un derecho fundamental como derecho de defensa, entonces la medida *sub judice* representa una intervención. Las intervenciones son restricciones. Por consiguiente, en lugar del «grado de restricción» puede hablarse también de la «intensidad de la intervención». En lo sucesivo se utilizará esta terminología. El hecho de que todas las intervenciones puedan llamarse a la vez «no satisfacción» es un signo de la flexibilidad del lenguaje. La expresión «no satisfacción» opera de una manera natural, cuando se trata de los derechos de protección. A diferencia de los derechos de defensa, estos derechos no exigen una omisión, sino un actuar positivo. Aquí también puede hablarse de «restricción» y, por tanto, de «intervención», lo cual de nuevo es un indicador de la flexibilidad del lenguaje. Cuando un principio exige protección, pero no ha sido garantizado, no sólo puede hablarse de una «no satisfacción» de ese principio, sino también

de una intervención en el mismo, y, por tanto, de una «intervención por medio de una no satisfacción».

Con este trasfondo ahora es posible definir ciertas cosas. Si se utiliza «*Pi*» como variable para el principio cuya vulneración se examina –para tomar de nuevo la fórmula de la ley de la ponderación–, a causa de la no satisfacción o de su restricción, entonces la intensidad de la intervención en *Pi* puede denotarse como «*IPi*». Las intervenciones en los principios siempre son concretas. Por esta razón, la intensidad de la intervención es una magnitud concreta. Como tal, se distingue del peso abstracto de *Pi*, que se denotará como «*GPi*». El peso abstracto de un principio *Pi* es el peso que se le asigna a *Pi* en relación con otros principios, independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto. Hay muchos principios de la Constitución que no se diferencian en su peso abstracto. Sin embargo, esto no ocurre con otros principios. De este modo, por ejemplo, el derecho a la vida tiene un peso abstracto mayor que el de la libertad general de acción. Si el peso abstracto de los principios en colisión es el mismo, entonces esta variable puede eliminarse de la ponderación. Como consecuencia, la ley de la ponderación toma únicamente como primeros objetos de la ponderación a las intensidades de las intervenciones. Esto muestra que esta situación guarda correspondencia con lo que se acaba de formular, es decir, con el caso en que los pesos abstractos de los principios son iguales y, por lo tanto, no juegan ningún papel. Ahora bien, todavía debe definirse lo que haya de ocurrir cuando los pesos abstractos difieran. Baste aquí definir que siempre es importante, por razones de claridad, hacer explicito si en cada caso se habla de una magnitud abstracta o concreta. Si se trata de *IPi*, esto no resulta necesario, porque las intensidades de las intervenciones son concretas necesariamente. Sin embargo, no resulta perjudicial hacer explícito el carácter concreto de *IPi*, agregando la especificación «*C*». «*C*» expresa las circunstancias del caso,

relevantes para la decisión. «*C*» juega un papel central en la ley de colisión[1011], sobre el cual aquí no puede profundizarse. El primer objeto de valoración como *l*, *m* o *g* es entonces la intensidad de la intervención, que puede denotarse como «*IPiC*».

«*IPiC*» hace explícitos tres aspectos. «*Pi*» pone de manifiesto que se trata del principio *Pi*, «*I*» que se trata de la intensidad de la intervención en el principio *Pi* y «*C*» que se trata de un caso concreto. Por razones de claridad, resulta conveniente representar estos tres aspectos en una expresión compleja como «*IPiC*». Por el contrario, se trata de *una* magnitud, es decir, la intensidad de la intervención. Por lo tanto, y para no mencionar siempre los tres aspectos, se habrá de escribir sólo «*Ii*» en lugar de «*IPiC*». «*Ii*» no se diferencia entonces en nada de «*IPiC*». Como consecuencia, la relación de igualdad: «*Ii*» = «*IPiC*» es válida. «*Ii*» se utiliza como una forma corta para referirse a la expresión más completa»*IPiC*»[1012]. Se utiliza la letra «*I*», por cuanto se trata de la intensidad de la intervención. Asimismo, se utiliza «*I*» con el index «*i*» para hacer explícito que se trata de una intervención en el principio *Pi*. Que se trata de una magnitud concreta es algo que se entiende por la propia intensidad de la intervención.

Notaciones análogas se aconsejan para los pesos abstractos. Antes ya se denotó el peso abstracto de *Pi* como «*GPi*». Si se quiere hacer explícito el carácter abstracto, entonces puede adicionarse «*A*» para formar una analogía con «*C*». Por lo tanto, la denominación completa del peso (*G*) abstracto (*A*) de *Pi* es «*GPiA*». La versión corta toma la forma «*Gi*». Ya se mencionó que el peso abstracto expresado con «*Gi*» o «*GPiA*» sólo juega un papel en la

1011 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales,* op. cit., p. 94-95.

1012 La expresión completa se utiliza en: R. Alexy, «Die Abwägung in der Rechtsanwendung», en: *Jahresbericht des Instituts für Rechtswissenschaft an der Meiji Gakuin Universität zu Tokio*, núm.17, 2001, p. 77.

ponderación cuando los principios en colisión se diferencian en su peso abstracto. Si los pesos abstractos son iguales, entonces se neutralizan mutuamente.

La segunda magnitud de valoración como *l*, *m*, o *g* es, según la fórmula de la ley de la ponderación, la «importancia de la satisfacción» del otro principio. A diferencia de lo que ocurre con la intensidad de la intervención, este grado de importancia no tiene por qué ser comprendido necesariamente en exclusiva como una magnitud concreta. Es posible construir un concepto de importancia que esté integrado por una magnitud concreta y una abstracta. Qué tan importante sea la satisfacción del principio contrario depende entonces, al mismo tiempo, de qué tan intensa sería la restricción del principio contrario, si no se le reconociera la prioridad, así como también, de cuál es la magnitud de su peso abstracto. Sin embargo, como ya se ha mencionado, debe reconocerse que el primer enunciado de la ley de la ponderación se restringe sólo a la intensidad de la intervención, cuando esta ley se refiere a una constelación en la que los pesos abstractos son iguales y, por ello, no juegan ningún papel. También debe decirse que cuando se habla de la importancia, en el sentido de la ley de la ponderación, sólo debe entenderse la importancia concreta.

Todo esto se refiere a la pregunta de qué es la importancia concreta de la satisfacción del principio contrario, de la que habla la ley de la ponderación. Como quiera que en la ley de la ponderación se trata en definitiva de la relación entre los dos principios en colisión, ella sólo puede depender de los efectos que la omisión o la no ejecución de la medida de intervención en *Pi* tenga en la satisfacción del principio contrario, que debe denotarse con *Pj*. La importancia concreta de la satisfacción de *Pj* se determina, por tanto, según los efectos que tenga sobre *Pj* la omisión de la

intervención en *Pi*. Esto puede ilustrase con ayuda del caso Titanic. Para este efecto, únicamente debe considerarse el calificativo de *«tullido»*, dirigido al oficial de la reserva parapléjico. A fin de determinar la intensidad de la intervención en la libertad de expresión, debe preguntarse simplemente en qué intensidad interviene en la libertad de expresión la prohibición de ese calificativo, junto con la imposición de la indemnización. Este es el sacrificio que la Constitución exige a ese derecho fundamental, cuando permite que se prohíba ese calificativo, como lo establece la Sentencia del Tribunal Superior de Düsseldorf, al imponer la indemnización. Para determinar la importancia de la satisfacción del principio del derecho al honor, debe preguntarse ahora en sentido contrario, que significaría para el derecho al honor, si se omitiese la intervención en la libertad de expresión o no fuese ejecutada, es decir, si el apelativo de *«tullido»* fuese catalogado como permitido y, en consecuencia, no se condenara al pago de la indemnización. Con ello no se trata de algo distinto que de los costes que se originan para la protección del honor, a partir de la protección de la libertad de expresión. La importancia del principio de protección del honor en el caso Titanic resulta entonces del cálculo acerca de cuán intensa sería la intervención en el derecho al honor del oficial de la reserva, de no llevarse a cabo una intervención en la libertad de expresión de Titanic. Esto puede generalizarse y expresarse mediante la siguiente fórmula: la importancia concreta de *Pj* se mide según qué tan intensamente la no intervención en *Pi* interviene en *Pj*.

De nuevo se plantea la pregunta acerca de la notación. Sobre este aspecto podría pensarse en utilizar la letra *«W»* para la importancia y denotar la importancia concreta del principio contrario de una manera análoga a *«IPiC»* mediante *«WPjC»*. Esto tendría la ventaja de la proximidad con los usos lingüísticos comunes y de que es conforme con lo que establece la fórmula de la

ley de la ponderación[1013]. Sin embargo, algunas consideraciones sistemáticas conducen a otra solución. El concepto de importancia concreta de *Pj* es, como se menciono, idéntico al concepto de la intensidad en la intervención en *Pi*. Se trata de la intensidad de una hipotética intervención mediante la no intervención. Esto se esclarece de la mejor forma, si se aplica también el signo de la intensidad en la intervención, es decir, «*I*», del lado del principio contrario. El correlato de «*IPiC*» es entonces «*IPjC*». De nuevo puede reemplazarse esta denominación completa por una forma corta, es decir, por «*Ij*». Aquí también tiene validez: *IPjC=Ij*. En adelante se utilizarán sólo las formas de expresión corta[1014].

De esta manera quedan establecidos cuáles son los objetos que deben ser valorados como *l*, *m* o *g*. Al enunciar la ley de ponderación se advirtió que esta ley divide la ponderación en tres pasos. A partir de este momento, los dos primeros pasos pueden llevarse a cabo con ayuda de nuestro modelo triádico: la valoración de «*IPiC*» como *l*, *m* o *g* y la valoración de «*WPjC*» como *l*, *m* o *g*. La pregunta relevante es ahora, cómo debe efectuarse el tercer paso, en el cual estas dos valoraciones se ponen en mutua relación.

Puede opinarse que valoraciones de este tipo no pueden ponerse en relación. Lo que entra en colisión es inconmensurable[1015]. De este modo podría hacerse valer en relación con el caso

---

1013 Esta es la razón por la cual, en trabajos anteriores, para referirse al principio contrario, se eligió una letra diferente a la intensidad de la intervención. Cfr R. ALEXY, «Die Abwägung in der Rechtsanwendung», op. cit., p. 73.

1014 En adelante se utilizara la letra «*W*» para una magnitud que está conformada por la importancia concreta en el sentido de la intensidad de la intervención (*I*) y el peso abstracto (*G*).

1015 Cfr. Sobre este aspecto: A. ALEINIKOFF, «Constitutional Law in the Age of Balancing», en *The Yale Law Journal*, núm. 96, 1987, p. 972 s.

Titanic que llamar a alguien «asesino nato» y la condena a una indemnización de 12.000 Marcos son dos objetos sociales que tendrían menos en común que dos objetos naturales como manzanas y peras. Este, sin embargo, no es el punto decisivo. No se trata de la comparabilidad directa de cualquier objeto, sino de la comparabilidad de su significado para la Constitución, lo cual conduce indirectamente a su comparabilidad. El concepto de comparabilidad del significado para la Constitución implica dos elementos que bastan para fundamentar la conmensurabilidad. El primero es el punto de vista común: el punto de vista de la Constitución. Desde luego, es discutible, qué puede valer desde este punto de vista. Esto sucede ininterrumpidamente. Sin embargo, siempre existe una controversia acerca de lo que es correcto desde la perspectiva de la Constitución. La inconmensurabilidad aparece tan pronto se excluye la posibilidad de que exista un punto de vista común. Este caso se presentaría si un intérprete de la Constitución le dijese a otro que, desde su punto de vista, cierta cosa es válida, mientras lo contrario fuese válido desde el punto de vista del otro. Entonces, cada uno estaría en lo correcto desde su punto de vista y no sólo ninguno se equivocaría, sino que tampoco podría ser criticado, porque no existiría ni podría existir un punto de vista unitario o común desde el cual pudiese demostrarse que algo es falso. Como consecuencia, sería imposible un discurso sobre la respuesta correcta que fuese más allá de la retórica vacía y que, en este sentido, fuese racional. Ahora bien, asimismo es valido lo contrario. Si es posible un discurso racional sobre aquello que es válido desde la perspectiva de la Constitución, entonces es posible predicar la existencia de un punto de vista común. Este aparece tan pronto se inicia un discurso racional, que se deja guiar por las ideas regulativas de lo correcto desde la perspectiva de la Constitución. Quien quiera hacer fracasar la posibilidad de valoraciones en razón de la imposibilidad de un punto de vista común, debe,

por lo tanto, afirmar la imposibilidad de un discurso racional sobre las valoraciones en el marco de la interpretación constitucional. Es preciso rebatir esta afirmación, a pesar de que aquí no puede llevarse a cabo su refutación[1016]. El segundo elemento que posibilita la conmensurabilidad es una escala, construida artificialmente como siempre, que establezca los grados para la valoración de las perdidas y las ganancias desde el punto de vista de los derechos fundamentales. La escala triádica *l*, *m* y *g* es un ejemplo de este tipo de escala. Su utilización desde el punto de vista común de la Constitución es también un factor que produce conmensurabilidad.

Una vez que se ha establecido la conmensurabilidad mediante el punto de vista y la escala, entonces aparece sin dificultad la respuesta a la pregunta de cómo debe llevarse a cabo el tercer paso de la ponderación. Existen tres constelaciones en las que la intervención en *Pi* es más intensa que la intervención en *Pj*:

(1) *Ii: g, Ij: l*
(2) *Ii: g, Ij: m*
(3) *Ii: m, Ij: l*

En estos casos *Pi* tiene precedencia frente a *Pj*. La relación de preferencia condicionada (*Pi***P***Pj*) C[1017] adquiere validez en el sentido de la ley de colisión. A estos tres casos de primacía de *Pi* son correlativos tres casos de primacía de *Pj:*

(4) Ii: l, Ij: g

1016 Cfr. Sobre este aspecto: R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation,* 4ª. Edición, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 2001, p. 53 y s. (Tiene traducción al castellano de M. Atienza e I. Espejo como: *Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, Lima, 2007.

1017 R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales,* op. cit., p. 94-95.

(5) *Ii: m, Ij: g*
(6) Ii: l, Ij: m

En estos casos adquiere validez la relación de preferencia condicionada (*Pj***P***Pi*) C. A estos seis casos, que pueden ser decididos mediante la escala triádica, se suman tres casos de empate:

(7) Ii: l, Ij: l
(8) *Ii: m, Ij: m*
(9) Ii: g, Ij: g

En los casos de empate la ponderación no determina ningún resultado. Los casos de empate se sitúan en un margen de acción para la ponderación, y, por lo tanto, en un margen de acción estructural para la ponderación. Este margen de acción para la ponderación es de gran importancia para la delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y, por una parte, el Legislador, y, por otra, la jurisdicción ordinaria. Sobre este aspecto no puede profundizarse más aquí[1018].

Los tres rangos del modelo triádico constituyen una escala que intenta sistematizar las valoraciones que tienen lugar tanto en la práctica cotidiana como en la argumentación jurídica. Una catalogación en tres rangos de esta naturaleza difiere radicalmente de una medición de las intensidades de la intervención y los grados de importancia por medio de una escala cardinal, como, por ejemplo, una escala de 0 – 1, y eso debe ser así, porque las intensidades de la

1018 Cfr. Sobre este aspecto: R. ALEXY, «Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit», en: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 61, 2002, p. 7 y s. (Tiene traducción al castellano de C. BERNAL PULIDO como: «Derecho Constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria», en R. ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, op. cit.)

intervención y los grados de importancia no pueden ser medidos con ayuda de una escala de este tipo[1019]. Es posible que con frecuencia deba utilizase una escala triádica más refinada (como más adelante se mostrará, sobre todo se apela a una escala triádica doble). Con todo, esta utilización tiene límites. La simple catalogación de una magnitud como leve, media o grave, frecuentemente ya presenta problemas. A veces no puede distinguirse tan fácilmente entre leve y grave, y en ocasiones, incluso puede parecer imposible[1020]. Las escalas jurídicas sólo pueden funcionar con umbrales relativamente difusos y esto ni siquiera ocurre así en todos los casos. La naturaleza del derecho constitucional es, en definitiva, la que establece límites al refinamiento de las escalas y excluye escalas completas de tipo infinitesimal[1021]. Como consecuencia, debe descartarse el uso de mediciones calculables con ayuda de un continuo de puntos entre 0 y 1[1022]. Lo que sí resulta posible, sin embargo, es presentar una ilustración de la estructura que subyace al modelo triádico con la ayuda de cantidades numéricas.

IV. LA FÓRMULA

Existen dos diferentes posibilidades fundamentales de relacionar *Ii* e *Ij*. Quien trabaja con series aritméticas escoge la primera;

1019 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales,* op. cit., p. 156 – 157.

1020 Con esta imposibilidad desaparece toda diferencia entre las intensidades de la intervención. Una ponderación apoyada de esta diferencia no puede llevarse a cabo. La escala *l, g* es la escala mínima.

1021 Cfr. R. Alexy, «Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit», p. 25 y s.

1022 No se excluye la utilización de semejantes escalas en modelos ideales, que representen lo que ocurriría si una escala infinitesimal fuese posible en el

quien trabaja con series geométricas elige la segunda. Una serie particularmente simple es la serie 1, 2, 3. Con su ayuda puede presentarse una fórmula que expresa de la siguiente forma el peso de un principio bajo las circunstancias del caso concreto, es decir, su peso concreto:

$$Gi,j = Ii - Ij$$

Esta fórmula debe denominarse «fórmula diferencial»[1023].

