

# TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN Y CONCEPTOS DE DERECHO. UNA APROXIMACIÓN<sup>1</sup>

Massimo La Torre

*Instituto Universitario Europeo (Florencia)*

## I



ASTA el setecientos se reservó un puesto importante en la formación del jurista a la educación en el razonamiento en torno a reglas o principios jurídicos. Tal razonamiento se entendió en realidad básicamente como *retórica*, como arte oratoria, como capacidad de ejercer la persuasión. A pesar de todo, no se olvidaba el aspecto menos pragmático y más formal del discurso jurídico.

Proliferaban los pequeños tratados de «lógica jurídica», en general —pero no sólo— aplicación de la lógica aristotélica a la estructura de los argumentos usados en las controversias judiciales<sup>2</sup>. Y puede recordarse que Vico fue profesor de retórica, *professor eloquentiae*, en la Facultad de Derecho de la Uni-

<sup>1</sup> Traducción de Fco. Javier Ansuátegui Roig, revisada por el autor.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, C. REGNERI, *Demonstratio logicae verae iuridica* (1638), ed. por G. Kalinowski, Bologna, 1986.

versidad de Nápoles, como se sabe sin conseguir —con gran disgusto por su parte— enseñar Derecho civil. La retórica era sin embargo una materia calificada del *curriculum* del estudiante de Derecho.

Todo ello cambia de un modo que no dudo en definir como dramático con la afirmación de la ideología ilustrada y con las grandes codificaciones, principalmente con la francesa, ya que la prusiana es aún muy indulgente hacia la estructura social corporativa y la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, y la austriaca deja todavía explícitos y amplios espacios a la considerada razón natural, a la valoración de acuerdo con principios extrapositivos (recuérdese a este respecto el artículo siete del ABGB, el código civil austriaco de 1811, obra de Franz von Zeiller, un jurista kantiano muy criticado por su actitud «filosófica» por el historicista Friedrich Carl von Savigny). Son por tanto la codificación francesa, y la ideología ilustrada de la que ésta se nutre, las que marcan —por así decirlo— la diferencia.

Éste no es el lugar de detenerse en las vicisitudes de la codificación francesa y en su difícil gestación, en los proyectos de Cambacerès y de Portalis. Baste recordar que, gracias a la eliminación del originario artículo nueve del Proyecto Portalis, que preveía en caso de silencio de la ley el recurso a la equidad, se afirma el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico<sup>3</sup>. Tampoco puede olvidarse que la Convención había decretado en 1793 la abolición de la Facultad de Derecho, manifestación extrema del recelo hacia el jurista como intérprete («traductor traidor») de la ley y de la fe máxima en la claridad y en la exahustividad de la obra del legislador.

Recuérdese que cuando en el lenguaje iluminista y iuspositivista se habla de ordenamiento jurídico, se entiende por éste exclusivamente el conjunto de leyes emanadas explícitamente de la autoridad legislativa, es decir, del representante de la soberanía popular. Plenitud del ordenamiento significa aquí, por tanto, plenitud del sistema de leyes. Dicho en otros términos, con la Ilustración y con la codificación napoleónica se pasa de una teoría del Derecho centrada en *argumentos* ciertamente heterogéneos y a menudo contradictorios entre ellos y no sistematizados, a una teoría del Derecho centrada en la noción de *fuerza*. Se afirma lo que un estudioso británico, Joseph Raz, ha llamado *source theory*<sup>4</sup> y Ronald Dworkin ha definido como *conventionalism*<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Vid. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, 2.ª ed., Giappichelli, Torino, 1979, pp. 79 y ss.

<sup>4</sup> Vid. J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, 1979, cap. tercero, y J. RAZ, «On the Autonomy of Legal Reasoning», *Ratio Juris*, vol. 5 (1992), pp. 1 y ss.

<sup>5</sup> Vid. R. DWORKIN, *Law's Empire*, 2.ª ed., London, 1986, pp. 14 y ss.



Ahora bien, si existe una *fuerza*, un *hecho*, en todo caso, del que emana el derecho, la aplicación de éste es en primer lugar una cuestión de descubrimiento de la misma fuerza. El papel del juez así —de acuerdo con el recelo ilustrado hacia esta figura que quiere hacer de él la mera «boca de la ley»— es concebido como el de un tipo de científico natural. En esta perspectiva la actividad del juez se convierte en eminentemente *cognoscitiva*; se considera que el juez utiliza una razón *teórica*, no una razón práctica, es decir, enunciados «descriptivos» y no valoraciones prescriptivas. Se cree que el juez opera sólo de un modo silogístico, de manera que la premisa mayor es rigurosamente la ley, la premisa menor el hecho y la conclusión la sentencia<sup>6</sup>.