El único signo aún no introducido en la fórmula diferencial es *«Gi,j»*. *«Gi,j»* no debe confundirse con *«Gi»*. Como ya se señaló, *«Gi»* representa el peso abstracto de *Pi*. La notación más completa *«GPiA»* lo expresa de forma clara. *«Gi,j»*, por el contrario, representa el peso concreto de *Pi*, es decir, el peso de *Pi* bajo las circunstancias del caso concreto. En la notación más completa se lee de la siguiente manera:

«Gi,jC»[1024].

La fórmula diferencial permite reconocer que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Ello es posible, porque esta fórmula determina el peso concreto como la diferencia entre la intensidad de la intervención en este principio (*Pi*) y la importancia concreta del principio contrario (*Pj*), la cual, a su vez, consiste

---

derecho. Cfr. Sobre este aspecto: N. JANSEN, «Die Abwägung von Grundrechten», *Der Staat*, núm. 36, 1997, p. 29 y s.

1023 Sobre la representación de las relaciones de los pesos de valores o principios con ayuda de la substracción y de la adición, Cfr.: H. HUBMANN, *Wertung und Abwägung im Recht*, Heymann, Colonia – Berlín – Bonn – Munich, 1977, p. 26 s., 162 s.

1024 La formula diferencial adopta, por tanto, en la notación mas completa la siguiente forma:

$$Gi,jC = IiC - IjC$$

en definitiva en la intensidad de la intervención hipotética en *Pj* mediante la omisión de la intervención, es decir, mediante la no intervención en *Pi*. Esta relatividad se expresa mediante «*Gi,j*». El peso concreto de *Pi* es el peso concreto de *Pi* relativo a *Pj*.

Si se utilizan las cifras 1, 2 y 3 en la fórmula diferencial, entonces se obtienen resultados esclarecedores a primera vista. Es necesario considerar de nuevo las antes mencionadas nueve posibles constelaciones del modelo triádico. En las tres primeras constelaciones, en las cuales *Pi* precede a *Pj* – a continuación se presentan de una manera simplificada -, *Gi,j* adquiere los siguientes valores positivos:

(1) $g, l = 3 - 1 = 2$
(2) $g, m = 3 - 2 = 1$
(3) $m, l = 2 - 1 = 1$

En los casos de primacía de *Pj*, *Gi,j* adquiere los siguientes valores negativos*:*

(4) $l, g = 1 - 3 = -2$
(5) $m, g = 2 - 3 = -1$
(6) $l, m = 1 - 2 = -1$

En todos los tres casos de empate el peso concreto, y, por tanto, relativo, de *Pi* es 0:

(7) $l, l = 1 - 1 = 0$
(8) $m, m = 2 - 2 = 0$
(9) $g, g = 3 - 3 = 0$

Esta ilustración de las relaciones en el modelo triádico, mediante cifras, resulta ventajosa por su sencillez y su elevada plausibilidad intuitiva. Sobre todo, por medio de ella se expresa correctamente que el caso de empate se define como aquel en el que ninguno de los principios puede prevalecer frente al otro, independientemente de si tiene una fuerza positiva o negativa.

Sin embargo, la fórmula diferencial no da cuenta de una propiedad que resulta central para los principios. Esto se hace explícito, si se compara la ilustración del modelo triádico con ayuda de una serie aritmética con la ilustración que se hace al utilizar una seria geométrica.

Relativamente fácil y al mismo tiempo altamente intuitivo resulta tomar, como serie geométrica, los valores 2^0, 2^1 y 2^2, es decir, 1, 2 y 4. Esta serie se diferencia de la serie aritmética esencialmente en que las distancias respectivas entre los grados no son iguales sino que se incrementan. De esta manera puede representarse el hecho de que los principios ganan cada vez una fuerza mayor al aumentar la intensidad de la intervención, lo cual está en armonía con la tasa marginal decreciente de sustitución.[1025]

El carácter geométrico de la escala permite definir el peso concreto de *Pi*, no mediante una fórmula de diferencia, sino mediante una fórmula de cociente. Esta fórmula es la siguiente:

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Esta fórmula constituye el núcleo de una fórmula más comprensiva que debe llamarse «la fórmula del peso». En su versión completa, la fórmula del peso contiene, junto a las intensidades de las intervenciones en los principios, los pesos abstractos de los principios en colisión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de realización de los principios en colisión, ocasionadas por la medida que se enjuicia. Esto significa que en una colisión entre dos principios el

1025 Cfr. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales,* op. cit., p. 147.

peso concreto o relativo de cada uno de los dos principios depende de tres pares de factores, es decir, en total, de seis factores. Sin embargo, estos deben ser utilizados en la fórmula sólo cuando los pares de factores son desiguales. Si estos pares son iguales, se neutralizan mutuamente. En consecuencia, la utilización de la fórmula antes presentada, significa que, a causa de su respectiva igualdad, los pesos abstractos y los grados de seguridad de las premisas empíricas fueron eliminados. La fórmula que se restringe a las intensidades de la intervención no es, por tanto, ninguna fórmula diferente a la fórmula completa, sino la misma después de una reducción. Esto es lo que quiere expresarse cuando, en lo sucesivo, la fórmula del cociente se denomine «fórmula del peso».

Hasta el momento, cuando se ha presentado la fórmula del peso, incluso en la forma completa que incluye los tres pares de factores, se ha tratado siempre de una colisión solo de dos principios. La complejidad aumenta cuando entran en juego más de dos principios. Es posible intentar representar esta complejidad mediante una fórmula que se construya sobre la base de la fórmula completa que se refiere a dos principios. Esta fórmula debe llamarse, en vez de «fórmula de peso», «fórmula del peso extendida». Sin embargo, antes de emprender cualquier tipo de extensión de la fórmula del peso basada en definitiva en las intensidades de la intervención, debe analizarse este modelo más simple con mayor precisión.

La fórmula del peso es entonces sólo aceptable, si los valores que $G_{i,j}$ recibe en las diferentes constelaciones, pueden reconstruir adecuadamente la ponderación. En primer lugar debe tenerse en cuenta la escala triádica simple. En los casos en los cuales P_i precede a P_j, $G_{i,j}$ recibe un valor mayor que 1:

(1) $g, l = 4 / 1 = 4$
(2) $g, m = 4 / 2 = 1$

(3) *m, l* = 2 / 1 = 1

En los casos de primacía de *Pj*, el peso concreto de *Pi* desciende por debajo de 1*:*

(4) *l, g* = 1 / 4 = ¼
(5) *m, g* = 2 / 4 = ½
(6) *l, m* = 1 / 2 = ½

También aquí el valor es el mismo en todos los casos de empate, esta vez es siempre 1:

(7) *l, l* = 1 / 1 = 1
(8) *m, m* = 2 / 2 = 1
(9) *g, g* = 4 / 4 = 1

A primera vista este esquema parecería tener muy pocas ventajas frente a la secuencia aritmética. Las grandes distancias (*g, l; l, g*) tienen, en relación con las cortas (*g, m; m, l; m, g; l, m*), un valor doble o medio respectivamente. Incluso podría pensarse que el 0 ilustra mejor que el 1 el caso de empate.

Sin embargo, el panorama cambia cuando el modelo triádico se extiende a un modelo triádico doble. La secuencia aritmética se aumenta entonces hasta la serie 1-9, al paso que la secuencia geométrica lo hace hasta la serie 2° - 28. Estas series expresan respectivamente los valores *ll, lm, lg, ml, mm, gl, gm* y *gg*, lo cual quiere decir que *ll* corresponde a una intervención levemente leve, o muy leve, *gg* a una intensamente intensa o muy intensa y *ml* a una levemente media, es decir a una muy baja dentro del rango medio. La diferencia entre la fórmula diferencial y la fórmula del cociente se hace manifiesta cuando se comparan los casos de justificación mínima y máxima de una intervención en un derecho fundamental. La intervención que menos se justifica se representa mediante la combinación *gg*, *ll* en el modelo triádico doble. Puede suponerse que una intervención muy severa (*gg*), como por

ejemplo una pena restrictiva de la libertad de siete años, se justifique con una razón que, en comparación con ella, tenga un peso mínimo, como por ejemplo, haber dejado caer una coletilla de tabaco en la acera. Sobre la base de los valores 9 (*gg*) y 1 (*ll*), la fórmula diferencial conduce a atribuir un peso específico de 8 a los derechos fundamentales del artículo 2 inciso 1 y el artículo 2 inciso 2 LF. Por el contrario, sobre la base de los valores *28* (*gg*) y *2°* (*ll*) del modelo triádico doble, la fórmula del cociente permite incrementar el peso concreto de esta externa constelación de una intervención injustificada en los derechos fundamentales a 256[1026]. Correlativamente, la máxima justificación de una intervención se representa mediante *ll, gg*. Según la fórmula de la diferenciación, esto representa – 8, al paso que, según la fórmula del cociente, representa 1/256, es decir: 0,00390625. En la fórmula del cociente, los valores de las constelaciones extremas tienden a cero y al infinito. Esto corresponde a la idea de que existe algo así como la injusticia sin límites. Desde luego, estas tendencias también pueden representarse mediante la fórmula diferencial. Lo único que debe hacerse es orientar hacia el cero y hacia el infinito la escala, con base en la cual ella se aplica. No obstante, de este modo la escala diferencial deviene muy compleja. La serie simple 1, 2, 3 reproduce los valores *l, m y g* de una manera que refleja claramente la estructura

1026 Podría pensarse en casos todavía más extremos, como, por ejemplo, en la imposición de una pena de prisión perpetua por carraspear en una clase universitaria. Este caso es desde luego más extremo que el de la coletilla de tabaco. Sin embargo, el modelo triádico doble no tiene la capacidad de comprender y expresar esta diferencia en lo extremo de estos dos casos. Para ello, sería necesario establecer diferencias subsecuentes en el ámbito de lo extremo. Desde luego, una diferenciación de este tipo sería posible. Ella sería un intento de construir la idea de que hacia los extremos, la tasa de discriminación aumenta, mientras que hacia la mitad disminuye. Con todo, esta idea no puede desarrollarse aquí.

global de nuestra capacidad de catalogar las intervenciones según su intensidad. Esto también puede decirse de la representación de la tríada doble mediante la serie 1-9. Ahora bien, es bastante dudoso que esta correspondencia también pueda existir cuando la serie se aproxima hacia el cero y hacia el infinito. La serie geométrica no se enfrenta a estos problemas. Ella se adecua tanto a la estructura triádica como a la fuerza creciente de resistencia de los derechos correspondiente a un aumento en la intensidad de la intervención en ellos.

Ya se señaló que en las ponderaciones no sólo son relevantes las intensidades de las intervenciones, sino también los pesos abstractos. Esta posibilidad se vuelve real, cuando los pesos que corresponden a los diferentes principios en colisión se diferencian entre sí. Si los pesos abstractos son iguales, se neutralizan entre sí. Si, por el contrario, ellos tienen diferente magnitud, pueden sopesarse en la balanza.

Existen tres constelaciones fundamentales en relación con las intensidades de la intervención (I_i, I_j) y los pesos abstractos (G_i, G_j). En la primera los pesos abstractos son diferentes, al paso que las intensidades de la intervención son iguales. En esta constelación las intensidades de la intervención se neutralizan. El asunto entonces se centra sólo en los pesos abstractos. Esta constelación tiene como contrapartida una segunda constelación fundamental –mucho más frecuente y por ello bastante más significativa desde el punto de vista práctico–, en la cual los pesos abstractos son iguales, pero las intensidades de la intervención son distintas. En la tercera constelación fundamental, por el contrario, tanto los pesos abstractos como las intensidades de la intervención son diferentes. En este caso entonces los cuatro valores son relevantes. Estas posibilidades pueden expresarse mediante la siguiente variante extendida de la fórmula del peso:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i}{I_j \cdot G_j}$$

Si esta fórmula es acertada, entonces, con base en ella puede llevarse a cabo una ulterior clarificación conceptual. Los productos de $I_i \cdot G_i$ y de $I_j \cdot G_j$ expresan que de manera no poco frecuente, junto a $G_{i,j}$, la expresión peso se utiliza para referirse a G_i y G_j. La expresión «peso»entonces deviene ambigua y adquiere tres significados. Las ambigüedades no son nocivas, siempre que se pueda claramente decidir el contexto de lo que se quiere decir. Esto último no siempre acontece en la discusión sobre la ponderación. Por esta razón, es necesario llevar a cabo una definición terminológica. Para ello se ofrecen dos posibilidades. Es posible denominar el producto de $I_i \cdot G_i$ tanto «peso concreto no relativo» como «importancia» de P_i. Lo primero es circunstancial pero claro. Sitúa de forma palmaria el peso concreto no relativo ($I_i \cdot G_i$) entre el peso concreto relativo ($G_{i,j}$) y el peso abstracto (G_i). La denominación de «importancia» es, por el contrario, más elegante y más próxima a los usos lingüísticos. Sin embargo, es necesario aclarar que cuando se denominó «I_i» como «importancia», al enunciar la formulación de la ley de la ponderación, con ello no se hizo ninguna referencia a la inclusión del peso abstracto, pues en ese contexto se entiende que los pesos abstractos se neutralizan. Si se elige este camino, entonces puede definirse de la siguiente forma el peso concreto no relativo en términos de importancia (W_i, W_j)*:

$$W_i = I_i \cdot G_i$$

$$W_j = I_j \cdot G_j$$

* He preferido mantener la inicial *W* de la palabra alemana: «*Wichtigkeit*» para hacer referencia a la importancia y no utilizar la inicial *I*, a fin de no crear confusión con el uso de la *I* para intervención. (N. T.)

De esta manera puede diluirse completamente la ambigüedad de la expresión «peso».

Es recomendable referir también *Gi y Gj* a las escalas triádicas que se representan mediante series geométricas. De esta forma, todo lo que se dijo en relación con los valores *Ii e Ij,* vale para *Gi y Gj*. Esto no es evidente, sino que expresa la aceptación de que al peso abstracto y a la intensidad de la intervención corresponde un mismo peso –este concepto es pertinente de nuevo en este metanivel de uso– en la determinación del peso concreto o relativo que se representa por medio de *Gi,j*. Esta aceptación de una igual importancia posibilita llevar a cabo compensaciones plenas. Una intervención (*Ii*) leve (*l*) en un principio con elevado (*g*) peso abstracto (*Gi*) tiene una igual importancia (*Wi*) que una intervención (*Ij*) grave (*g*), que se lleva a cabo a causa de su omisión, en un principio con escaso (*l*) peso abstracto. De este modo entonces se obtiene un empate.

Ya se ha mencionado también el tercer par de variables de la fórmula del peso completa. Se trata del grado de seguridad de los presupuestos empíricos referidos, respectivamente, a lo que la medida que se enjuicia significa para la no realización de un principio y la realización del otro. El Tribunal Constitucional Federal ha determinado con razón, en la sentencia sobre la participación de los trabajadores en las empresas *(Mitbestimmung),* que no es pertinente atribuir siempre ni certeza ni incertidumbre a los pronósticos empíricos que subyacen a las apreciaciones que el legislador lleva a cabo en el examen de proporcionalidad[1027]. Entre los criterios según los cuales debe determinarse la certeza de la medida ordenada, está sobre todo el de la importancia del derecho fundamental en el caso

1027 BVerfGE 50, 290 (332).

concreto, que se define mediante la intensidad de la intervención y el peso abstracto. Desde este trasfondo puede formularse una ley epistémica de la ponderación, en paralelo a la antes enunciada ley de la ponderación. Esta nueva ley señala lo siguiente:

Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención.

Esta segunda ley de la ponderación lleva el predicado «epistémica», porque no se basa en la importancia material de las razones que sustentan la intervención, sino en su calidad epistémica. La primera ley de la ponderación que, como ya se mostró, define el tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, puede llamarse «ley material de la ponderación», si se quiere expresar su diferencia con su correlativo, es decir, la ley epistémica de la ponderación.

También en relación con la ley epistémica de la ponderación es aconsejable utilizar la escala triádica. En la Sentencia sobre la participación de los trabajadores en las empresas (*Mitbestimmungsurteil*), el Tribunal Constitucional Federal diferenció entre tres grados de intensidad en el control: «el control material intensivo», «el control de plausibilidad» y «el control de evidencia»[1028]. Estos tres grados corresponden a los tres grados epistémicos de cierto o seguro (*s*), plausible (*p*) o no evidentemente falso (*e*). Es posible utilizar «*Si*» y «*Sj*» o, en la forma completa «*SPiC*» y «*SPjC*» como notación para referirse a la seguridad de los presupuestos empíricos, que se relacionan con el significado que la respectiva medida tenga en el caso concreto para la no realización de *Pi* y la realización de *Pj*. Con el fin de expresar que, tanto la fuerza de defensa como la de ataque se reduce ante la creciente incertidumbre de las premisas

1028 BverfGE 50, 290 (333)

que soportan cada una de las partes, *s* debe valorarse con 2º, *p* con 2> 1 y *e* con 2> 2. Aquí desde luego también es posible refinar la escala triádica, es decir, mediante la escala triádica doble. La fórmula del peso completa adquiere entonces la siguiente forma:[1029]

$$G_{i,j} = \frac{I_i \bullet G_i \bullet S_i}{I_j \bullet G_j \bullet S_j}$$

Para ilustrar la manera como funciona esta fórmula, pueden observarse dos constelaciones. Con el fin de hacer más simple la ilustración, en ambas serán iguales los pesos abstractos (*Gi*, *Gj*). En el primer caso se trata en ambos lados de una intervención intensa (*g*), que se lleva a cabo mediante la adopción de la medida en *Pi* y mediante su omisión en *Pj*. La intervención intensa en *Pi* es segura (*s*), pero en *Pj* es sólo plausible (*p*). De este modo, *Gi,j* se determina de la siguiente forma:

$$G_{i,j} = \frac{4 \bullet 1}{4 \bullet \frac{1}{2}} = 2$$

Como consecuencia, *Pi* debe preceder en este caso.

También en la segunda constelación debe suponerse que la intervención en *Pi* es segura (*g*) y el daño en *Pj*, que se produce por la omisión de la intervención en *Pi*, es sólo plausible (*p*). Una distribución semejante de los valores relativos a la seguridad epis-

1029 La formulación completa es la siguiente:

$$GPi,jC = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

témica del par de variables *Si, Sj*, puede encontrarse en la sentencia del canabis[1030]. Si el Tribunal Constitucional Federal declara, desde este trasfondo que es proporcionada la penalización de la manipulación de productos del canabis, entonces la desigualdad de los valores de *Si* y *Sj* se refleja en una desigual distribución de los valores en *Ii* e *Ij* o en *Gi* y *Gj*. No es este el lugar para examinar con precisión los variopintos argumentos del Tribunal. Sólo debe anotarse que existe una posibilidad de compensar la seguridad empírica sólo media de las premisas que sustentan la penalización con la aceptación de que se trata de una intervención de intensidad sólo media en los derechos que están ligados con la prohibición de manipulación del canabis en razón de los peligros asociados con el mismo. De este modo, los valores que se debería atribuir a *Gi,j* serían los siguientes:

$$Gi,j = \frac{2 \bullet 1}{4 \bullet \frac{1}{2}} = 1$$

De esta manera se obtiene un empate, lo cual significa que una prohibición penal de la manipulación de productos derivados del canabis cae dentro del margen de acción del legislador.

V. LA FÓRMULA EXTENDIDA

Hasta ahora se ha tratado siempre de la colisión entre dos principios. Estas pueden comprenderse completamente median-

1030 BverfGE 90, 145 (182): «Asimismo, con base en los fundamentos del actual estado del arte, como puede deducirse suficientemente de las fuentes antes mencionadas…, la concepción del Legislador es *plausible*, en cuanto que él no dispone de otro medio igualmente efectivo pero menos severo que la sanción penal para alcanzar el fin» (Énfasis de Robert Alexy).

te la fórmula del peso. Sin embargo, con frecuencia, en uno o en los dos lados, hay varios principios en juego. Como quiera que incluso en estos casos puede tomarse sólo una decisión, entonces es necesario relacionar de alguna manera todos los principios relevantes. La pregunta es si esto puede suceder mediante la introducción de un efecto acumulativo en la fórmula del peso. La versión más simple sería la de una mera acumulación aditiva. Aquí debe tenerse en cuenta sólo el lado de la restricción[1031]. Si aquí se admite la acumulación aditiva, entonces se obtiene la siguiente fórmula:

$$G_{i,j-n} = \frac{I_i \bullet G_i \bullet S_i}{I_j \bullet G_j \bullet S_j + \ldots I_n \bullet G_n \bullet S_n}$$

1031 Si se tiene en cuenta también el lado del derecho fundamental (*Pi*) cuya vulneración se examina, entonces la acumulación conduce inevitablemente a un holismo de derecho fundamental. *Pi* representaría a todos los derechos fundamentales que se afectan negativamente mediante la intervención en *Pi*. De este modo, se desvanece el esquema tradicional, según el cual, debe examinarse separadamente cada intervención en un derecho fundamental. Más radical sería ese desvanecimiento, si se admitiera la posibilidad de acumular todos los principios constitucionales relevantes. En este caso, todos los principios que jugaran en contra de la medida que se examina se opondrían en conjunto a todos los que jugaran a favor de ella. El derecho fundamental, cuya vulneración se examina, dejaría de ser entonces un guerrero aislado y se convertiría en el comandante de una tropa más o menos numerosa. El peso concreto del derecho fundamental cuya vulneración se examina, sería el peso concreto de este principio en el *sistema completo* de la constitución. Todo esto puede representarse mediante la siguiente fórmula:

$$G_{i,j-n} = \frac{I_i \bullet G_i \bullet S_i + \ldots I_m \bullet G_m \bullet S_m}{I_j \bullet G_j \bullet S_j + \ldots I_n \bullet G_n \bullet S_n}$$

Esta formula debe llamarse «formula del peso extendida completa».

Esta fórmula puede denominarse como «fórmula del peso extendida».

Si se prescinde de la pregunta de teoría general de la argumentación jurídica, de si la acumulación de argumentos puede representarse como adición, el problema principal de la fórmula del peso extendida es qué es aquello que es acumulable aditivamente. Es fácil reconocer la dirección en la cual debe darse respuesta a esta pregunta. Los principios acumulados no pueden ser substancialmente redundantes. Sus objetos a optimizar deben ser materialmente diferentes. También tiene validez la regla según la cual la heterogeneidad es una condición de la acumulación aditiva. Esta regla se aplica a veces con facilidad. De este modo, por ejemplo, es posible identificar fácilmente a la libertad general de acción como un contenido que ya aparece en los derechos fundamentales especiales. Por el contrario, es posible imaginar casos en los que una intervención pueda fundarse en varios principios que no tienen ninguna intersección entre sí. Esto ocurre, por ejemplo, cuando un principio tiene como objeto bienes colectivos y otro derechos individuales. Sin embargo, aquí debe hacerse una advertencia. En consideración de las relaciones complejas[1032] entre los derechos individuales y los bienes colectivos siempre debe tenerse en cuenta la posibilidad de que exista una redundancia sustancial entre ellos. El mero hecho de que sean, por una parte derechos individuales y, por otra, bienes colectivos, los que entran en relación, no es por sí misma una garantía de heterogeneidad.

La cosa sería simple si la heterogeneidad fuese un asunto de todo o nada. Con todo, este no es el caso. Los principios pueden

1032 Cfr. R. Alexy, «Individuelle Rechte und kollektive Güter», en Id., *Rechts, Vernunft, Diskurs,* Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1995, p. 232.

intersectarse substancialmente más o menos. Sin embargo, ello no constituye una razón para no comenzar siempre con el análisis de las relaciones relativamente fáciles que deben tenerse en cuenta en la colisión de dos principios y tampoco una razón para, a partir de ese análisis, no dar un paso ulterior hacia las regiones complejas de las uniones de principios.

C) ENTREVISTA A ROBERT ALEXY*

Manuel Atienza: Para empezar, me gustaría que me dieras algunos detalles sobre tu carrera académica. Por ejemplo, ¿qué fue lo que te llevó a la filosofía del Derecho? ¿Estás satisfecho con haber elegido ser un filósofo del Derecho?

Robert ALEXY: Empecé a estudiar en Gotinga en 1968. Durante todo el tiempo en que cursé los estudios completos de Derecho, estuve también matriculado en la Facultad de Filosofía.

Me interesaba la filosofía. Quien estudia a un tiempo ciencia jurídica y filosofía llega pronto por sí mismo a la filosofía del Derecho. El que este interés permaneciera constante durante toda la época de estudiante tengo que agradecérselo esencialmente a mis profesores. En filosofía, tuve la suerte de encontrarme, prácticamente desde el comienzo, a Günther PATZIG, con el que uno no sólo aprendía a familiarizarse con la lectura de los grandes filósofos y de la filosofía analítica, sino que aprendía también a que ambas cosas resultasen de provecho mutuo. Hacia el final de mis estudios volví a tener suerte: Ralf DREIER llegó a Gotinga. Con la decisión de escribir con él mi tesis de doctorado, «Teoría de la

* Etrevista realizada por Manuel ATIENZA (Universidad de Alicante), publicada originalmente en la Revista *Doxa*, N.° 24, (2001).

argumentación jurídica», hice de la filosofía del Derecho mi profesión. Siempre me he sentido satisfecho con esa decisión. Hasta el día de hoy, nunca me he aburrido con mi profesión.

> *M.A.: Supongo que tu primera publicación habrá sido tu tesis de doctorado, que se tradujo a varios idiomas. Es sabido que se trata de una de las obras más influyentes en la teoría del Derecho de los últimos tiempos. Después de casi 25 años de su primera edición, ¿cúales dirías que son sus principales puntos fuertes y, si acaso, sus debilidades?*

R.A.: Hay sobre todo tres puntos a los que sigo considerando importantes después de todo este tiempo desde que apareció mi «Teoría de la argumentación jurídica». El primero es que con las decisiones jurídicas y con sus fundamentaciones se erige una pretensión de corrección. Con el transcurso del tiempo, esa afirmación la he ampliado hasta llegar a la tesis general de que el Derecho erige necesariamente una pretensión de corrección. El segundo punto es la tesis del caso especial. Viene a decir que el discurso jurídico, por su característica vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática, es un caso especial del discurso práctico general. Eso lleva a la doble naturaleza del Derecho. Las vinculaciones a la ley, al precedente y a la dogmática definen su carácter institucional y autoritativo. La apertura a la argumentación práctica general le añaden una dimensión ideal y crítica. La conexión entre estos dos aspectos lleva a una vinculación entre el Derecho y la moral que es algo excluido por el concepto positivista de Derecho. El tercer punto es quizás el más importante. MACKIE ha defendido la tesis de que es falso que con nuestros juicios morales erijamos una pretensión de objetividad, porque no existen valores objetivos. Lo llama la «teoría del error» («error theory»; J.L. MACKIE, Ethics 1977, p. 35). La teoría del discurso opone a la

teoría del error la tesis de que la argumentación práctica racional resulta posible. Lo que demuestra esa posibilidad es el hecho de que se haya construido. La construcción consiste en un sistema de reglas y de formas que viene a explicitar de qué manera la razón puede ser práctica. Se constituye así una alternativa a los extremos del puro objetivismo y del puro subjetivismo. Naturalmente, con el paso del tiempo se vuelven más claras las cosas que no se han alcanzado en un libro. Aquí quiero hacer referencia a dos de sus debilidades. La primera consiste en que la «teoría de la argumentación jurídica» presuponía todo un concepto no positivista de Derecho que sin embargo no quedaba desarrollado. Esta primera debilidad se refiere a la relación entre cuestiones que se tratan en el libro y otras cuestiones más completas o más generales. La segunda debilidad aparece cuando uno mira en el sentido opuesto, esto es, en el de los detalles de la estructura de los argumentos. El análisis lógico de la subsunción tenía un desarrollo relativamente amplio. Aquí se necesitan algunos añadidos a la luz de la teoría de la argumentación no monotónica («nonmonotonic reasoning») que, sin embargo, no cambia lo que constituye el núcleo de la estructura básica de la deducción. Por el contrario, la ponderación se trataba sólo de una manera superficial. Ciertamente, hay una cierta relación de prioridad en las formas del discurso práctico general (4.6) que, sin embargo, de ninguna manera es suficiente como análisis de la ponderación. Esta debilidad muestra también con claridad que en mi tesis los principios aparecían definidos exclusivamente en un nivel de gran generalidad (cap. II, 2.3.1). Por ello, quedaba todavía oculto su verdadero carácter.

M. A.: *Hablemos un poco sobre el positivismo jurídico. Tengo ahora sobre mi mesa un libro italiano reciente, escrito por Giorgio* BONGIOVANNI, *que se titula «Teorías «constitucionalistas» del Derecho: Moral, Derecho e interpretación en R.* ALEXY *y R.* DWORKIN*»: ¿Estarías de acuerdo con la tesis de que el posi-*

tivismo jurídico terminó su ciclo histórico con la implantación de esta relativamente nueva forma de organización política a la que llamamos «Estado constitucional»?

R. A.: El positivismo jurídico es una posición filosófica que seguirá estando en la discusión mientras siga habiendo debate sobre el concepto y la naturaleza del Derecho. El positivismo jurídico cae dentro del campo lógico de las posibles respuestas a la pregunta «qué es el derecho», y nunca nadie podrá dar una respuesta bien fundada a esta pregunta sin refutar esa posición o su contraria. Por eso, cabe hablar de un significado eterno del positivismo jurídico para la filosofía del Derecho. Hay que distinguir este significado teórico para la filosofía del Derecho, al que cabe llamar significado «interno», de un significado práctico o externo del positivismo jurídico. Este último depende esencialmente de la correspondiente situación política y jurídica. Si lo que importa es luchar por un sistema que trata de imponer una moral que no puede justificarse de manera universal ni tampoco frente a todos los sometidos al sistema jurídico para impregnar con ella al Derecho, entonces el positivismo jurídico puede ser un instrumento de la lucha política a favor de la democracia y de la neutralidad del Derecho. En el Estado constitucional, el positivismo jurídico pierde esa función. Por un lado, en el sistema jurídico se contienen postulados morales fundamentales que adoptan la forma de derechos fundamentales. Por otro lado, las libertades garantizadas mediante derechos fundamentales impiden que se pueda ir muy lejos en la identificación del Derecho con convicciones morales no compartidas por todos y cuya aceptación no pueda ser pretendida por todos. De esta manera, el Estado constitucional democrático trata de resolver la vieja relación de tensión entre el Derecho y la moral. En esta situación, el positivismo jurídico permanece ciertamente abierto a construcciones como la del «positivismo inclusivo» de COLEMAN. Con ella, uno puede dar

cuenta de la realidad del Estado constitucional democrático. Sin embargo, el no positivismo resulta más adecuado. No sólo es una adaptación a la realidad del Estado constitucional democrático, sino que permite darle un verdadero fundamento.

M. A.: ¿Cómo valoras la obra de FULLER *y, en particular, qué opinión te merece hoy su famosa controversia con* HART*?*

R. A.: La teoría de FULLER de la moralidad intrínseca o interna del Derecho es un temprano y magnífico intento por hacer explícitos los contenidos morales que se encuentran implícitos en el Derecho. Con ello resulta claro que el Derecho no se puede reducir a la facticidad de la legalidad establecida y de la eficacia social. La tesis de FULLER de que el Derecho es una empresa dirigida a un fin («purposed enterprise») se asemeja en su estructura a la tesis neokantiana de RADBRUCH de que el Derecho es una realidad «que tiene el sentido de servir a los valores jurídicos, a la idea del Derecho» («Filosofía del Derecho», parágrafo 4). Pero la teoría de FULLER está expuesta de una forma incompleta. Esto vale tanto para sus ocho principios de la legalidad («La moralidad del Derecho», cap. II), a través de los cuales él define la moral interna del Derecho, como también para su análisis filosófico del concepto de Derecho. Esto lleva a una peculiar asimetría de la controversia entre FULLER y HART. Los argumentos de HART tienen un gran rigor filosófico. Pero FULLER gana un punto muy importante con su insistencia en una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Un significado esencial de esta controversia para los que han venido después consiste en que invita en forma directa a reunir las cualidades de ambos contendientes en una nueva teoría.

M. A.: Antes hacía referencia a que la tuya y la de DWORKIN *parecen ser las dos principales teorías del paradigma constitucionalista. ¿Qué diferencias existen entre ambas?*

R. A.: No es fácil una comparación entre la teoría del Derecho de DWORKIN y la mía. Ciertamente, hay muchas cosas comunes, pero el armazón conceptual de ambas teorías es bien distinto. Quizás pudiera decirse incluso que ambas teorías son relativamente semejantes en lo substancial, pero bastante distintas en lo formal. De todas formas, también hay diferencias sustanciales. Así, aunque el concepto de principio jurídico juega su papel en ambas teorías, el manejo que se hace del mismo varía. En mi concepción, los principios tienen el carácter de mandatos de optimización. Además, los bienes colectivos pueden también ser objeto de regulación de los principios. Eso lleva a que en la contestación a la pregunta de si se ha lesionado un derecho fundamental juegue un papel central el principio de proporcionalidad y, con ello, la ponderación. Las cosas son distintas en la visión de DWORKIN de los derechos como triunfos («trumps»). También hay diferencias en la determinación de las relaciones entre libertad e igualdad. Yo considero la libertad y la igualdad como principios del mismo rango que pueden entrar en colisión. Pero eso queda excluido en la visión de DWORKIN de la igualdad («equal concern») como la virtud suprema («sovereign virtue») de la comunidad política. Para mí, el concepto que expresa la armonía a la que se aspira no es el de igualdad, sino el de corrección. Tanto la libertad como la igualdad están subordinados a esta idea regulativa.

M. A.: En una entrevista publicada en Doxa en 1993, Stephen TOULMIN decía, refiriéndose a tu teoría de la argumentación y a la de HABERMAS, que ponían la carreta antes de los bueyes, o sea, que situabas en el centro del cuadro el discurso, en lugar del papel que juega un sistema jurídico en la vida social; digamos, el discurso en lugar de la forma de vida. ¿Qué piensas de eso?