Tan fuerte es el modelo del silogismo<sup>7</sup> —un silogismo, repito, considerado esencialmente como simple operación cognoscitiva— que la misma división de poderes y el Estado de Derecho son concebidos como una consecuencia de aquel modelo. Kant, pero antes Condorcet, afirman que el poder judicial es respecto al poder legislativo como la conclusión de un silogismo respecto a su premisa mayor<sup>8</sup>. La novedad de este modelo sin embargo no es tanto la relevancia otorgada al silogismo. De éste ni tan siquiera un jurista confuso y poco riguroso como el Azzecagarbugli de Manzoni podría prescindir. El uso del silogismo es en un cierto sentido una trivialidad. Hablar supone ya operar silogísticamente, al menos desde el momento en que se aplica un término con una extensión —un significado— inevitablemente general a un objeto específico denotando por tanto este último mediante aquel término. (Si llamo mesa a esta mesa opero silogísticamente con el término «mesa», llegando a la conclusión de designar este objeto que está frente a mí precisamente como «mesa»).

No es por tanto el silogismo en cuanto tal la novedad del modelo ilustrado e iuspositivista. La novedad consiste en que se cree que la única operación para llegar a una decisión judicial es el mero silogismo y sobre todo en lo que se considera que debe constituir la premisa mayor del silogismo y en las cualidades que se le atribuyen a ésta. La premisa mayor es la *ley* y ésta ya es considerada *clara*, su significado *evidente*, dado de manera unívoca en la letra de la misma ley. La novedad reside además en la cualidad —por así decirlo— epis-

<sup>6</sup> Véase el famoso capítulo cuarto de *Los delitos y las penas* de Cesare Beccaria. En la doctrina alemana sobre el tema, por lo que se refiere al menos al siglo pasado, vid. C. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1986, *passim*.

<sup>7</sup> Sobre esto vid. L. GIANFORMAGGIO, «Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modelo induttivo, modello retorico», en *La teoria del diritto. Problemi e tendenze attuali (Studi dedicati a Norberto Bobbio)*, ed. por U. Scarpelli, Milano, 1983, pp. 131 y ss.

<sup>8</sup> Véase I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Metaphysik der Sitten, Ester Teil*, ed. de B. Ludwig, Hamburg, 1986, § 45, p. 129.

temológica atribuida al silogismo judicial: es concebido como una operación esencialmente cognoscitiva, es un silogismo *teórico* no práctico. Muy sugerente al respecto es un pasaje de uno de los padres fundadores de la dogmática iuspositivista, Paul Laband: «Die rechtliche Entscheidung besteht in der Subsumtion eines gegebenen Tatbestandes unter das geltende Recht, sie ist wie jeder logische Schluß vom Willem unabhängig; es besteht keine Freiheit der EntschlieÙung, ob die Folgerung eintreten soll oder nicht; sie ergibt sich —wie man sagt— von selbst, mit inneren Notwendigkeit»<sup>9</sup>.

I.1. En este punto me parece necesario hacer alusión a una distinción fundamental en filosofía y teoría del conocimiento: la distinción entre racionalidad *teórica* y racionalidad práctica, o —si se quiere— entre dos modelos de *razón* distintos. De manera bastante aproximativa, podemos decir que la razón *teórica* es el conjunto de argumentos que justifican enunciados *descriptivos*, aserciones respecto a estados de cosas. La razón práctica es determinada, por el contrario, por el conjunto de los argumentos que justifican enunciados *prescriptivos* o *normativos*, preferencias, juicios de valor o normas. Esta distinción obviamente tiene sentido sólo si se asume que los enunciados descriptivos y los normativos no sean semántica y epistemológicamente homólogos, si se asume por tanto que el significado y la corrección de un enunciado de valor no sean deducibles del significado y de la corrección de un enunciado descriptivo y viceversa.

La razón o racionalidad teórica o descriptiva puede reducirse a dos series de argumentos: a) los *formales* fundamentalmente deductivos, basados en ciertos principios y operaciones lógicas; b) los *materiales*, fundamentalmente inductivos, basados en observaciones empíricas y datos de experiencia. Los argumentos formales sirven para desarrollar los argumentos materiales o sustanciales. Son por tanto *auxiliares* respecto a estos últimos. Lo cual significa que la racionalidad teórica, por lo menos en el ámbito del conocimiento empírico, se basa fundamentalmente en datos de la experiencia. En el ámbito de las consideradas ciencias formales, en las matemáticas por ejemplo, se podría por el contrario prescindir de dichos datos de la experiencia o de la constatación de eventos empíricos. Aquí basta con los principios y operaciones lógicas.

Ahora bien, la razón *práctica*, la razón justificadora de juicios de valor, o de enunciados deónticos, no coincide exactamente con la razón *teórica*. Y

---

<sup>9</sup> P. LABAND, *Das Staatsrecht es Deutschen Reiches*, vol. 2, Tübingen, 1911, p. 178.

ello por el hecho de que los datos de la experiencia y las operaciones lógicas no bastan para suministrarnos indicaciones de preferencias y orientaciones de acción. Hacen falta premisas de otro tipo, criterios o principios normativos.