R. A.: Hablé antes, en relación con la tesis del caso especial, de la «doble naturaleza del Derecho». Consiste en la unión del aspecto institucional y autoritativo con el ideal y crítico. Ahí está ya la respuesta a la objeción de Stephen TOULMIN de que los teóricos del discurso ponen la carreta antes de los bueyes, o sea, que sitúan en el centro el discurso y no el papel del Derecho en la vida social o, dicho todavía de manera más general, que dan la prioridad al discurso frente a la forma de vida. El ideal, que la teoría del discurso trata de concebir bajo la forma de las condiciones de la argumentación racional, hunde sus raíces en lo real y no tendría ninguna fuerza sin lo real. Y a la inversa, lo real no sería nuestra forma de vida, la forma de vida de seres vivos dotados de razón, si no incluyera ya lo ideal. Esta relación de inclusión recíproca no permite que se pueda concebir ni la imagen de los bueyes delante de la carreta ni la de la carreta delante de los bueyes.

M. A.: ¿Qué me dirías de la influencia de HABERMAS en tu obra? ¿Qué peso ha tenido?

R. A.: Mi contestación a esa pregunta tiene que ser compleja. Quien eche un vistazo a mi libro «Teoría de la argumentación jurídica» se da cuenta en seguida de que hay, esencialmente, dos corrientes que me han marcado: la filosofía analítica, y la teoría crítica, en la forma que le ha dado HABERMAS. En la época en la que escribí el libro, las dos corrientes eran ampliamente percibidas como posiciones contrapuestas. Hoy la cosa es de otra forma. HABERMAS se ha acercado cada vez más al campo analítico y los analíticos a él. En aquella época yo estaba del todo en la esfera de la filosofía analítica. Sin embargo, se me imponía directamente el intento de una síntesis. Esa síntesis podía ser exitosa, sobre todo porque tanto HABERMAS como también autores de la línea analítica, como por ejemplo HARE y BAIER, se apoyaban en ideas kantianas.

M. A.: ¿Hay algún aspecto significativo en el que difieras de HABERMAS*?*

R. A.: Naturalmente, en mi versión de la teoría del discurso hay algunas diferencias respecto a HABERMAS. Pero la intención básica es la misma. Hay diferencias grandes, sin embargo, en la teoría de los derechos fundamentales y de los derechos humanos. En la práctica, lo decisivo en relación con los derechos fundamentales es la determinación de sus límites. En mi «Teoría de los derechos fundamentales», he tratado de resolver el problema de las necesarias demarcaciones de los derechos fundamentales con una teoría de los principios, cuya base es la tesis de que los derechos fundamentales en cuanto normas tienen la estructura de mandatos de optimización. Eso lleva a poner al principio de proporcionalidad en el centro de la dogmática de los derechos fundamentales, lo que tiene la consecuencia práctica de que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación. HABERMAS siempre ha rechazado esto con gran fuerza. En «Facticidad y validez» ha contrapuesto al modelo de la ponderación, el modelo del discurso de aplicación, ideado por Klaus GÜNTHER, en el que el papel central lo juega la idea de coherencia. Yo soy, como HABERMAS, de la opinión de que en la interpretación del Derecho la coherencia tiene una gran importancia. Pero creo que no puede haber coherencia sin ponderación. Aquí es donde hasta ahora discrepamos intelectualmente. HABERMAS cree que la idea de optimización destruye la estructura deóntica de los derechos fundamentales. La ponderación supone un más o un menos. Falta por ello la estructura binaria que es constitutiva para la validez de las normas. La teoría de los principios despoja a los derechos fundamentales de su estructura deontológica y les da un sentido teleológico. Con ello pierden su carácter de «triunfos» en el sentido de DWORKIN.

Yo considero, por el contrario, que el simple hecho de la gradualidad no supone sin más una estructura teleológica. La libertad de expresión es tan importante en los Estados Unidos como en Alemania. Aquí hay también un más y un menos. Pero de ello no se sigue que en uno o en otro país o en ambos tenga un carácter teleológico. Naturalmente, el resultado final de una fundamentación que tenga por objeto derechos fundamentales debe tener una estructura binaria. Sólo puede ser válida o inválida. Pero el carácter binario del resultado no implica que todos los pasos de la fundamentación deban tener también carácter binario. De manera que en lo que termina todo esto es en la idea de si la ponderación es un procedimiento racional. HABERMAS piensa que «por ello, carecen de un criterio de racionalidad» (*Facticidad y validez*, p. 315 –ed. alemana). Yo pienso que lo tienen si es que existe un criterio de racionalidad para contestar a las preguntas prácticas.

> *M. A.: A lo largo de los últimos diez años he tratado de desarrollar con Juan RUIZ MANERO una concepción de los principios jurídicos que, en cierto sentido, puede considerarse como una mediación entre tu teoría y la de DWORKIN y HABERMAS. Partimos de que los principios pueden dividirse en principios en sentido estricto y directrices, y que las directrices (pero no los otros principios) deben considerarse como mandatos de optimización. La idea es introducir dentro de la categoría general de los principios la distinción entre razones de fin y razones de corrección, y defender la prioridad de las razones de corrección (los principios en sentido estricto) frente a las de fin (las directrices). Esa prioridad, nos parece, puede considerarse como el aspecto más importante del «orden débil» entre principios que tu defiendes. Y esa conceptualización permitiría una mejor articulación de la dimensión instrumental y moral del razona-*

miento jurídico: el uso argumentativo de los principios supone siempre (como tu señalas) una actividad de ponderación, pero la aplicación de las directrices (por ejemplo, la preservación del medio) supone un aspecto de gradualidad que parecería raro predicar de otro tipo de principios (la dignidad humana no parece ser una cuestión de más o menos). ¿Qué piensas de ello?

R. A.: Ciertamente, se pueden distinguir diversos tipos de principios, y la distinción entre principios que tienen como objeto derechos individuales y principios cuyo objeto son bienes colectivos es, sin duda, particularmente importante, aunque no sea tan simple como pudiera parecer a primera vista. El significado de esta distinción proviene de que el peso para la fundamentación que se conceda a ambos tipos de principios es decisivo en cuanto a la extensión que un sistema normativo otorga al individualismo. Yo no defiendo ciertamente una prioridad estricta de los principios que tienen por objeto los derechos individuales, sino una prioridad *prima facie*, lo que da lugar no a un orden estricto, sino a un orden débil entre ambos tipos de principios. Qué significado tiene esto para la categorización teórico-normativa de los principios como mandatos de optimización es una cuestión de gran importancia teórica y práctica. Yo creo que existe acuerdo entre vosotros dos y yo, en primer lugar, en que los principios entran en colisión con frecuencia y, en segundo lugar, en que la solución de colisiones entre principios no es posible sin ponderación. Ahora bien, los derechos individuales pueden colisionar tanto con otros derechos individuales como con bienes colectivos. Un ejemplo de lo primero es la colisión entre la libertad de expresión y el derecho a la protección de la personalidad, y un ejemplo de lo segundo la colisión entre el derecho a la propiedad y la protección del medio ambiente. Por lo demás, existe un tercer tipo de colisión entre bienes colectivos

que aquí no interesa. La cuestión decisiva es si la colisión entre derechos individuales tiene una estructura distinta a la que se da en el caso de una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos. Yo creo que no. En ambos casos, el principio de proporcionalidad promueve tanto una optimización relativa a las posibilidades fácticas como una optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Si una determinada intromisión en la libertad de expresión no es adecuada o no es necesaria para proteger la personalidad, entonces si se omite esa intromisión puede preservarse la libertad de expresión y la protección de la personalidad, sin que resulte algún coste para alguno de estos derechos, y realizar mejor y, en ese sentido, optimizar, ambos derechos. No es otra cosa que el óptimo de Pareto. Precisamente ello exige que se consideren los principios de adecuación y de necesidad como principios particulares del de proporcionalidad. Otro tanto vale en relación con la colisión entre la propiedad y la protección del medio. A la optimización relativa a las posibilidades jurídicas corresponde el tercero de los principios particulares del principio de proporcionalidad, el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Dice que el fundamento jurídico para una intromisión tiene que ser tanto más fuerte, cuanto más intensa sea la intromisión. Esto vale tanto para la colisión entre derechos individuales, como para la colisión entre derechos individuales y bienes colectivos. Para justificar una débil intromisión en la propiedad basta con que por medio de ella se produzca una mejora del medio ambiente relativamente poco importante. Una intromisión muy grave en la propiedad, por el contrario, sólo es lícita si es de una gran importancia para la protección del medio. Por eso, la intensidad de la intromisión en la propiedad depende también de si se cuenta con indemnizaciones. Pero esto nos lleva ya a entrar en demasiados detalles. Lo que aquí importa es sólo que el principio de proporcionalidad en sentido

estricto resulta dañado si no existe al menos una paridad entre la gravedad de la intromisión y el peso de los fundamentos para la intromisión. A este criterio puede llamársele «el postulado de la paridad». De lo dicho resulta con claridad que lo que defiendo es un concepto de optimización que pone en conexión dos ingredientes: las exigencias que derivan del óptimo de Pareto y el postulado de paridad. Si por esto se entiende «optimización», entonces parece inevitable la consecuencia de que también los principios que, como el de la protección del medio, tienen como objeto bienes colectivos pueden categorizarse como mandatos de optimización. A esto quiero añadir dos precisiones. En la pregunta te referías a la «gradualidad» y a la dignidad humana. La dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una estructura distinta a la de los otros derechos fundamentales. En los derechos fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en una lesión cuando no está justificada. La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites. En ese sentido tiene un carácter de regla. Toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión. Pero también aquí las cosas no son tan simples. Tras la estructura de reglas de la dignidad humana se encuentran desde luego estructuras de ponderación. Pero ese es otro tema. La segunda precisión a propósito del aspecto de gradualidad se refiere a los bienes colectivos que tienen la forma de las consabidas finalidades políticas. La protección del medio tiene en Alemania rango constitucional desde que, en 1994, se introdujo en la Constitución a través del artículo 20a. Muchas finalidades políticas no tienen este rango. El Tribunal constitucional alemán calificó en una ocasión la protección de la clase media como un fin político legítimo, que el legislador podía, aunque no tenía la obligación, de desarrollar y, por tanto, si decidía perseguir tal

objetivo, el mismo podía legitimar el límite de derechos fundamentales.

Aquí, el legislador tiene una competencia concedida a través de una reserva de ley de derecho fundamental para elevar fines políticos como fundamento para limitaciones de derechos fundamentales. Pero si a él le corresponde la decisión de si quiere perseguir ese fin o no, entonces también le corresponde en principio la decisión de en qué medida quiere hacerlo. La graduación se vuelve pues, al igual que la elección del fin, ante todo una cuestión del legislador y, por tanto, una cuestión de política. De esta manera, el fin podría designarse con pleno sentido una «política». Naturalmente, la decisión del legislador no hace superfluo el test de proporcionalidad. Pero sin su decisión sobre el fin político y sobre el grado de su realización no se daría en absoluto este fundamento de limitación en cuanto lícito o ilícito. La cosa no es así con los principios de rango constitucional.

M. A.: Cuando te visité en Kiel, en 1989, recuerdo que hablamos sobre quiénes podían considerarse como los tres mayores pensadores en la historia de la filosofía del Derecho. Me gustaría saber si has cambiado de opinión desde entonces.

R. A.: Realmente ya no se quiénes eran los filósofos a los que entonces consideraba como los tres mayores pensadores en la historia de la filosofía del Derecho. Pero como en ese punto mi opinión apenas habrá cambiado, podrían ser los mismos a los que hoy nombraría: ARISTÓTELES, HOBBES y KANT.

M. A.: ¿Por qué esos nombres?

R. A.: ARISTÓTELES, con su análisis de la estructura teleológica de la acción humana, suministró una piedra fundamental para toda investigación del comportamiento social y, por ello, del De-

recho. Además, con su análisis de la justicia descubrió estructuras que hasta hoy siguen siendo de interés. Algunos elementos de su análisis de la justicia tienen un valor permanente de manera semejante a lo que ocurre con su silogística. Con HOBBES, pasa a ser central el conflicto y la guerra. Nadie ha elaborado la dicotomía de Derecho y poder de manera tan profunda. Con ello, naturalmente, no se da cuenta del todo del concepto de Derecho, pero se determina un elemento sin el cual el Derecho no puede realmente entenderse. KANT, finalmente, ha ido más allá del concepto de ARISTÓTELES de lo bueno y del concepto de HOBBES de la paz, en la medida en que ha considerado la libertad como «el único derecho natural que le corresponde al hombre en virtud de su humanidad» *(Introducción a la teoría del Derecho)*. Su vinculación de este derecho con la universalidad exigida por el imperativo categórico hace entrar en juego a la igualdad. Ciertamente, todavía no es una teoría completa de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. Pero crea las bases del Estado constitucional democrático. Naturalmente, se impondría añadir otros nombres y hay varias filosofías que se acercan, en cuanto a su significado para la filosofía del Derecho, a las de los tres autores mencionados. Pero nombrarlos quitaría nitidez al cuadro.

M. A.: ¿A quienes consideras como los tres mayores filósofos del Derecho del siglo XX? ¿Por qué?

R. A.: En la anterior pregunta se trataba, de manera general, de pensadores en la historia de la filosofía del Derecho y ello me llevó a dirigir la atención hacia los grandes filósofos. Ahora te refieres sin más a los «filósofos del Derecho» del siglo XX. Eso me da ocasión para centrarme en los filósofos que han sido al mismo tiempo juristas. Cabría designar esta clase como la de los «filósofos del Derecho en sentido estricto». En el siglo XX, las tres grandes figuras pertenecientes a esa clase son KELSEN, RADBRUCH y HART.

KELSEN ha formulado el problema de la normatividad con una mayor claridad que cualquiera de los pensadores que le precedieron. Se puede formular por medio de la pregunta de cómo es posible un deber jurídico que no se puede reducir ni a pura facticidad ni a pura moralidad. El papel que juega esta cuestión en la filosofía del Derecho se puede comparar con el de la pregunta por el significado en la filosofía general. RADBRUCH es incluido en el triunvirato no sólo por su famosa formula, según la cual, dicho de manera breve, la extrema injusticia no es Derecho. El motivo para ello es ante todo su interpretación del Derecho como «realidad que tiene el sentido...de servir a la idea de Derecho», junto con su explicación de la idea de Derecho a través de los valores de justicia, racionalidad de los fines y seguridad jurídica (*Filosofía del Derecho,* parag. 4,9). Con ello quedan todavía muchos aspectos oscuros, pero están establecidas las guías para el desarrollo de un complejo concepto de Derecho de carácter no positivista. HART, finalmente, con su análisis del punto de vista interno y externo y las distinciones ligadas con ello, ha proporcionado una base indispensable para la comprensión de la naturaleza del Derecho. Sólo con la ayuda de la distinción entre la perspectiva del observador y la del participante puede comprenderse adecuadamente la normatividad del Derecho, tanto en sus peculiaridades como en su vinculación con la facticidad y con la moralidad. También en relación con los filósofos del Derecho en sentido estricto habría otros nombres que añadir, pero tengo que renunciar a decir algo de ellos. Sólo quiero señalar que si hubiese tenido que citar un cuarto nombre, habría sido el de Alf ROSS.

M. A.: ¿Qué piensas sobre la situación de la filosofía del Derecho (o de la teoría del Derecho) en Alemania en la actualidad?

R. A.: Con la situación actual de la filosofía del Derecho en Alemania ocurre como con muchas cosas humanas. La situa-

ción podría ser mejor, pero uno podría también fácilmente imaginar un estado de cosas peor. Algo bueno es que todas las Facultades ofrecen cursos de filosofía y/o de teoría del Derecho. La calidad ciertamente es muy desigual. Eso tiene diversas causas. Una particularmente importante es que la formación y el interés de los que tienen a su cargo la materia son muy desiguales. En Alemania no hay prácticamente ninguna cátedra dedicada por completo a la filosofía del Derecho o a la teoría del Derecho. Se corresponde con una vieja tradición. No se podría imaginar a un SAVIGNY o a un IHERING sin el Derecho civil, e incluso KELSEN era sin duda un iuspublicista, así como RADBRUCH un penalista. Esta vinculación con una especialidad dogmática tiene ventajas e inconvenientes.

La ventaja consiste sobre todo en que de esa manera se asegura el conocimiento del objeto sobre el que se filosofa. Todo filósofo del Derecho debe poder dar una respuesta a la pregunta «¿qué es el Derecho?». Es una trivialidad que aquel que realmente conoce un objeto, en general está en condiciones de decir lo que ese objeto es, en relación con el que no lo conoce o lo conoce sólo en forma superficial. En la respuesta a la anterior pregunta llamaba «filósofos del Derecho en sentido estricto» a los pensadores que eran tanto filósofos como juristas. Ese conocimiento del objeto fundamenta la necesidad de la profesión de filósofo del Derecho en sentido estricto también desde un punto de vista filosófico, pues la pregunta «¿qué es el Derecho?» es, como nadie lo ha expresado mejor que KANT, una pregunta filosófica. A este primer punto del balance positivo del dualismo de la filosofía del Derecho alemana se une un segundo. No se trata de una ventaja teórica, sino práctica. Concierne sobre todo a la teoría del Derecho. Hay problemas de dogmática jurídica que difícilmente pueden ser resueltos sin una competencia en teoría del Derecho. Como ejemplo pueden ponerse las preguntas de qué es un límite a un derecho, qué factores entran en juego

en una ponderación y cómo hay que entender la jerarquía normativa de la Unión Europea. Son cuestiones usuales de la ciencia del Derecho y, al mismo tiempo, cuestiones que difícilmente pueden tener una respuesta adecuada sin instrumentos básicos de la teoría del Derecho. De los dos puntos anteriores se extrae la conclusión de que, bajo condiciones ideales, el dualismo alemán supone sólo ventajas, tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico. Las condiciones, sin embargo, no son ideales y eso supone considerables inconvenientes. Hoy ya no es posible estar familiarizado con todo el campo del Derecho civil o del Derecho público. Hasta el Derecho penal resulta cada vez más inabarcable a causa de sus muchos campos contiguos. Si por tanto cada uno de esos tres grandes campos del Derecho sigue unido con la filosofía del Derecho y con la teoría del Derecho surge inevitablemente un punto de dificultad. No raramente, esa dificultad consiste en que las energías se concentran en un campo de la dogmática, el que sea, y la dedicación la filosofía del Derecho sólo es de paso. A la larga, eso lleva a la desprofesionalización de la filosofía del Derecho. Si uno se da cuenta de que para una parte de los jóvenes el peligro de la desprofesionalización no reside únicamente en lo que vaya a ser el ejercicio de la profesión, sino que sobre la base de una desprofesionalización ya existente de los maestros no han tenido en un principio una formación profesionalizada, entonces resulta fácil explicar algunas de las carencias de la situación actual de la filosofía del Derecho en Alemania. Pero no hay que pintar tampoco el cuadro demasiado negro. La dogmática no siempre se antepone a la filosofía del Derecho, y con frecuencia hay dificultades en las que no sólo han de intervenir ambos lados, sino que hacen florecer a la filosofía del Derecho y a la teoría del Derecho. De manera que quizás podría decirse que el dualismo alemán que en teoría es tan ideal, en la práctica lleva a un cuadro muy heterogéneo. Falta un nivel medio mínimo general en la teoría y en la filosofía

del Derecho, lo que se lograría casi automáticamente con la sustitución del dualismo por cátedras exclusivamente de filosofía del Derecho. De manera que el dualismo lleva al hundimiento de la filosofía del Derecho en algunos lugares, pero en otros la eleva a la cima, en la medida en que es alcanzable, si ambos lados pueden ensamblarse felizmente. Naturalmente, se trata de un cuadro general. Aquí no es el lugar de proseguir con el cuadro, indicando nombres y lugares.

M. A.: ¿Y cómo ves la situación de la filosofía del Derecho en Alemania en relación con épocas pasadas y con la situación en otros ámbitos culturales?

R. A.: Es difícil poder decir algo, a partir de la situación actual, sobre la comparación entre la filosofía del Derecho alemana actual y la de épocas pasadas. La distancia temporal respecto a situaciones anteriores permite una cierta objetividad del juicio, en tanto que el que emite el juicio, en lo que respecta a su tiempo, está en un grave peligro de subjetividad, pues él también pertenece al tiempo que tiene que juzgar. Quizás pudiera decirse que la ciencia jurídica alemana, desde la segunda guerra mundial, se ha caracterizado por una sensible orientación hacia la praxis y un abandono de su lado teórico. Parece carecer de la vocación de aspirar a lo grande y lo duradero. Fue muy distinto en el tiempo que va desde el final de la guerra del siglo XVIII, en 1763, y el año 1933. En esos 170 años muchas grandes mentes de la ciencia jurídica alemana estuvieron imbuidas de una inclinación hacia la teoría que quizás haya sido algo único en el mundo. Eso es lo que ha servido de fundamento al rango de la jurisprudencia alemana. Por suerte, hay señales de que los nubarrones de la posguerra se van deshaciendo lentamente. Lo viejo ya no puede cambiarse. Pero hay mucho nuevo y lleno de esperanza que despunta. La situación en otros círculos culturales sólo puedo juzgarla

de manera muy limitada. Lo que yo veo es alentador. En el Derecho constitucional, que es mi principal campo de dedicación dogmática, parece como si varios ordenamientos jurídicos estuviesen conformando una dogmática de los derechos fundamentales expansionista y, en ese sentido, general. En la filosofía del Derecho y en la teoría del Derecho sigue habiendo ciertamente una cierta dominancia del círculo angloamericano, aunque también aquí las cosas, si mi percepción es correcta, están cambiando. Basta con pensar en la recepción de HABERMAS en el mundo de habla inglesa.

M. A.: Me gustaría conocer tu opinión sobre algunos autores alemanes que han tenido una gran influencia en los países de habla hispana: Karl LARENZ, Josef ESSER, Carl SCHMITT y Niklas LUHMANN.

R. A.: Los autores a los que mencionas son de diverso tipo. Karl LARENZ ha realizado contribuciones significativas a la metodología jurídica. Por ello, ha jugado un papel importante en la historia de la metodología jurídica. Su capacidad, hasta el fin de su actividad científica, de incorporar nuevas cosas es asombrosa. La tragedia de LARENZ fue que nunca pudo desarrollar completamente su gran talento. Al final de la República de Weimar entró en la esfera del neohegelianismo de BINDER. Poco después de 1933 se implicó profundamente –en mi Universidad, por tanto aquí, en Kiel- con el nacionalsocialismo. Después de 1945 escribió, con su «Metodología de la ciencia jurídica», uno de los más exitosos libros en lengua alemana sobre ese tema. La parte sistemática, a causa de la mescolanza de ideas hegelianas y hermenéutica, carece de la fuerza filosófica que hubiesen podido hacer de él, en lugar de un libro importante, un gran libro. En cualquier caso, doy más valor a la parte histórica del libro que a la

sistemática. El juicio sobre Joseph ESSER es también mixto. Su libro «Principio y norma en el desarrollo jurisprudencial del Derecho privado» es igualmente un libro importante, pero no un gran libro. La causa de ello es la penetración conceptualmente defectuosa de la materia. El libro permite miradas profundas en las estructuras de las normas jurídicas y de la argumentación jurídica. Esa mirada resulta sin embargo oscurecida por una infinidad de distinciones poco claras. Un defensor de ESSER podría replicar que mi visión de ESSER está enturbiada por un inadecuado postulado analítico de claridad. A ello contrarreplicaría que la profundidad que no se resuelve en claridad no es una verdadera profundidad. Todo esto vale, y aun más, para el más conocido libro de ESSER de su época, «Precomprensión y elección metódica en el descubrimiento del Derecho». Se trata, particularmente en el contexto de su tiempo, de un libro interesante, pero queda lejos de «Principio y norma». Sobre Carl Schmitt se ha dicho tanto que quiero ser breve. Carl SCHMITT ha sido, en todo caso por lo que se refiere a su trabajo hasta 1933, un importante constitucionalista, y sus obras no desaparecieron tan rápidamente del catálogo literario de los nuevos libros. En particular, siguió siendo grande su influencia en la politología y en la filosofía política. Su importancia para la filosofía del Derecho es difícil de determinar. Casi podría decirse, a la vista de las desgraciadas relaciones entre KELSEN y Carl SCHMITT, que uno tiene que decidirse entre la teoría del Derecho y la filosofía política. El esquema amigo/enemigo adquiere también una dimensión para la disciplina. Pero las cosas son naturalmente más complicadas. Respecto de LUHMANN, aún no ha llegado el tiempo para un juicio de conjunto. La pregunta decisiva es la de si LUHMANN sólo ha desarrollado una terminología altamente compleja para cosas conocidas desde hace tiempo, o si ha proyectado luz sobre cosas que antes de él todavía no se conocían y que tampoco se conocerían sin su teoría.

M. A.: Tu obra ha sido una de las más influyentes en la filosofía del Derecho de las últimas décadas, quizás (o en parte) porque te has ocupado de problemas de interés general. ¿Cuáles son los problemas que han estado en el centro de tu trabajo iusfilosófico? ¿Y cuáles tus respuestas a los mismos?

R. A.: En el centro de mi trabajo como filósofo del Derecho está el problema de la conexión entre Derecho y razón. Esta cuestión capital lleva por sí misma a tres problemas: el primero se expresa en la pregunta de qué es Derecho, el segundo en la pregunta qué es razón, y el tercero en la cuestión de en qué consiste la conexión entre Derecho y razón. Cada una de estas preguntas, a su vez, se descompone en muchas otras cuestiones que aquí no nos interesan. A la primera pregunta, esto es, a la de qué es Derecho, he dado una respuesta que es compleja, porque según ella el Derecho consiste en tres elementos: (1) la legalidad en conformidad con el ordenamiento, (2) la eficacia social y (3) la corrección en cuanto al contenido. El primer elemento representa la institucionalidad del Derecho, el segundo su facticidad y el tercero su moralidad. La gracia de este concepto trialista de Derecho está en que los tres elementos no están relacionados simplemente de cualquier manera. Entre ellos existen muchas relaciones necesarias. La eficacia sin legalidad supone inmutabilidad, la legalidad sin eficacia carece de fuerza, y ambas conjuntamente no es todavía Derecho si no se plantea al menos una pretensión de corrección. El contenido de la pretensión de corrección del Derecho de nuevo es en sí complejo. Aquí depende sólo de que el Derecho incluya necesariamente una pretensión de justicia. Por ello, la pretensión de corrección establece una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Eso lleva al segundo problema. Lo que es legal y lo que es eficaz está determinado por hechos sociales. ¿Pero cómo se determina lo que es correcto? La respuesta es: a través de la razón y, por cierto, como aquí se trata de corrección normativa, a

través de la razón práctica. Pero ahora resulta que no sólo es polémico saber lo que es la razón práctica, sino también si simplemente existe. Recordemos simplemente la «Crítica del llamado conocimiento práctico», escrita por Alf Ross en el año 1933. A la pregunta de si existe la razón práctica, mi respuesta es que los discursos prácticos racionales resultan posibles. Lo que son los discursos prácticos racionales puede explicitarse a través de un sistema de reglas y de formas de la argumentación racional. Esta interpretación de la razón como argumentación, por lo tanto, de la práctica de dar y de promover razones, está expuesta a la objeción de que una tal interpretación puede ciertamente salvar la idea de la razón práctica, pero tiene que pagar por ello un alto precio: la pérdida de contenido. Y esto lleva al tercer problema que consiste en la pregunta por la conexión entre Derecho y razón. La objeción de la pérdida de contenido, como es frecuente que ocurra con las objeciones, toca un punto importante, pero esa objeción se puede debilitar pues ella se basa, como también es frecuente que ocurra con las objeciones, en una exageración. La interpretación de la razón como argumentación significa ciertamente una procedimentalización que, sin embargo, no excluye todo contenido normativo. En algunos trabajos sobre teoría del discurso he tratado de mostrar que el reconocimiento mutuo de los participantes en el discurso como libres e iguales tiene carácter constitutivo para la argumentación y que sobre esta base se pueden fundamentar los derechos humanos. Fundamentar los derechos humanos no es sin embargo suficiente. Tienen también que ser asegurados y eso tiene que efectuarse a través del nivel internacional, supranacional y nacional. Lo que aquí importa es que asegurar los derechos humanos a través de esos tres niveles exige su positivación. En el nivel nacional, la positivación significa su transformación en derechos fundamentales. Eso produce una primera conexión entre Derecho y razón. La segunda conexión resulta de la formalidad de las

reglas y formas del discurso, contra la que se dirige la objeción de la pérdida de contenido. Las reglas y las formas del discurso no permiten de hecho en muchos casos llegar a los que argumentan a un resultado. Ello sin embargo no lleva a su pérdida de valor, sino a la necesidad de una vinculación de las estructuras de la argumentación con las estructuras de la decisión. Este es el lugar sistemático del Estado constitucional democrático. El Estado constitucional democrático supone la mejor forma de conectar la argumentación con la decisión desde la perspectiva de los ideales de libertad e igualdad fundamentados discursivamente. He tratado de mostrar todo esto en mi «Teoría de los derechos fundamentales» y en algunos trabajos posteriores. Ahí juega un papel esencial la ponderación en cuanto forma de aplicación de los derechos fundamentales. De esta manera, cabría llamar «institucionalización de la razón» a este sistema completo en formación.

M. A.: ¿Cuáles son tus proyectos para un futuro próximo?

R. A.: Siempre es arriesgado hablar de los planes de uno, pues tener un plan, que a uno le compensa seguir, significa casi siempre tener un plan que, en el mejor de los casos, sólo se puede realizar de manera incompleta. Quiero por ello limitarme a hacer insinuaciones. Me interesan tres problemas. El primero es puramente filosófico. Consiste en la pregunta de qué tipo de argumentos son los que podemos aducir si preguntamos qué es el Derecho o qué es el deber. Se trata por tanto de la naturaleza de los argumentos acerca de la naturaleza del Derecho. El segundo tema radica en el Derecho estatal. Se trata de la pregunta de cómo las diversas concepciones de los derechos fundamentales repercuten en la distribución de competencias en el Estado constitucional democrático, en particular, entre el Tribunal Constitucional y el legislador. Ahí juega un papel especial la ponderación. El tercer proyecto lo trazo a más largo plazo. Tiene como finalidad un

sistema de filosofía del Derecho. Si llego o no alguna vez a realizarlo es algo que queda completamente abierto.

M. A.: ¿Cómo ves el futuro del Derecho y de la filosofía jurídica? ¿Necesitamos la filosofía del Derecho, y filósofos del Derecho, en la sociedad globalizada? ¿Para qué la filosofía del Derecho hoy?

R. A.: El papel del Derecho tenderá probablemente en el futuro a aumentar. Los motivos para ello se han descrito con frecuencia. Por un lado está la complejidad de las relaciones sociales y económicas. Por otro lado, se desmorona el poder de la tradición y de las convenciones para evitar y resolver conflictos. Pero de que el papel del Derecho aumente no se sigue todavía que también se acreciente el papel de la filosofía del Derecho. El creciente papel del Derecho en la sociedad va acompañado de una cada vez más fuerte especialización de los juristas. Ello por sí dice todavía poco, pues hay dos tipos de especialización y el papel de la filosofía del Derecho depende de cuál de los dos tipos tenga lugar. El primero se circunscribe al perfeccionamiento de las competencias prácticas en un campo limitado. El segundo tipo de especialización persigue también este fin, pero no se limita a ello. Trata de que el perfeccionamiento de las competencias en un campo limitado se asocie con la capacidad de que estas competencias se pongan en correspondencia con todo aquello que, en otro caso, erosionaría a un sistema jurídico. Cabría llamar a esto «reflexividad sistémica». La reflexividad sistémica no puede alcanzarse sin un conocimiento básico de la teoría y de la filosofía del Derecho. Si uno pudiera estar seguro de que lo que es razonable es también real, entonces sobre esa base podría verse el futuro de la filosofía del Derecho bajo una luz favorable. Lamentablemente, la experiencia sugiere una evaluación más realista. Y una evaluación más realista pudiera ser que el futuro no es ni totalmente luminoso ni totalmente oscuro. La globalización

pone todavía más de manifiesto de lo que ya de por sí es la necesidad de la filosofía del Derecho. La globalización significa esencialmente que las relaciones entre las cosas en este mundo se vuelven más estrechas. Los ordenamientos jurídicos entran en contacto y se interpenetran cada vez más. Eso da ocasión para la búsqueda de lo que es común. Es una búsqueda de lo universal. Pero lo universal es un objeto genuino de la filosofía. Esto vale tanto para la interpenetración sistemático-conceptual de las materias como también para el problema normativo de la justicia. La universalidad de la interpenetración sistemático-conceptual de las materias define el ideal teórico de una ciencia del Derecho general. El problema normativo de la universalidad exige como solución la realización de la justicia. Es el logro de un ideal práctico. Pero la realización universal de la justicia presupone no sólo acción, sino también pensamiento. El pensamiento sobre la justicia es filosofía del Derecho. De manera que sin filosofía del Derecho no son posibles ni la ciencia del Derecho ni la justicia universal. Incluso si no hubiera más razones a favor de la filosofía del Derecho, ésta sería suficiente para justificar su necesidad.

M. A.: ¿Cuál sería tu consejo a un joven (a un jurista sin experiencia) interesado en trabajar en filosofía del Derecho?

R. A.: A un joven (o a una joven) jurista con un interés real por la filosofía del Derecho le aconsejaría escribir una tesis de doctorado sobre la materia. Con frecuencia tiene pleno sentido incrustar el tema iusfilosófico en un contexto de dogmática jurídica. Además, en cuanto joven jurista no temería, si me pareciera lleno de sentido, buscar un diálogo con los autores que uno haya estudiado con particular intensidad y que jueguen un papel importante en la elección del tema, con independencia de en donde escribe uno la tesis.

BIBLIOGRAFÍA

ADOMEIT, K., *Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik-mit einem Beitrag zur Theorie der subjektiven Rechte*, en «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie» 2 (1972), págs. 503-522.

ALBERT, H., *Traktat über kritische Vernunft*, 2.ª ed., Tübingen, 1969 [trad. cast. de E. Garzón Valdés: *Tratado de la razón critica*, Buenos Aires, Sur, 1971].

——, *Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus*, en ««Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie» 2 (1972), págs. 80-96.

ALSTON, W. P., *Vagueness*, en *The Encyclopedia of Philosophy*, edición de P. EDWARDS, New York/ London, 1967, t. 8, págs. 218-221.

AMBROSE, A. / LAZEROWITZ, M., *LUDWIG Wittgenstein, Philosophy and Language*, London/ New York, 1972.

ANDERSON, A. R. / BELNAP, N. D., *Enthymemes*, en «The Journal of Philosophy» 58 (1961), págs. 712-722.