Aclarado el sentido en el que utilizo las locuciones «razón teórica» y «razón práctica» paso ahora a concluir esta primera sección. Se ha observado que con las codificaciones y el iuspositivismo es el modelo silogístico, o mejor, una teoría del Derecho centrada en la noción de *fuerza*, la que se impone en la metodología jurídica del continente europeo. Pues bien, en los últimos decenios dicho modelo, tras un siglo de diversas suertes, ha entrado en una profunda crisis. Esta crisis está motivada por dos factores principales: (i) uno exquisitamente teórico, (ii) el otro más contingente, histórico.

(i) El gran problema teórico de aquello que aquí por razones de brevedad llamo «modelo silogístico» es que éste no se corresponde con la realidad de las operaciones llevadas a cabo por el juez al aplicar la ley. La ley no puede ser aplicada mecánicamente, principalmente porque nunca es absolutamente clara. Lo que se aplica es por el contrario una disposición de ley que a menudo es *construida* recopilando, combinando y descomponiendo varios textos de la ley<sup>10</sup>, y *reconstruida* atribuyendo a dichos materiales un sentido. Estos por tanto son *interpretados*, y tratados lógicamente.

Luego está el *hecho* al que aplicar la ley. Éste debe ser considerado *jurídicamente relevante*. Una decisión ésta que no puede recabarse simplemente de la aplicación de la ley al hecho, ya que la reconstrucción o, es más, la construcción del hecho jurídicamente relevante precede a menudo a la consideración de la disposición que se adecua al hecho. Un hecho jurídicamente relevante es algo más que un hecho empírico.

Pero el problema decisivo por el que el modelo silogístico está (teóricamente) en crisis es que también allí donde se disponga de una disposición clara y apropiada al caso en cuestión y las circunstancias de hecho hayan sido adecuadamente calificadas y probadas, no es siempre posible llegar a una *única* respuesta correcta. El silogismo permite diversas conclusiones todas ellas formales (lógica y jurídicamente correctas). Las normas en realidad por su generalidad y abstracción se prestan a menudo a múltiples concreciones. Por otra parte difícilmente podemos estar seguros de que todas las circunstancias de hecho relevantes para la construcción de la premisa menor hayan sido consideradas. Dichas dificultades se agravan posteriormente en aquellas legislacio-

<sup>10</sup> Vid. cuanto escribe a propósito G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 31-32.

nes, como las contemporáneas, en las que abundan las leyes especiales y las codificaciones asumen cada vez más el carácter de disposiciones residuales o auxiliares, y en las que los principios morales y políticos son recibidos explícitamente en las constituciones y en otros documentos legales.

(ii) Al modelo silogístico se le plantean luego problemas más contingentes derivados de la evolución de los sistemas jurídicos contemporáneos. Acabamos de aludir a dos aspectos de esta evolución: es decir, la proliferación de las leyes-medida, esto es, la «motorización de la legislación», y el paso del Estado de Derecho, en el que la «norma fundamental» es el principio de legalidad y por tanto la reserva de ley (para determinadas materias como los «derechos» individuales), al *Estado constitucional*, en el que los derechos son asumidos como un «material» jerárquicamente superior a la ley y el principio de igualdad frente a la ley es reinterpretado como principio de razonabilidad o racionalidad material<sup>11</sup>.

En este ámbito de problemas el factor de crisis más importante es ciertamente la cada vez más fuerte judicialización de nuestros sistemas jurídicos, resuelta a su vez al creciente declive de la *ley*. Ésta, entendida como norma general y abstracta expresión racional y motivada de una legítima instancia de soberanía popular, se encuentra en una gran crisis. Y lo está porque ya no es general y abstracta, sino cada vez más particular y concreta, ley-medida o *leggina*. Y cada vez es menos justificada y racional desde el momento en que la instancia que la produce ha perdido una buena dosis de legitimidad, por su incapacidad para perseguir el interés general de manera transparente. Se asiste a lo que se ha llamado «juridización» de la vida social, o también —en palabras de Habermas— «colonización del sistema de vida». Pero esta superproducción de leyes y decretos, este uso instrumental y «situacional» de la ley, no contribuye al prestigio del legislador. La producción de leyes en masa se sustrae necesariamente a la discusión en base a principios y a un debate político ponderado, y obedece básicamente a lógicas corporativas cuando no clientelistas. La

---

<sup>11</sup> En este sentido me gusta recordar las palabras de un jurista excepcional, el llorado Francisco Tomás y Valiente, juez del primer Tribunal Constitucional de la España democrática: «La razón jurídica es proyección de la razón práctica. Nunca actúa en el vacío. Procede de un universo de valores, principios y conceptos plasmados en el derecho positivo y procura resolver problemas planteados por la interpretación de las normas (la suprema es la Constitución) o por el dudoso encaje de situaciones singulares dadas en la realidad social, bajo el cobijo del sistema normativo. El juez constitucional ha de resolver problemas que en último término consisten en el conflicto entre diversos modos de entender y aplicar la Constitución. El Tribunal, como órgano constitucional del Estado, resuelve problemas políticos por medio de razonamientos jurídicos: es la razón jurídica su instrumento, no la razón de (o del) Estado, o la del gobierno, o la de tal o cual partido» (F. TOMÁS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, Madrid, 1996, p. 266).