APEL, K.-O., *Von Kant zu Peirce: Die semiotische Transformation der Trans-zendentalen Logik*, en *idem, Transmation der Philosophie*, t. 2, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft*, Frankfurt a. M., 1973, págs. 157-177 [trad. cast, de A. Cortina y otros, *La transformación de la filosofía*, Madrid, Taurus, 1985].

——, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik,* en *idem, Transmation der Philosophie*, t. 2, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft*, Frankfurt a. M., 1973, págs. 358-435.

——, *Sprechkttheorie und transzendentale Sprachpragmatik zur Frage ethischer Normen,* en (ed. de K. O. Apel), *Sprachpragmatik und Philosophie*. Frankfurt a. M., 1975, págs. 10-173.

ARISTÓTELES, *Topik,* trad. de E. Rolfes, 2.ª ed., Leipzig, 1922 (reimpresión Ham-burg, 1968).

——, *Nikomachische Ethik,* trad. y comentario de Fr. Dirlmeier, 5.ª ed., Darmstadt, 1969.

——, *Metaphisik, The Works of Aristotle,* t. 8, ed. y trad. inglesa de W. D. ROSS, 2.ª ed., Oxford, 1928.

AUSTIN J. L., *How to do things with Words*. London/ Oxford/ New York, 1962 (trad.: *Zur Theorie der Sprechakte,* Stuttgart, 1972) [trad. cast. de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Paidos Iber., 1982].

——, *Performnative und konstatierende Auberung*, en *Sprache und Analyse*, edición y trad. de R. Bubner, Göttingen, 1968, págs. 140-153.

——, *The meaning of a Word*, en *Philosophical Papers*, edición de J. O. URMSON/ G. J. WARNOCK, 2.ª ed., London/ Oxford/ New York, 1970, págs. 55-75 [trad. cast. de A. García Suárez, *Ensayos filosóficos*, Madrid, Alianza, 1988].

——, *Other Minds*, en *Philosophicos Papers*, pags. 76-I16.

——, *Truth*, en *Philosophical Papers*, págs. 117-133.

——, *How to Talk*, en *Philosophical Papers*, págs. 134-153.

——, *Performative Utterences,* en: *Philosophical Papers*, págs. 233-252.

AYER, A. J., *Language, Truth and Logic*, 1.ª ed., London, 1936, nueva ed., Harmondsworth, 1971 (trad., *Sprache, Wahrheit und Logik*, Stuttgart, 1970) [trad. cast. de M. Suárez, *Lenguje, verdad y lógica*. Barcelona, Pla-neta Agostini, 1986].

BACHOF, O., *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, en «VVDStRL» 30 (1972), págs. 193-244.

BAIER, K., *The Moral Point of View*, Ithaka/ London, 1958 (trad., *Der Stnnd-punkt der Moral*, Düsseldorf, 1974).

BALLWEG, O., *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel, 1970.

BAR-HILLEL, Y., *On Hahermas's Hermeneutic Philosophy of Language,* en «Synthese» 26 (1973), págs. 1-12.

BEARDSMORE, R. W., *Moral Reasoning*, London, 1969.

BERKI, R. N., *Interests and Moral Ideals*, en «Philosophy» 49 (1974), págs. 265-280.

BERLIN, I. y otros (edición de), *Essays on J. L. Austin*, Oxford, 1973.

BIRD, O., *The Re-Discovery of the Topics,* en: «Mind», 70 (1961), págs. 534--539.

BOKELOH, A., *Der Beitrag der Topik zur Rechtsgewinnung*, tesis doctoral, Góttingen, 1972.

BRANDT, R. B., *Ethical Theory*, Englewood Cliffs N. J., 1959 [trad. cast. de E. Guisán, *Teoría ética*, Madrid, Alianza, 1982].

l, C. D., *Five Types of Ethical Theory*, London, 1930.

BROCK, D. W., *Recent Work in Utilitarianism*, en «American Philosophical Quarterly» 10 (1973), págs. 241-276.

BROHM, W., *Die Dogmátik des Verwaltungsrechts von den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, en «VVDStRL» 30 (1972), págs. 245-312.

BROUWER, L. E. J., *Over de Grondslngen der Wiskunde*, Amsterdam/Leipzig, 1907.

BRÜGGEMANN, J., *Die richterliche Begründungspflicht*, Berlin, 1971.

CANARIS, C.-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, BERLIN, 1969.

CARNAP, R., *Philosophy and Logical Syntax*, London, 1935.

——, *Meaning and Necessity*, 2.ª ed., Chicago/ London, 1956.

CHISHOLM, R. M., *Contrary-to-Duty Imperatives and Deontic Logic*, en «Analysis» (1963), págs. 33-36.

DIEDERICHSEN, U., *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, en «NJW», 1966, págs. 697-705.

——, *Traditonelle Logik für Juristen*, en «Juristische Analysen» 2 (1970), págs. 765-783.

——, *Die «reductio ad absurdum» in der Jurisprudenz*, en Festschr. f K. LARENZ, edición de G. Paulus/ U. DIEDERICHSEN/ C.-W. CANARIS, München, 1973, págs. 155-179.

DIEBELHORST, M., *Die Natur der Sache als, aubergesetzliche Rechtsquelle ver-folft an der Rechtsprechung zur Saldotheorie*, Tübingen, 1968.

DÖLLE, H., *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung*, en «Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht» 34 (1970), págs. 403-410.

——, *Juristische Entdeckungen*, en *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristen-tages*, Düsseldorf, 1957, t. 2, Tübingen, 1959, págs. B1 a B22.

DREIER, R., *Zum Begriff der «Natur der Sache»,* Berlin, 1965.

——, *Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft,* en «Rechtstheorie» 2 (1971), págs. 37-54.

——, *Probleme der Rechtsquellenlehre*, en *Festschr. f. H. J. Wolff,* edición de C.-F. Menger, München, 1973, págs. 3-36.

——, *Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems,* en «Rechtstheorie» 5 (1974), págs. 189-200.

——, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen, 1975.

——, *Zur Problematik Situation der Verfassungsinterpretation*, en R. Dreier/ Fr. Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden, 1976, págs. 13-47.

Edwards, P., *The Logic of Moral Discourse*, New York/ London, 1955.

Ehrlich, E., *Grundlegung der Soziologie des Rechis,* München/ Leipzing, 1913.

——, *Die juristische Logik*, Tübingen, 1918.

Eichenhofer, E., *Frequenzanalytische Untersuchungen juristischer Argumentation,* en «Rechtstheorie» 5 (1974), págs. 216-222.

Elze, M., Voz, *«dogma»*, en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 2, edición de J. Ritter, Basel, 1972, págs. 275-277.

Engisch, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung,* 2.a ed., Heidelberg, 1960.

——, *Einführung in das juristische Denken*, 5.ª ed., Stuttgart/ Berlin/ Köln/Mainz, 1971 [trad. cast. de E. Garzón Valdés, presentación de L. García San Miguel, *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, Guadarrama, 1967].

——, *Begriffsein-teilung und Klassifikation in der Jurisprudenz*, en *Festschr. f. K. Larenz*, edición de G. Paulus/ U. Diederichsen/ C.W. Canaris, München, 1973, págs. 125-153.

ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der ridchterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956 (2.ª ed., Tübingen, 1964) [trad. cast. de J. Puig Brutau, *Principio y norma en el desarrollo judicial del Derecho privado,* Barcelona, Bosch, 1961.

——, *Herrschende Lehre u. ständige Rechtsprechung,* en *Dogma und Kritik in den Wissenschaften,* Mainzer Universitätsgespräche Sommersemester, 1961, Mainz, 1962, págs. 26-35.

——, *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht*, en *Festschr. f. Fr. v. Hippel*, edición de J. ESSER/ H. Thieme, Tübingen; 1967, págs. 95--130.

——, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2.ª ed., Frank-furt, 1972.

——, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen* ZIVIL-RECHT, en «AcP» 172 (1972), págs. 97-130.

——, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis,* en *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschr. f. L. RAISER,* edición de Fr. Baur/ J. ESSER/ Fr. Kübler/ E. Steinhoff, Tübingen, 1974, págs. 517-539.

——, *Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerks*, en «JZ» 1975, págs. 555-558.

FANN, K. T. (edición de), *Symposion on J. L. AUSTIN,* London/ New York, 1969.

FØLLESDAL, D./ Hílpinen, R:, *Deontic Logic: An Introduction*, en *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, edición de R. Hilpinen, Dordrecht, 1971, págs. 1-35.

FOOT, Ph, *Moral Argument,* en «Mind» 67 (1958), págs. 502-513.

——, *Moral Beliefs*, en *Theories of Ethics*, edición de Ph. FOOT, Oxford, 1967, págs. 50-63.

——, *Decisionism and Separatism in Social Philosophy*, en *Rational Decision*, edición de C. J. Friedricht, «Nomos», t. 7 (1964), págs. 18-25.

FREGE, G., *Begriffsschritf*, Halle, 1879 (reimpresión, Hildesheim, 1964) [trad. cast. de U. Moulines, *Estudios sobre semántica*, Barcelona, Órbis, 1984].

——, *Der Gedanke. Eine logische Untersuchung*, en *Logische Untersuchungen*, edición de G. PATZIG, Göttingen, 1966, págs. 30-73 [trad. cast. de L. M. Villanueva, *Investigaciones lógicas*, Madrid, Tecnos, 1984].

——, *Logik,* en: *Schriften zur Logik und Sprachphilosophie. Aus dem Nachlab,* edición de G. Gabriel, Hamburg, 1971, págs. 35-73,

FURBERG, M., *Saying and Meaning. A Main Theme in J. L. Austin's Philosophy*, Oxford, 1971.

GAUTHIER, D. P., *Hare's Debtors,* en: «Mind», 77 (1968), págs. 400-405.

GEORGE, R., *Emthymematic Consequence*, en «American Philosophical Quarterly» 9 (1972), págs. 113-116.

GERMAN, O. A., *Prüjudizien als Rechtsquelle*, Stocklhom/ Göteborg/ Uppsala, 1960.

GREWENDORF, G./ Meggle, G., *Zur Struktur des metaethischen Diskurses,* en: *Seminar: Sprache und Ethik, Zur Entwicklung der Metaetik,* edición de G. GREWENDORF/G. Meggle, Frankfurt a. M., 1974, págs. 7-31.

GRICE, H. P. *Logic and Conversation*, ed. dactilográfica, 1968.

HABERMAS, J., *Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik und Dialektik, Fesctschr. f. H.-G. Gadamer,* edición de R. Bubner/ K. Cramer/ R. Wiehl, Tübingen, 1970, págs. 73-103.

——, *Towards a Theory of Communicative Competence*, en: *Recent Sociology*, edición de H. P. Dreitzel, t. 2, London, 1970, págs. 115-148.

——, *Vorbereitende Bemerkungen zu einer Teorie der kommunikativen Kompetenz,* en J. HABERMAS/ N. LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie-Was leister die Systemforschung?*, Frankfurt a. M., 1971, págs. 101-141.

——, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann*, en J. HABERMAS; N. LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie-Was leister die Systemforschung?*, Frankfurt a. M., 1971, págs. 142-290.

——, *Theorie und Praxis*, 4.ª ed., Frankfurt a. M., 1972 [trad. cast. de S. Mas Torres y C. Moya Espí, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Ma-drid, Tecnos, 1987].

——, *Einige Bemerkungen zum Problem der Begründung von Werturteilen*, en *9. Deutscher Kongress für Philosophie*, Düsseldorf, 1969, *Philosophie und Wissenschaft*, edición de L. Landgrebe*, Meisenheim am Glan*, 1972, págs. 89-99.

——, *Erkenntnis und Interesse. Mit einem neuen Nachwort*, Frankfurt a. M., 1973 [trad. cast. de F. Ivas y M. Jiménez, *Conocimiento e interés*, Madrid, Taurus, 1986].

——, *Wahrheitstheorien*, en *Wirklichkeit, und Reflexion, Festschr. f. W. Schulz*, edición de H. Fahrenbach, Pfullingen, 1973, págs. 211-265.

——, *Legitimationsprobleme im Säptkapitalismus,* Frankfurt a. M., 1973 [trad. cast., *Problemas de legitimación enEl capitalismo tardío*, Buenos Aires, 1975].

——, *Sprachspie, Intention und Bedeutung. Zu Motiven bei Sellars und WITTGENSTEIN*, en: *Sprachanalyse und Soziologie*, edición de R. Wiggershaus, Frankfurt a. M., 1975, págs. 319-338.

——, *Was hist Universalpragmatik,* en: *Sprachpragmarik und Philosophie*, edición de K. O. Apel, Frankfurt a. M., 1976, págs. 174-272.

——, *Historischer Materialismus und die Entwicklung normativer Strukturen*, en *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt a. M., 1976, págs. 9-48 [trad. cast. de García Nicolás, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, Taurus, 1986].

——, *Zwei Bemerkungen zum praktischen Diskurs*, en *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt a. M., 1976, págs. 338-346.

HANSSON, B., «An Analysis of Some Deontic Logics», en: *Deontic Logic, lntroductory and Systematic Readings*, edición de R. Hilpinen, Dordrecht, 1971, págs. 121-147.

HARE, R. M., Recensión: St. E. TOULMIN, *An Examination of the Place of Rason in Ethics*, en «Philosophical Quarterly» 1 (1950/51), págs. 371-374.

——, *The Language of Morals*, London/ Oxford/ New York, 1952 (trad., *Die Sprache der Moral*, Frankfurt a. M., 1972) [trad. cast. de. G. R. Carrió y E. Rabossi, *El lenguaje de la moral*, Universidad Autónoma de México, I975].

——, *Universability,* en: «Procedings of the Aristotelian Society», 55 (1954/55), págs. 295-312.

—— *Geach: Good and Evil, «Analysis»,* 17 (1956/57), págs. 103-111.

——, *Freedom and Reason*, Oxford, 1963 (trad., *Freiheit und Vernunft*, Düsseldorf, 1973).

——, *Austin's Distinction between Locutionary and Illocutionary Acts,* en *Practical Inferences*, London/ Basingstoke, 1971, págs. 59-73.

——, *Meaning and Speech Acts*, en *Practical Inferences*, London/ Basingstoke, 1971, págs. 74-93.

——, *Wisenschaft und praktische Philosophie*, en *9. Deutscher Kongress für Philosophie*, Düsseldorf, 1969, *Philosophie und Wisenschaft*, edición de L. Landgrebe, Meisenheim am Glan, 1972, págs. 79-88.

——, *Wrongness and Harm*, en *Essays on the Moral Concepts*, London/ Ba-singstoke, 1972, págs. 92-109.

——, *Principles*, en «Proceedings of the Aristotelian Society» 73 (1972/ 73), págs. 1-18.

——, *Critical Study: RAWLS Theory of Justice,* en: «Philosophical Quarterly» 23 (1973), págs. 144-I55, 241-252.

HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, 1961, (trad., *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt a. M., 1973) [trad. cast. de G. R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963].

——, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral,* en *Recht und Moral,* edición y trad. de N. HOERSTER, Göttingen, 1971, págs. 14-57 (ed. original, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, en «Harvard Law Review» 71 [1958), págs. 593-629) [trad. cast. de G. R. Carrió, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962].

HASSEMER, W., *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, en «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie» 2 (1972), págs. 467- 480.

HECK, Ph., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932.

HEGEL, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Theorie Werkausga-be*, t. 7, Frankfúrt a. M., 1970 [trad. cast. de J. L. Vernal, *Principios de filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1975).

HELLER, Th., *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, BERLIN, 1961.

HINTIKKA, J., *Some Main Problems of Deontic Logic*, en *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, edición de R. Hilpinen, Dordrecht, 1971 págs. 59-104.

HÖFFE, O., *Rationalität, Dezision und praktische Philosophie. Zur Diskussion des Entscheidungsbegriffs in der Bundesrepuhlik*, en «Philosophisches Jahrbuch» 80 (1973), págs. 340-368.

HOERSTER, N., *Zum Problem der Ableitung eines Sollens aus einem Sein in der analytischen Moralphilosophie*, en «ARSP» 55 (1969), págs. 11-39 [trad. cast. de E. Garzón Valdés, *Problemas de ética normativa*, Alfa, Buenos Aires, 1975).

——, *Utilitaristiche Ethik und Verallgemeinerung*, Freiburg/ -München, 1971, 2.ª ed., 1977 [trad. cast. de E. Garzón Valdés, cit.].

——, *Grundthesen analytischer Rechtstheorie*, en «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie» 2 (1972), págs. 115-130.

——, *R. M. Hares Fassung der Goldenen Regel*, en «Philosophisches Jahr-buch» 81 (1974), págs. 186-196 [trad. cast. de E. Garzón Valdés, cit.].

HOHFELD, W. N., *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning,* en *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and other Legal Essays*, edición de W. W. Cook, New Haven, 1923, págs. 23-114 [trad. cast. y nota preliminar de G. R. Carrió, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, Centro Editorial de América Latina, 1968).

HUNTER, J. F. M., *«Forms of Live»* en *Wittgenstein's Philosophical Investigations*, en: «American Philosophical Quaterly» 5 (1968), págs. 233-243.

JHERING, R. v., *Der Geist des Römischen Rechts,* 3.ª parte, 3.ª ed., Leipzig, 1877.

JFRGENSEN, *Imperatives and Logic*, en «Erkenntnis» 7 (1937/38), págs. 288-296.