«razón pública» expulsada entonces de las asambleas legislativas se traslada a menudo a las salas de los tribunales<sup>12</sup>, y la democracia —para sustraerse a las lógicas corruptas y corruptoras de la clientela partidista y de la opacidad tecnoburocrática— tiende a hacerse, por así decirlo, «judicial»<sup>13</sup>.

Hoy es el juez el que se propone como nuevo centro del sistema jurídico, y no el poder legislativo; guste o no. Y en la óptica del juez no puede dejar de asumir una importancia central el procedimiento mediante el cual se llega a la decisión. Aquí, si la ley no basta, deben descubrirse otros criterios de elección.

Debe reconocerse también la creciente importancia de la justicia constitucional en muchos ordenamientos democráticos. Ahora bien, la justicia constitucional por su naturaleza opera, más que con leyes, con principios y con derechos. Éstos son a menudo confrontados a través de operaciones argumentativas más complejas que el simple *aut-aut*. La justicia constitucional, para justificar las propias decisiones, debe entonces utilizar estrategias argumentativas mejor articuladas que las del modelo silogístico<sup>14</sup>.

Además, frente a la posibilidad de un juicio de constitucionalidad de la ley, se puede también considerar que, más allá de las diferencias entre sistemas centralizados y difusos, *todo* juez (cualquiera que sea el órgano o la instancia a la que pertenece) —en cuanto pueda aceptar o elevar una excepción de inconstitucionalidad— asuma un poder de valoración de la constitucionalidad de las normas y se presente así en cierto modo también él como «guardián de la constitución». El estilo argumentativo propio de la justicia constitucional se expande en consecuencia por todo el sistema jurídico. He aquí una ulterior razón del renacimiento y de la fortuna de las teorías del razonamiento jurídico dedicadas a la determinación de un amplio espectro de criterios de corrección de la decisión judicial.

## II

II.1. En esta última posguerra dos investigaciones anuncian las nuevas teorías del razonamiento jurídico: A) la *tópica* de Theodor Viehweg y B) la *nouvelle rhétorique* de Chaim Perelman.

<sup>12</sup> Es sugerente el hecho que para John Rawls el lugar donde mejor se expresa la razón pública sean los tribunales: «the idea of public reason applies more strictly to judges than to others» (J. RAWLS, «The Idea of Public Reason Revisited», en *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, 1997, p. 768).

<sup>13</sup> Sobre este fenómeno, en una perspectiva comparada, vid. C. GUARNIERI y P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997.

<sup>14</sup> Para la experiencia italiana, vid. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992.

A) La *tópica* puede ser entendida en tres sentidos principales: a) como una técnica de la investigación de las premisas, en el discurso práctico, en el discurso dirigido a tomar una decisión, del que el discurso jurídico no sería más que una parte; b) como teoría del contenido de las premisas del discurso práctico; c) en fin, como teoría del uso de tales premisas. En el primer caso la *tópica* sugiere recopilar y clasificar los diversos tipos de argumentos empleados en el discurso jurídico, de manera que se pueda llegar a una especie de catálogo de los *topoi*. Éstos —como bien señala Alexy<sup>15</sup>— son no obstante bastante heterogéneos: se iría desde principios como *lex posterior derogat anteriorem* a la técnica interpretativa que se remonta por ejemplo a la intención del legislador.

Desde el punto de vista de la teoría del contenido de las premisas del discurso práctico, la *tópica* niega la capacidad de verdad o falsedad de éstas y se recurre al concepto de verosimilitud o de *plausibilidad*. En cuanto teoría del uso de las premisas en el discurso práctico jurídico la *tópica* prescribe la regla de la consideración de los diversos puntos de vista y se basa en el principio según el cual es la discusión *die einzige Kontrllinstanz*, el único control sobre la corrección de las decisiones.

La *tópica*, de la misma manera que ocurre con la retórica, está demasiado concentrada en la vertiente pragmática, en los efectos o en los «resultados» del razonamiento. Mejor dicho, mientras la retórica es una técnica que tiende a lograr ciertos efectos sobre el *auditorio* (la persuasión de éste), la *tópica* es una técnica dirigida a obtener determinados resultados sobre el *orador* (el descubrimiento por parte de éste de los argumentos de los que tiene necesidad). La *tópica* está por tanto orientada a la conducta del orador, de quien debe o quiere proferir o articular un discurso o una argumentación, es decir, al emisor de una comunicación lingüística, prescindiendo en parte de la presencia o de las reacciones de su auditorio, esto es, de los destinatarios del mensaje. Lo que le importa —por lo menos a la *tópica* que se desarrolla a partir de la obra de Cicerón— es que el hablante de hecho disponga de los argumentos, cualquiera que sea el valor (la verdad o la corrección) de éstos; de igual manera que a la retórica le interesa fundamentalmente que el orador de hecho persuada a su auditorio, prescindiendo de la calidad formal de sus tesis. De modo que la *tópica* termina por ser difícilmente examinable desde una perspectiva lógico-argu-

---

<sup>15</sup> Vid. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2.ª ed., Frankfurt am Main, 1991, pp. 39 y ss.



mentativa<sup>16</sup>, y se reduce a una especie de apología del orador, en cuanto la retórica es degradada a una suerte de psicología del auditorio.