KALINOWSKI, G., *Einfhürung in die Normenlogik*, trad. de W. Klein, Frankfurt a. M., 1973 [trad. cast. de .T. A. Casaubón, revisión de J. L. Vernal, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 1973].

KAMBARTEL, Fr., *Wie ist praktische Philosophie konstruktiv möglich? Über einige Missverstädnisse eines methodischen Verständ-nisses praktischen Diskurse*, en: *Praktische Philosophie und konstruktive Wissenschaftstheorie*, edición de Fr. KAMBARTEL, Frankfurt a. M., 1974; págs. 9-33 [trad. cast. de J. Seña, *Filosofía práctica y teoría constructiva de la ciencia*, Alfa, Barcelona, 1975].

KAMLAH, W., *Philosophische Anthropologie*, Mannheim/ Wien/ Zürich, 1973 [trad. cast. de E. Garzón Valdés, *Antropología y ética*, Alfa, Buenos Aires, 1976].

KAMLAH, W. / LORENZEN, P., *Logische Propädeutik oder Vorschule des vernünftigen Redens* (edición revisada), Mannheim/ Wien/ Zürich, 1967.

KANGER, S., New *New Foundations for Ethical T'heory*, en: *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, ed. de R. Hilpinien, Dordrecht-Holland, 1971, págs. 36-58.

KANT, I., *Kritik der reinen Vernunft*, 1.ª ed., Riga, 1781, 2.ª ed., Riga, 1787 (citadas como A y B).

——, *Grunlegung zur Metaphisik der Sitten,* en *KANT's Gesammelte Schrif-ten*, edición de la Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, t. 4, Berlin, 1911, págs. 385-463.

——, *Metaphysik der Sitten*, en *KANT's Gesammelte Schriften*, edición de la Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, t. 6, Berlin, 1907, págs. 203-493.

——, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nich für die Praxis*, en *KANT's Gesammelte Schriften*, edición de la Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, t. 8, Berlin, 1912, págs. 273-313.

——, *Zum ewigen Frieden*, en *KANT's Gesammelte Schriften*, edición de la Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, t. 8, Berlin, 1912, págs. 341-386.

KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960 [trad. cast. de R. Vernego, *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1979].

——, *Das Problem der Gerechtigkeit,* en: *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Wien, 1960, Apéndice, págs. 357-444.

——, *Zur Theorie der Interpretation*, en *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Ausgewühlte Schriften von Hans KELSEN, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross*, edición de H. Klecatzky/ R. Marcic/ H. Schambeck, Wien/ Frankfurt/ Zürich/ Salzburg/ München, 1968, t. 2, págs. 363-1373.

KEMMERLING, A., *Regel und Geltung im Lichte der Analyse LUDWIG Wittgensteins,* en «Rechtstheorie» 6 (1975), págs. 104-131.

KENNY, A., *WITTGENSTEIN*, trad. de H. Vetter, Frankfurt a. M., 1974 (ed. original, *WITTGENSTEIN*, London, 1973).

KERNER, G. C., *The Revolution in Ethical Theory*, Oxford, 1966.

KEUTH, H. H., *Zur Logik der Normen*, Berlín, 1972.

——, *Dialertics versus Critical Rationalim*, en: «Ratio» 55 (1973), págs. 28-43.

Kilian, W., *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung*, Frankfurt a. M., 1974.

KLUG, U., *Juristische Logik*, 3.ª ed. Berlin/ Heidelberg/ New York, 1966 [trad, cast. de la 1.ª ed. de D. García Bacca, *Lógica jurídica*, Caracas, Sucre, 1961].

KRAWIETZ, W., *Funktion und Grenze einer dogmatischen Rechtswissenschaft*, en «Recht und Politik» 6 (1970), págs. 150-158.

——, Voz: «Begriffsjurisprudenz», en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 1, edición de J. Ritter, Basel, 1971, págs. 809-813.

——, *Was leistet Rechtsdogma-tik in der richterlichen Entscheidungspraxis?,* «ÖZöR» 23 (1972), págs. 47-80.

KRIELE, M., *Offene und verdeckte Urteilsgründe. Zum Verhältnis von Philosophie und Jurisprudenz heute*, en *Collegium Philosophicum, Festchr. f. J. Ritter*, edición de E. W. Böckenförde y otros, Basel/ Stuttgart, 1965, págs. 99-117.

——, *Theorie der Rechtsgewinnung,* 2.ª ed., Berlin, 1976.

KRIPKE, S. A., *Semantical Considerations on Modal Logic*, *Proceedings of a Colloquium on Modal and Many-Valued Logics*, «Acta Philosophica Fennica» 16, Helsinki, 1963, págs. 83-94.

KUHN, Th. S., *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, trad. de K. Simon, Frankfurt, 1973 (ed. original, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 1962) [trad. cast. de A. Coutín, *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid, FCE Esp., 1977].

KRUSE, H. W., *Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts*, Tübingen, 1971.

KUTSCHERA, Fr. v., *Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen*, Freiburg/ München, 1973.

LABAND, P., *Das Staatsrechs des Deutschen Reiches*, 2.a ed. en *Handbuch des Öffentlichen Rechts*, edición de M. v. Seydel, Freiburg/ Leipzig, 1894, págs. 1-276.

LADD, J., *The Place of Practical Reason in Judicial Decision*, en: *Rational Decision*, «Nomos», vol. 7, edición de C. J. Friedrich, New York, 1964, págs. 126-144.

LAKATOS, I./ MUSGRAVE, A., *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge, 1970, [trad. cast. de J. M. Alcañiz, *Crítica y la metodología de programas científicos de investigación*, Universidad de Valencia, 1982].

LARENZ, K., *Über die Bindungswirkung von Präjudizien*, en *Festschr. f. H. Schima*, edición de H. W. Fasching/ W. Kralik, Wien, 1969, págs. 247-264.

——, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª ed., Berlin/ Heidelberg/ New York, 1975, [trad. cast. de la 4.ª ed. alemana de M. Rodríguez Molinero, *Metodología de la ciencia del Derecho,* Barcelona-Caracas- México, Ariel, 1980].

LAZZER, D. de, *Rechtsdogmatik als Kompromissformular*, en *Dogmatik und Methode, Festschr. f. J. ESSER,* edición de R. Dubischar y otros, Kronberg, 1975, págs. 85-1 12.

LENK, H., *Zu Wittgensteins Theorie der Sprachspiele*, en: «KANT-Studien», 58 (1967), págs. 458-480.

LESS, G., *Von Wesen und Wert des Richterrechts*, ERLANGEN, 1951.

LORENZEN, P., *Normative Logic and Ethics*. Mannheim/ Zürich, 1969.

——, *Das problem des Szientismus*, en: 9. *Deutscher Kongress für Philosophie*, Düsseldorf, 1969, en *Philosophie und Wissenschaft*, edición de L. Landgre-be, Meisenheim am Glan, 1972, págs. 19-34.

——, *Methodischen Denken*, en *Methodisches Denken*, Frankfurt a. M., 1974, págs. 24-59 [trad. cast. de E. Garzón Valdés, *Pensamiento metódico*, Sur, Buenos Aires, 1973 y de M. Garrido, *Pensamiento metódico*, Universidad de Valencia. 1982].

LORENZEN, P./ KAMLAH, W., *Logische Propädeutik oder Vorschule des vernünftigen Redens*, ed. revisada, Mannheim/ Wien/ Zürich, 1967.

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

LÜDERSSEN, K., *Erfahrung als Rechtsquelle. Abduktion und Falsifikation von Hypothesen im juristischen Entscheidungsprozess. Eine Fallstudie aus dem Kartellstrafrecht*, Frankfurt a. M., 1972.

LUDWIG, O./ Menzel, W., *Diskutieren als Gegenstand und Methode des Deutschunterrichts*, en: «Praxis Deutsch», cuaderno 14 (1976), págs. 13-22.

LUHMANN, N., *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf Jürgeng HABERMAS*, en: J. HABERMAS/ N. LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie-Was leistet die systemforschung?*, Frankfurt a. M., 1972, págs. 291-405.

——, *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg, 1972.

——, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft,* en: «Rechtstheorie» 4 (1973), págs. 131-167.

——, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart/ Berlin/ Köln/ Mainz, 1974 [trad: cast, de I. de Otto, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro Est. Constitucionales, 1983].

——, *Die Systemreferenz von Gerechtigkeit. In Erwiderung auf die Ausführungen von Ralf DREIER*,, en «Rechtstheorie» 5 (1974), págs. 201-203.

——, *Legitimation durch Verfahren*, 2.ª ed., Darmstadt/ Neuwied, 1975.

LYCANS, W. G./ OLDENQUIST, Á., *Can the Generalisation Argument be Reinstated?*, en «Analysis» 32 (1971/72), págs. 76-81.

LYONS, D., *Forms and Limits of Utilitarianism*, Oxford, 1965.

MAKKONEN, K., *Zur Problematik der juridischen Entscheidung*, trad. del finlandés de B. Assmuth, Turku, 1965.

MCGUINESS, B. F., *Comments on Professor von WRIGHT's «Wittgenstein on Certainty»,* en *Problems in the Theory of Knowledge,* edición de G. H. v. WRIGHT, Den Haag, 1972, págs. 61-65.

MENNICKEN, A., *Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie*, Bad Homburg/ BERLIN/ Zürich, 1970.

MEYER-CORDING, U., *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? Zum Selbstverständnis der Rechtswissnschaft,* Tübingen, 1973.

MITTELSTRAB, J. (edición de), *Methodologische Probleme einer normativ-kritischen Gesellschaftstheorie*, Frankfurt a. M., 1975.

MOORE, G. E., *Principia Ethica*, Cambridge, 1903 (trad., *Principia Ethica, Stuttgart*, 1970) [trad. cast. de N. Roig, *Principia ética*, Barcelona, Laia, 1982].

——, *Facts and Propositions,* en: «*Aristotelian Society*», Suppl. vol. 7 (1927), págs. 171-206.

MORRIS, Ch. W., *Foundations of the Theory of Singss*, en *International Encyclopedia of Unified Science,* t: 1, Chicago, 1938 [trad. cast. de R. Grosa, *Fundamentos de la teoría de los significados*, Barcelona, Paidos Iber., 1985].

MORSCHER, E., *Das Sein-Sollen-Problem logisch betrachtet. Eine Übersicht über den gegenwärtigen Stand der Diskusion*, en «Conceptus» 8 (1974), págs. 5-29.

MORSCHER, E./ Zecha, G:, *Wozu deontische Logik?,* en «ARSP» 58 (1972), págs. 363-378.

MÜLLER, Fr., *Juristische Methodik*, 2.ª ed., Berlin, 1976.

NAESS, A., *Kommunikation und Argumentation*, trad. del noruego de A. v. Stechow, Kronberg, 1975 (versión original: *En del elementaere logiske emner*, 11 ed., Oslo/ Bergen/ Troms*f*, 1975).

NAUKE, W., *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, Frankfurt a. M., 1972.

NIEKE, W., voz: «Dogmatismus», en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 2, edición de J. Ritter, Basel, 1972, págs. 277-279.

NIELSEN, K., *Good Reason in Ethics: An Examination of the TOULMIN-HARE Controversy,* en: «Theoria» 24 (1958), págs. 9-28.

——, *Problems of Ethics*, en: *The Encyclopedia of Philosophy*, edición de P. Edwards, New York/ London, 1967, t. 3, págs. 117-134.

——, *On Moral Truth,* en: *Studies in Moral Philosophy*, American Philosophical Quarterly, Monograph Series Nr. 1, págs. 9-25.

——, *Covert and Overt synonymity: BRANDT and MOORE and the «Naturalistic Fallacy»*, en «Philosophical Studies» 25 (1974), págs. 51-56.

NOWELL-SMITH, P. H., *Ethics*, Harmondsworth, 1954.

OGDEN, C. K./ Richards, J. A., *The Meaning of Meaning*, London, 1923 [trad. cast. de E. Prieto, *El significado del significado*, Madrid, Paidos, 1984].

OPP, K.-D., *Soziologie im Recht*, Reinbek bei Hamburg, 1973.

OTTE, G., *Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben*, en «Rechtstheorie» 1 (1970), págs. 183-197.

PATZIG, G., *Sprache und Logik*, en *Sprache und Logik*, Göttingen, 1970, págs. 5-38.

——, *Satz und Tatsache*, en *Sprache und Logik*, Göttingen, 1970, págs. 39-76.

——, *Relativismus und Objektivität moralischer Normen*, en *Ethik ohne Metaphysik*, Göttingen, 1971, págs. 62-100 [trad. cast. de E. Garzón Valdés, *Ética sin metafísica*, Buenos Aires, Sudamericana, 1975].

PERELMAN, Ch., *Etude sur Frege*, tesis doctoral, Bruxelles, 1938.

——, *Etude sur Gottlob Frege,* en «Revue de l'Université de Bruxelles», 44 (1938-39), 224-227.

——, *Evidence et Preuve*, en: «Dialéctica» 11 (1957), págs. 21-35.

——, *Les cadres sociaux de l'argumentation,* en: «Cahiers internationaux de sociologie» 26 (1959), págs. 123-129.

——, *La Régle de justice*, en «Dialéctica» 14 (1960), págs. 230-238.

——, *The Dialectical Method and the Part Played by the Interlocutor in Dialogue*, en: *The Idea of Justice and the Problem of Argument,* London/ New York, 1963, págs. 161-167.

——, *Betrachtungen über die praktische Vernunf,* en: «Zeitschrift für philosophische Forschung» 20 (1966), págs. 210-221.

——, *Eine Studie über Gerechtigkeit*, en *Über die Gerechtigkeit*, München, 1967, págs. 9-84; trad. de U. Blüm (ed. original, Do la Justice, Bruxelles, 1945) [trad. cast. de R. Guerra, *De la justicia*, México, UNAM, 1964].

——, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtgke*, en *Über die Gerechtigkeit*, München, 1967, págs. 85-163; trad. de O. Ballweg.

——, *Rhetoric and Philosophy*, en: «Philosophy and Rhetoric» 1, (1968), págs. 15-24.

——, *Reply to Mr. Zaner,* en «Philosophy and Rhetoric» 1 (1968), págs. 168--170.

——, *Justice and Reasoning*, en *Law, Reason, and Justice. Essays in Legal Philosophy*, edición de G. Hughes, New York/ London, 1969, págs. 207--215.

——, *The New Rhetoric*, en *Pragmatics of Natural Langunge*, edición de Y. Bar-Hillel, Dordrecht, 1971, págs. 145-149.

PERELMAN, Ch./ OLBRECHTS-TYTECA, L., *Act and Person in Argument*, en «Ethics» 61 (1950/51), págs. 251-269.

——, *La nouvelle rhérorique. Traité de l'argumentation*, Paris, 1958, 2.ª ed., Bruxelles, 1970.

PHILIPPI, K. J., *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgrichts*, Kö1n/ Berlin/ Bann/ München, 1971.

PIAGET, J., *Piaget's Theory*, en *Carmichael's Manual of Child Psychology*, t. 1, 3.T ed. a cargo de P. H. Mussen, New York/ London/ Sidney/ Toronto, 1970, págs. 703-732.

PIKE, N., *Rules of Inference in Moral Reasoning,* en: «Mind» 70 (1961), págs. 391-399.

PITCHER, G., *The Philosophy of WITTGENSTEIN, Englewood Cliffs*, N. J., 1964.

PODLECH, A., *Wertungen und Werte im Recht*, «AöR» 95 (1970), págs. 185-223.

——, *Gehalt und Funktion des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlin, 1971.

——, *Rechtstheoretische Bedingungen einer Methodenlehre juristischer Dogmatik,* en «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie» 2 (1972), págs. 491-502.

——, *Recht und Moral,* en: «Rechtstheories» 3 (1972), págs. 129-148.

POPPER, K. R., *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde,* t. 1, *Der Zauher Platons,* Bern/ München, 1957, t. 2, *Falsche Propheten*, Bern/ München, 1958 [trad. cast. de E. Coedel, *La sociedad abierta y sus enemigos,* Barcelona, Orbis, 1985]

——, *Logik der Forschung,* 5ª ed., Tübingen, 1973 [trad. cast. de R. Puppo, *La lógica de la investigación científica*, Barcelona, Laia, 1986]

——, *Normal Science and its Dangers,* en: *Criticism and the Growth of Knowledge,* edición de I. lakatos/ A. MUSGRAVE, Cambridge, 1970, págs. 51-58. [trad. cast. de J. M. Alcañiz, *Crítica de la metodología de programas científicos*, Universidad de Valencia, 1982].

POSNER, R., *Diskurs als Mittel der Aufklärung. Zun Theorie der rationalen Kommunikation bei HABERMAS und ALBERT*, en: *Linguistik und Sprachphilosophie,* edición de M. Gerhard, München, 1974, págs. 280-303.

QUINE, W. V. O., *Grünzüge der Logik*, trad. de D. Siefkes, Frankfurt a. M., 1969 (ed. original, *Methods of Logic*; ed. revisada, new York, 1959)

[trad. cast. de N. Guasch, *Los métodos de la lógica*, Barcelona, Planeta Agostini, 1986]

RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, 7ª ed., Stuttgart, 1970 [trad. cast. *Fiolosofía del Derecho*, Madrid, Edersa, 1959]

RAISER, *Wozu Rechtsdogmatik?,* en «DRIZ», 1968, pág. 89.

RAWLS, J., *Two Concepts of Rules,* en: «Philosophical Review», 64 (1955), páginas 3-32.

——, *Justice as Fairness*, en «Philosophical Review» (1958), págs. 164-194 [trad. cast. de M. A. Rodilla, *Justicia como equidad y otros ensayos*, Madrid, Tecnos, 1986].

——, *A Theory of Justice,* Cambridge Mass., 1971 (trad., *Eine Theorie der Gerechtigkeit,* Frankfurt a. M., 1975) [trad. cast. de M.ª D. Gonzáles, *Teoría de la justicia,* México, Fondo de Cultura Económica, 1979].

REINER, H., *Die «Goldene Regel»,* en: «Zeitschrift für philosophische Forschung» 3 (1948), págs. 74-105.

RESCHER, N., *The Coherence Theory or Truth*, Oxford, 1973.

RHEES, R. (edición de), *Discussions of WITTGENSTEIN,* London, 1970.

RÖDIG, J., *Über die Notwendigkeit einer besonderen Logik der Normen*, en: «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie» 2 (1972), págs. 163-185.

——, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahren,* Berlin/ Heidelberg/ New York, 1973.

ROELLECKE, G., *Grundfragen der juristischen Methodenlehre und die Spätphilosophie Ludwig Wittgenstein,* en *Festschrift f. G. Müller,* edición de Th. Rittespach/ W. Geiger, Tübingen, 1970, págs. 323-339.

ROSS, A., *Imperatives and Logic*, en: «Theoria» 7 (1941), págs. 120-132.

——, *Directives and Norms,* London, 1968 [trad. cast. de J. Hierro, *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971].

ROSS, W. D., *The Right and the Good*, Oxford, 1930.

——, *The foundations of Ethic*, Oxforct, 1939.

ROTTLEUTHNER,H., *Zur Snziologie rechterlichen Handels II* en: «Kritische Justiz» 4 (1971), págs. 60-88.

——, *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischer Dogmatik,* Frankfurt a. M., 1973.

——, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft,* Frankfurt a. M. 1973.

RÜSSMAN, H., *Die Begründung von Werturteilen,* en «JuS», 1975, pásg. 352-358.

RYLE, G., *The Conept of Mind*, New York/ Melbourne/ Sidney/ Cape Town, 1949 (trad., *Der Begriff des Geister,* Stuttgart, 1969) [trad. cast., *El concepto de lo mental,* Buenos Aires, Paidos, 1967]

SAVYGNY, E. v./ NEUMANN, U. RAHLF, J., *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie,* München, 1976.

SAVYGNY, Rf. C. v., *System des heutigen Römischen Rechts,* t. 1, Berlin 1840 [trad. cast. de J. Mesía y M. Poley, con prólogo de M. Durán y Bas, *Sistema de Derecho romano,* Madrid, Góngora, 1878].

SCHELER, M., *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 5.ª ed., Berlin/ München, 1966.

SCHLINK, B., *Inwieweit sind juristische Entscheidungen mit entscheidungstheoretischen Modellen Theoretisch zu erfassen und praktisch zu bewältigen?* en «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie» 2 (1972), págs. 322-346.

SCHNELLE, *Sprachphilosophie und Linguistik,* Reinbek bei Hamburg, 1973.

SCHNUR, *Der Begriff der «herrschenden Meinung» in der Rechtsdogmatik* en *Festschr. f. F. Forsthoff*, edición de K. Doehring, München, 1967, págs. 43-64.

SCHÖNKE, A. / Schröder, H., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 18.ª ed. a cargo de Th. Lenckner/ P. Cramer/ A. ESSER/ W. Stree, München, 1976.

SCHREIBER, R., *Logik des Rechts,* Berlin/ Göttingen / Heidelberg, 1962 [trad. cast. de E. Garzón Valdés, *Lógica del Derecho,* Buenos Aires, Editorial Sur, 1968].

SCHWEMMER, O., *Philosophie der Praxis,* Frankfurt a. M., 1971.

——, *Grundlagen einer normativen Ethik,* en *Praktische Philosophie und konstruktive Wissenschaftstheorie*, edición de Fr. KAMBARTEL, Frankfurt a. M., 1974, págs. 73-95.

——, *Appell und Argumentation. Aufgaben und Grenzen einer praktlischen Philosophie,* en: *Praktische Philosophie und konstruktive Wissenschaftstheorie,* edición de Fr. KAMBARTEL, Frankfurt a. M., 1974, págs. 148-211

——, *Begründen und Erklären*, en: *Methodologische Probleme einer normativkritischen Gesellschatsthenrie*, edición de J. MITTELSTRASS, Frankfurt a. M., 1975, págs. 43-87.

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

SEARLE, J. R., *How to derive «Ought» from «Is»,* en *Theories of Ethics*, edición de Ph. FOOT, Oxford, 1967, págs. 101-114.

——, *Speech Acts*, Cambridge, 1969 (trad. Sprechakte, Frankfurt a. M., 1973) [trad. cast. de L. Valdés Villanueva, *Actos de habla*, Madrid, Cátedra, 1986].

SILVERSTEIN, H. S., *A Note on HARE on Imagining oneself in the Place others*, en «Mind» 81 (1972), págs. 448-450.

SIMITIS, S., *Die Bederung von System und Dogmatik –dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs,* en «AcP» 172 (1972), págs. 131-154.

SINGER, M. G., *Generalization in Ethics*, New York, 1961 (trad., *Verallgemeinerung in der Ethik*, Frankfurt a. M., 1975).

SMART, J. J., *Extreme and Restricted Utilitarianism*, en «Philosophical Quarterly» 6 (1956), págs. 344-354.

SMART, J. J. C./ Williams, B., *Utilitarianism for and against*, Cambridge, 1973 [trad. cast. de J. Rodríguez Marín, *Utilitarismo: pro y contra*, Madrid, Tecnos, 1981].

SMART, R. N., *Negative Utilitarianism*, en «Mind» 67 (1958), págs. 542-543.

SOBEL, J. H., *Generalization Arguments*, en «Theoria» 31 (1965), págs. 32-60.

SPECHT, E. K., *Die sprachphilosophischen und ontologischen Grundlagen im Spätwerk LUDWIG Wittgensteins*, Kant-Studien, Ergänzungshefte, t. 84, Köln, 1963.

SPENDEL, G., *Die Goldene Regel als Rechtsprincip,* en: *Festschift für Fr. von Hippel,* edición de J. ESSER/ H. Thieme, Tübingen, 1967, págs. 491-516.

SPRUTE, J., *Topos und Emthymem der aristotelischen Rhetorik,* en: «Hermes» 103 (1975), págs. 68-90.

STALLBER, Fr. W., *Legitimation und Diskurs-Zur HABERMAS-Analyse Wolfang Fachs,* en: «Zeitschrift für Soziologie» 4 (1975), págs. 96-98.

STARCK, Chr., *Emprie in der Rechtsdogmatik*, en «JZ», 1972, págs. 609-614.

STAUB, H., *Die positiven Vertragsverletzungen,* 2.ª ed. y publicación de E. MÜLLER, Berlin, 1913.

STEGMÜLLER, W., *Hauptströmungen der Gegenwartphilosophie*, 4.ª ed., Stuttgart, 1969.

——, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, t. 1, *Wissenschaftliche Erklärung und Begründung*, ed. aum. y corr., Berlin/ Heidelberg/ New York, 1974.

STEVENSON, Ch. L., *Persuasive Definition*, en «Mind» 47 (1938), págs. 331-350.

——, *Ethics and Language*, New Haven/ London, 1944 [trad. cast. de E. Rabossi, *Etica y lenguaje*, Madrid, Paidos, 1984).

——, *The Emotive Meaning of Ethical Terms*, en *Facts and Values*, New Haven/ London, 1963, págs. 10-31.

——, *Retrospective Comments*, en *Facts and Values*, New Haven/ London, 1963, págs. 186-232.

STRAWSON, P. F., *Ethical Intuitionism*, en «Philosophy» 24 (1949), págs. 23-33.

——, Recensión, *Philosophical Investigation. By Ludwing WITTGENSTEIN*, en «Mind» 63 (1954), págs. 70-99.

——, Recensión, *Traité de l'Argumentation. By Ch. PERELMAN and L. OLBRECHTS-TYTECA*, en «Mind» 68 (1956), págs. 420-421.

——, *Truth*, en *Truth*, edición de G. PITCHER, Englewood Cliffs N. J., 1964, págs. 32-53.

——, *AUSTIN and Locutionary Meaning,* en: *Essays on J. L. AUSTIN*, edición de I. BERLIN y otros, Oxford, 1973, págs. 46-68.

STRUCK, G., *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt a. M., 1971.

——, *Dogmatische Diskussionen über Dogmatik,* en: «JZ», 1975, págs. 84-88.

TARSKI, A., *The Semantic conception of Truth and the Foundations of Semantics*, en: «Philosophy and Phenomenological Research», 4 (1943/ 44), págs. 341-375.

——, *On the Concept of Logical Consequence*, en *Logic, Semantics, Metamathematics*, Oxford, 1956, págs. 409-420.

——, *Einführung in die mathematische Logik*, 2.ª ed., trad. de E. Scheibe, Göttingen, 1966 (ed. en inglés, *Introduction to Logic and to the Methodology of Deductive Sciences*, 3.ª ed., Oxford/ New York, 1965) [trad. cast., *Introducción a la lógica .y a las ciencias deductivas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1985].

TAYLOR, C. C. W., *Rez., Freedom and Reazon. By R. M. HARE*, en «Mind» 74 (1965), págs. 280-298.

THORNTON, M. T., *HARE's View of Morality*, en «Mind» 80 (1971), págs. 617-619.

THUL, E. J., *Die Denkform der Rechtsdogmatik*, en «ARSP» 46 (1960), págs. 241-260.

TOULMIN, St. E., *The Place of Reason in Ethics*, Cambridge, 1950 [trad. cast. de F. Ariza, *El puesto de la razón en la ética*, Madrid, Alianza, 1979].

——, *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958.

URMSON, J. O., *The Emotive Theory of Ethics*, London, 1968.

VIEHWEG, Th., *Topik und Jurisprudenz*, 5.ª ed., München, 1974 [trad. cast. de L. Díez Picazo, prólogo de E. García de Enterría, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964).

——, *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, en *System und Kalssifikation in Wissenschaft und Dokumentation*, edición de A, Diemer, Meisenheim am Glan, 1968, págs. 96-104.

——, *Some Considerations Concerning Legal Reasoning*, en *Law, Reason and Justice, Essays in Legal Philosophy v. G. Hughes*, New York/ London, 1969, págs. 257-269.

WARNOCK. G. J., *Contemporary Moral Philosophy*, London/ Basingstoke, 1967.

WASSERSTROM, R. A., *The Judicial Decision*, Stanford/ London, 1961.

WEINBERGER, O., *Rechtslokig*, Wien/ New York, 1970.

——, Wahrheit, *Recht und Moral*, en «Rechtstheorie» 1 (1970), págs. 129-146.

——, *Über die Offenheit des rechtslichen in der Rechtsfindung Normensystems*, en *Festschr. f. W. Wilburg*, Graz, 1975, págs. 439-451.

WEISCHEDEL, W., *Recht und Ethik*, Karlsruhe, 1956.

WELZEL, H., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.ª ed., Göttingen, 1962 [trad. cast. de F. González Vicén, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, Aguilar, 1971].

——, *Das Deutsche Strafrech*, 2.ª ed., Berlin, 1969 [trad. cast. de J. Bustos y S. Yáñez, *Derecho penal alemán. Parte general.* Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1970]. „

WHITE, A. R., Truth, London/ Basingstoke, 1970.

WIEACKER, Fr., *Gesetz und Richterkunst, Karlsruhe*, 1958.

——, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik,* en: *Hermeneurik und Dialektik. Festschr. für H. -G. Gadamer*, t. 2, edición de R. Bubner/ K. Cramer/ R. Wiehl, Tübingen, 1970, págs. 311-336.

——, Recensión, CANARIS, Claus-Wylhelm, *Systemdenken und Wystembegriff in der Jurisprudenz,* en «Rechtstheorie» 1 (1970), págs. 107-119.

——, *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft*, en *Xenion, Festschr. f. P. J. Zepos,* edición de E. v. Caemmerer/J. H. Kaiser/ G. Kegel/ W. Müller-Freienfels/ H. J. WOLFF, Atenas, 1973, págs. 391-415.

——, *Über strengere und unstrenge Verfahren der Rechtsfindung*, en *Im Dienst an Recht und Staat, Festschr. J. W. Weber*, edición de H. Schneider/ V. Götz, Berlin, 1974, págs. 421-443.

WIELAND, W., *Praxis und Urteilswkraft*, en: *Zeitschrift für philosphische Forschung* 28 (1974), págs. 17-42.

WINCH, P., *Die Idee der Sozialwissenschaft und ihr Verhältnis zur Philosophie*, trad. de R. Pelzer, Frankfurt a. M., 1966 (versión original, *The Idea of Social Science*, 4.ª ed., London, 1965) [trad. cast. de M.ª R. Viganó, *Ciencia social y filosofía*, Buenos Aires, Amorrortu, 1971].

——, (edición de), *Studies in the Philosophy of Wittgenstein*, London/ New York, 1969.

WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts* , 9.ª ed. a cargo de Th. Kipp, t. 1, Frankfurt a. M., 1906.

WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, en *Schriften*, t. 1, Frankfurt a. M., 1969, págs. 7-83 [trad. cast. de E. Tierno Galván, *Tractatus logico-philosophicus*, Madrid, Alianza, 1987].

——, *Philosophische Untersuchungen,* en *Schriften*, t. 1, Frankfurt a. M., 1969, págs. 279-544 [trad. cast. A. García Suárez y U. Moulines, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Editorial Crítica, 1988].

——, *Eine Philosophische Betrachtung (Das sogenannte Braune Buch)*, en *Schriften*, t. 5, Frankfurt a. M., 1970, págs. 117-282 [trad. cast. con prefacio de Rush RHEES, *Los cuadernos azul y marrón*, Madrid, Tecnos, 1976].

——, *Über Gewissheit*, edición de G. E. M. Anscombe/ G. H. v. WRIGHT, Frankfurt a. M., 1970 [trad. cast. de J. L. Prades y V. Raga, *Sobre la certeza*, Barcelona, Gedisa, 1987].

WOLFF, H. J., *Begriff und Kriterium der Wahrheit*, en *Gegenwartsprobleme des Internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie, Festschr. f. R. Laun*, edición de D. S. Constantopoulos/ H. Wehberg, Hamburg, 1953, págs. 587-605.

WOLFF, H. J./ BACHOF, O., *Verwaltungsrecht*, t. 1, 9.ª ed., München, 1974.

WRIGHT, G. H. v., *Deontic Logic*, en *Logical Studies*, London, 1957, págs. 58-74 [trad. cast. de Rodríguez Marín, *Lógica deóntica*, Valencia, Cuadernos Teorema, 1979].

——, *Norm and Action*, London, 1963 [trad. cast. de P. García Ferrero, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1979].

——, *The Logic of Preference*, Edinburgh, 1963.

——, *The Varieties of Goodness,* London/ New York, 1963.

——, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action,* Amsterdam, 1968 [trad. cast. de E. Garzón Valdés, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, México, UNAM, 1976].

——, *A New System in Deontic Logic,* en: *Deontic Logic: Introductory and Systematie Readings*, edición de R. Hilpinen, Dordrecht, 1971, págs. 105-120.

——, *Wittgenstein on Certainty,* en: *Problems in the Theory of Knowledge*, edición de G. H. v. WRIGHT, Den Haag, 1972, 47-60.

——, *On So-Called Practical Inference,* en «Acta Sociologica» 15 (1972/ 1973), págs. 39-53.

——, *Deontic Logic Revisited*, en «Rechtstheorie» 4 (1973), págs. 37-46.

——, *Erklären und Verstehen*, trad de G. GREWENDORF/ G. Meggle, Frankfurt a. M., 1974 (ed. original, Explanation and Understanding, Ithaca H. Y., 1971) [trad. cast. de L. Vega, *Explicación y comprensión*, Madrid, Alianza, 1987].

WRÓBLEWSKI, J., *Legal Decisión and its Justification*, en *Le Raisonnemet Juridique, Actas del Congreso mundial de Filosofía jurídica y social*, Brusselles, 1971, edición de H. Hubien, Brusselles, 1971, págs. 409-419.

——, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, en «Rechtstheorie» 5 (1974), págs. 33-46.

WUNDERLICH, D., *Zur Konventionalität von Sprechhandlungen,* en: *Linguistische Pragmatik*, edición de D. WUNDERLICH, Frankfurt a. M., 1972, págs. 11-58.

——, *Grudlagen der Linguistik*, Reinbek bei Hamburg, 1974.

ZIPPELIUS, R., *Legitimation durch Verfahren?,* en *Festschr. f. K. Larenz*, edición de G. Paulus/ U. Diedirechsen/ C.W. CANARIS, München, 1973, págs. 293-304.

——, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 2.ª ed., München, 1974.

——, *Rechtsphilosophische Aspekte der Rechtsfindung*, en «JZ», 1976, págs. 150-153.

ZWEIGERT, K., *Rechtsvergleichung, System und Dogmatik*, en *Festschr. f. E.* Bötticher, edición de K. a. Bettermann/ A. Zeuner, Berlin, 1969, págs. 443-449.