La tópica además, partiendo de *topoi*, de «lugares» generalmente aceptados, es decir de «lugares comunes», más allá de cualquier ulterior control epistemológico de su contenido, corre el riesgo de hacerse portadora —en el ámbito teórico y normativo— de conceptos tradicionales sustraídos a la verificación reflexiva y por tanto de *prejuicios*<sup>17</sup>, y —en el ámbito *estético*— de ideas nada originales, de *cánones*, no sólo sustraídos a la creatividad e invención del artista, sino también a menudo incompatibles con éstas. No por casualidad es cierto que la locución «lugar común» haya asumido en los últimos siglos un sentido fuertemente negativo.

La «tópica», en la versión formulada por Viehweg, tiene a pesar de todos méritos importantes. El primero es el de someter a crítica la tradicional forma de proceder de la considerada ciencia jurídica, basada en «institutos», en definitiva en una dudosa ontología, en un esencialismo según el cual tras los conceptos jurídicos existirían otras tantas sustancias que el jurista puede «destilar» y luego nuevamente «combinar». «Denn hier werden sehr häufig Produkte der Rechtssprache als außersprachliche, von der Rechtssprache lediglich abgebildete Gegenstände vorgestellt. Auf diese Weise schuf man zuweilen selbständige Gegenstandsfelder, die das Rechtsdenken anzutreffen vermeinte und dementsprechend beschrieb, obgleich es sie selbst herstellte. In der deutschen Jurisprudenz hat der geniale Ihering die krassentsten Exempel dieser Art geliefert»<sup>18</sup>. Es dicha crítica, más o menos explícita, la que ha dado alas a la reciente revolución argumentativa del saber jurídico, que prefiere hablar de «argumentos» y de «razones» más que de «fuentes», y de «principios» más que de «institutos». Si se quiere, es la revancha de «filósofos» como Franz von Zeidler sobre «historiadores» como Friedrich Carl von Savigny lo que aquí tiene lugar. El otro mérito es el de haber subrayado el procedimiento por pondera-

<sup>16</sup> Recuérdese la insistencia con la que Viehweg rechaza la posibilidad de articular los *topoi* según cadenas lógicas: «Lange Folgerungen vertragen sich nicht mit ihrer Funktion, das logische Gewicht der von ihnen aufgebauten Begriffs- oder Satzgefüge bleibt deshalb stets gering» (TH. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5.ª ed., München, 1974, p. 38).

<sup>17</sup> Más próxima a la tópica resultaba por tanto la propuesta hermenéutica de Gadamer, tan orgullosa de rehabilitar —contra la ilustración— la noción de «prejuicio»: vid. H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 6.ª ed., Tübingen, 1990, pp. 281 y ss., sobre el cual ver las observaciones críticas de Jürgen Habermas en el capítulo tercero de *Zur Logik der Sozialwissenschaften* (vid. J. HABERMAS, *Zur Logik der Sozialwissenschaften* 5.ª ed. ampliada, Frankfurt am Main, 1982, pp. 271 y ss.).

<sup>18</sup> TH. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5.ª ed., cit., pp. 113-114.

ción, por «pro y contra», como típico del razonamiento práctico y del jurídico en particular.

B) Mucho más articulada es la teoría de Chaim Perelman. Éste, tras una primera fase en la que defendía los postulados metaéticos rígidamente nocognoscitivistas y se confiaba, para «testar» la racionalidad de las decisiones prácticas, a la sola justicia formal resumida en el principio del tratamiento de los casos similares de modo similar, busca reconstruir —partiendo de la tradición antigua— las técnicas que permitan ir más allá de la determinación del disenso, única salida del nocognoscitismo radical. Nace así la «nueva retórica». También ella, como la tónica, parte de la idea aristotélica de los *ενδοξα*, es decir, de la tesis según la cual las premisas del discurso práctico pueden estar sólo basadas en enunciados probables o verosímiles, es decir, aceptados por la opinión pública.

También en Perelman, como en Viehweg, es la discusión como tal el momento fundacional de la deliberación práctica. La teoría de Perelman está no obstante más articulada que la de Viehweg; en particular escapa del defecto, típico de esta última, de una insuficiente analiticidad en la reconstrucción de los argumentos.

Perelman parte de una crítica nada indulgente de la doctrina dominante tanto en el ámbito filosófico como en el ámbito jurídico que tiende a equiparar razón teórica y razón práctica, es decir, a negar la independencia de esta última para reducirla a la primera. Su declarado objetivo polémico es aquella «concepción de la razón y del razonamiento, surgida con Descartes, que ha impregnado la filosofía occidental de los últimos tres siglos»<sup>19</sup> y que concibe el razonamiento como procedimiento demostrativo.

El *leitmotiv* de Perelman es que la lógica formal es incapaz de dar frutos en el razonamiento práctico, y que sin embargo existe un razonamiento práctico distinto del discurso teórico del científico. Y es un discurso dotado de sus criterios internos de racionalidad, en realidad nada entregado al decisionismo y reducido a un simple puñetazo en la mesa como querían importantes representantes del neopositivismo lógico y de la filosofía analítica también en el campo de la teoría del derecho (piénsese en Alf Ross<sup>20</sup>).

El concepto fundamental de Perelman es el de *auditorio*. El auditorio es el conjunto de sujetos en los que el orador quiere influir a través de su argumen-

<sup>19</sup> CH. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. di C. Schick y M. Meyer, con la colaboración de E Barassi, vol. 1, Torino, 1982, p. 3.

<sup>20</sup> Vid. A. ROSS, *On Law and Justice*, London, 1958, p. 274.

tación. El objetivo de la argumentación es el de obtener la adhesión del auditorio a las tesis del orador. Por lo que la retórica «tiene por objeto el estudio de las técnicas discursivas tendentes a provocar o a aumentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se proponen a su asentimiento»<sup>21</sup>.

El auditorio resulta por tanto determinante para caracterizar un argumento. «La noción de auditorio es central en la retórica. Un discurso, de hecho, no puede ser eficaz si no está adaptado al auditorio que se trata de persuadir o convencer»<sup>22</sup>. Un argumento puede ser convincente o no en función del auditorio al que está dirigido. Lo cual implica según Perelman que la regla fundamental de la argumentación es la adaptación del discurso al auditorio cualquiera que éste sea.

Dicho así parecería que la teoría de Perelman no es otra cosa que una teoría estratégica de la argumentación, destinada a hacer obtener consenso prescindiendo de la calidad de la tesis en discusión y de los argumentos empleados. Sin embargo no es siempre así. En realidad para Perelman el criterio de la racionalidad y de la objetividad de una argumentación no reside en la adhesión de un auditorio específico, expresión de una situación determinada, sino más bien sólo en la *adhesión del auditorio universal*.

Perelman no obstante —como señala Alexy<sup>23</sup>— es ambiguo respecto a la composición de este auditorio. En un primer momento en su *Traité de l'argumentation* de 1958 afirma que la universalidad del auditorio se refiere sólo a la de una cierta comunidad o cultura histórica y depende de las representaciones psicológicas del orador. Posteriormente el estudioso belga parece sostener por el contrario que el auditorio universal está compuesto por todos los seres racionales, por todos los seres humanos, y casi prácticamente *por todos*<sup>24</sup>.

Igualmente, mientras que en el tratado de 1958 sostenía que era la persuasión (del auditorio) el criterio de la racionalidad de la argumentación, en obras posteriores ha distinguido netamente entre *persuasión* y *convencimiento*. Sería ahora el convencimiento, no la persuasión, el criterio de la racionalidad argumentativa. En esta última perspectiva no toda argumentación *eficaz* (que

<sup>21</sup> CH. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris 1976, p. 105. Vid. L. GIANFORMAGGIO, «La nuova retorica de Perelman», en *Discorso e retorica*, ed. de C. Pontecorvo, Torino, 1981, pp. 110 y ss.

<sup>22</sup> CH. PERELMAN, *op. ult. cit.*, p. 107.

<sup>23</sup> Vid. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 203 y ss.

<sup>24</sup> A nadie se le puede escapar la proximidad de la idea de «auditorio universal» con aquella otra de Peirce de una «comunidad sin límites definidos y capaz de un indefinido incremento de conocimientos» (C. S. PEIRCE, *Collected Papers*, ed. de Ch. Hartshorne y P. Weiss, vol. 5, Cambridge Mass., 1931-1938, p. 311).

persuade un cierto auditorio local) es también *válida* (convence al auditorio universal). «Se dirá entonces que se apela a la razón, utilizando argumentos convincentes, que deberían ser aceptados por todo ser dotado de capacidad de razonar»<sup>25</sup>. Sin embargo más adelante Perelman añade que el auditorio se define «principalmente como el conjunto de aquellos a los que se dirige el esfuerzo de persuasión»<sup>26</sup>. Éste por tanto se puede dirigir a distintos auditorios. El universal es el auditorio únicamente del filósofo; el jurista por el contrario se referirá a un contexto concreto y a una cierta comunidad social<sup>27</sup>.

Perelman también ha negado que el modelo argumentativo diseñado por él sea necesariamente monológico. La «nueva retórica» que él propone no excluiría entonces la argumentación *dialógica*, y por tanto el intercambio de los roles entre orador y auditorio, y una concepción de la imparcialidad y de la justicia formal basada ya no sólo en la generalidad o universalidad de los enunciados del orador sino también en la posibilidad por parte del auditorio de exigirle las razones al orador y por consiguiente transformarse de mero receptor pasivo del mensaje en activo participante en un discurso<sup>28</sup>.

II.2. La obra pionera de Viehweg y Perelman ha sido seguida por recientes reconstrucciones y propuestas de modelos de razonamiento jurídico. Estas últimas se caracterizan respecto a aquellas dos primeras tentativas por una mayor confianza en los medios de la lógica formal o bien por una menor sospecha respecto la razón teórica. Mientras en Perelman y en Viehweg se advierte en ocasiones un cierto *pathos* antirracionalista<sup>29</sup>, éste ya no es el caso de las principales teorías contemporáneas del razonamiento jurídico, tanto de las de MacCormick y Alexy, como de la de Ronald Dworkin, ciertamente más formalistas las dos primeras, más «comunitarista» o, si se quiere, antiformalista la última.

Tras el modelo silogístico de razonamiento jurídico se encuentra en general —sostiene MacCormick— la *validity thesis*. Esta es enunciada por el es-

<sup>25</sup> CH. PERELMAN, *op. ult. cit.*, p. 107.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>27</sup> *Vid. ibidem*, p. 123.

<sup>28</sup> *Vid.* CH. PERELMAN, «Cinq leçons sur la justice», en IDEM, *Droit, morale et philosophie*, Paris, 1968, p. 54.

<sup>29</sup> Por ejemplo cuando Viehweg excluye que la tópica tenga algo que compartir con el modelo silogístico y en general con las deducciones de carácter lógico-formal: «Der Topik ist eine von der Rhetorik entwickelte Techne des Problemendens. Sie entfaltet ein geistiges Gefüge, das sich bis in Einzelheiten hinien eindeutig von einem deduktiv-systematischen unterscheidet» (TH. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5.ª ed., cit., p. 14).

tudioso escocés de la siguiente manera: «Legal systems have criteria, sustained by “acceptance” in the society, satisfaction of which is at least presumptively sufficient for the existence of a rule as a “valid system” of the system»<sup>30</sup>. Estos criterios corresponden en buena medida a lo que H. L. A. Hart llama «norma de reconocimiento», una norma que precisamente nos suministra los criterios con los que «reconocemos» las otras normas como parte de un determinado ordenamiento jurídico y por tanto como *válidas*. Sin embargo también la «norma de reconocimiento» debe ser «reconocida», en un sentido diferente a aquel en el que puede decirse que se reconocen como válidas todas las otras normas: ella por tanto, para ser «reconocida» como tal, debe ante todo ser efectiva, observada y aplicada de hecho. Ello no obstante es suficiente sólo desde un punto de vista meramente externo, por ejemplo el de un etnólogo que estudie las normas de una cierta comunidad y quiera ofrecer una imagen de ella. Desde el punto de vista interno, el del que opera dentro de un ordenamiento jurídico del que determinada norma es la «norma de reconocimiento», la confirmación o el «reconocimiento» de que es «reconocida», es decir, practicada y observada como «norma de reconocimiento», no basta. Como esta norma debe *justificar* otras normas y en definitiva *conductas*, ella debe poder poseer un carácter normativo que le permita justificar enunciados de deber ser: debe por tanto ser *legítima*.

Para ello la «norma de reconocimiento» —continúa MacCormick— debe pasar el test de razones como: i) es bueno que las decisiones judiciales sean previsibles, y por tanto adopten criterios objetivamente o intersubjetivamente reconocibles (por tanto la «norma de reconocimiento»); ii) es bueno que los jueces se limiten a aplicar el Derecho y no a producirlo (a legislar), de manera que se obtenga a través de la división de poderes mayores garantías para las libertades públicas y privadas. Ahora bien, la presencia de una norma de reconocimiento, como criterio público, permite distinguir entre la ley y la aplicación de ésta. De hecho, si la ley no fuera objetivamente reconocible y dependiera por tanto de la mera interpretación de quien la aplica<sup>31</sup>, se disolvería la distinción entre la norma y su aplicación y también en consecuencia entre legislación (producción de normas) y jurisdicción (aplicación de normas). (Además de —podría añadirse— la misma razón de ser de las normas: ¿para qué serviría una norma, si su significado se redujera en cualquier caso al concreto acto de

<sup>30</sup> N. MACCORMICK, *Legal Theory and Legal Reasoning*, Oxford, 1978, p. 62.

<sup>31</sup> Tesis ésta que en Italia ha sido brillantemente defendida por Giovanni Tarello. Léase G. TARELLO, «Il “problema dell’interpretazione”: una formulazione ambigua», en *IDEM Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, pp. 389 y ss.

aplicación?). Sólo si las normas (y sus significados) preexisten a la aplicación, puede ésta distinguirse de la producción de las normas mismas y ser controlable con referencia a estas, y pueden las normas mantener su función ( si no única, principal), de orientar la conducta humana.

Una ulterior razón con la cual someter a crítica la «norma de reconocimiento», sería la siguiente: iii) el ordenamiento constitucional, del que la «norma de reconocimiento es expresión», es un orden justo y por tanto es observado (junto a la norma en cuestión). La justificación deductiva (a partir de una determinada norma asumida como «válida») tiene así lugar en el cuadro de la legitimidad de un cierto orden institucional. Éste —para MacCormick— es un primer límite fundamental del modelo silogístico: el de estar obligado a tomar como punto de partida algún postulado de carácter político-normativo. Lo cual ocurre siempre, en todo ordenamiento jurídico y para cualquier sistema político.

Pero en su opinión existen otros dos límites que se presentan en particular en los casos difíciles. El primero es el de la «interpretación», el segundo es el de la «relevancia». Las normas se expresan por medio de enunciados lingüísticos, es decir, para ser comunicadas y recibidas, son formuladas mediante expresiones lingüísticas. El lenguaje sin embargo es a menudo vago y ambiguo: por tanto, para extraer un significado, debe ser «interpretado». A través del silogismo únicamente, que no es otra cosa que la deducción de una conclusión de una premisa mayor en conjunción con una premisa menor, allí donde se trate de un silogismo normativo (que parta por tanto de una norma como premisa mayor)<sup>32</sup>, no se está en condiciones ni de producir ni de interpretar las normas (las premisas mayores). A la producción de normas se refiere la *validity thesis*, con el consiguiente reenvío a la regla de reconocimiento. Para la interpretación de la norma, puesto que el lenguaje es sin embargo *open-textured*, es necesario recurrir a criterios hermenéuticos externos al modelo justificativo deductivo. Ya que la estructura lógica de una norma es reconducible al esquema «si p, entonces q», y que el problema de la interpretación es el de responder a la pregunta «¿qué significa p: p', p'' o

---

<sup>32</sup> Hay también quien niega la posibilidad del silogismo normativo, excluyendo la aplicabilidad de la lógica a normas. Éste es —como es sabido— el caso del «último Kelsen» (*vid.* H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1978). Desde esta perspectiva se está obligado a negar también la posibilidad misma del razonamiento jurídico, y por tanto a sostener tesis radicalmente irracionalistas y decisionistas. Tras la decisión judicial existirían —desde esta óptica— no razones, sino *móviles*, causas sociológicas, psicológicas, o incluso fisiológicas (una mala digestión, por ejemplo) que determinarían de modo irreflexivo la conducta del juez.

incluso p''?», el problema de la «relevancia» es el de saber si la norma «si p, entonces q» se aplica, es relevante en ese caso, en el estado actual de cosas. En este caso —continúa MacCormick— nos podemos plantear la cuestión: «Does the law in any way justify a decision in favour of this party against that party in this context?»<sup>33</sup>.

En los casos difíciles originados por problemas de interpretación y de relevancia un primer criterio directivo es el de la *justicia formal*, por el cual hay que tratar los casos iguales de manera igual y por lo tanto en la decisión de un caso hay que orientarse por un criterio general o universal o universalizable. «Any justification of a decision in such areas of dispute must involve the making of a “ruling” which is (in the strict logical sense) “universal”, or “generic”, even though the parties’ own dispute and its facts are irreducibly individual and particular, as must be the order or orders issued to them in termination of the dispute»<sup>34</sup>. Pero estos *rulings*, estas reglas generales o universales, mediante las cuales se justifica la decisión del caso difícil, son a su vez justificadas. Se pasa entonces a lo que el profesor escocés llama *second-order justification*, justificación de segundo grado. «Second order justification must therefore involve justifying choices; choices between rival possible rulings. And these are choices to be made within the specific context of a functioning legal system; that context imposes some obvious constraints on the process»<sup>35</sup>.

Los criterios directivos de una «justificación de segundo grado» son fundamentalmente: i) «producir sentido en el mundo sensible», y ii) «producir sentido en el sistema jurídico determinado»<sup>36</sup>, es decir, los principios jurídicos deben ser compatibles en este nivel con el conocimiento de las estructuras del mundo empírico y resultar coherentes con el conjunto de principios, normas, valores, que constituyen aquel determinado ordenamiento jurídico. En particular el «producir sentido en el mundo» reenvía a las *consecuencias* que las reglas tienen sobre la realidad. Las reglas activas en el «segundo nivel» deben por tanto ser evaluadas por sus consecuencias.

Por lo que concierne al «producir sentido en el sistema jurídico», esto quiere decir que los criterios concretos: i) deben resultar lógicamente compatibles (o no contradictorios) con las normas válidas del sistema, y ii) deben resultar «coherentes» o «congruentes» con los principios generales y los valores

<sup>33</sup> N. MACCORMICK, *op. ult. cit.*, p. 69.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 103.

del sistema jurídico en cuestión. «Coherencia» o «congruencia», «coherence», significa aquí que las diversas reglas de un sistema jurídico deben «producir sentido» consideradas en su conjunto<sup>37</sup>. Ello es posible, por lo que se refiere a determinados y concretos conjuntos de normas, gracias a reglas de carácter aún más general (los «principios») de las que las normas en cuestión puede considerarse que representan una emanación. Un principio es por tanto la racionalización de una norma concreta. Los principios desarrollan así una doble función: de justificación y de explicación. De «justificación», ya que una norma puede ser subsumida bajo un principio P valorado como positivo o bueno, de modo que la norma N pueda en consecuencia ser también ella valorada como positiva o buena. De «explicación», ya que si se duda sobre el significado propio de la norma N, y su capacidad de ser subsumida bajo el principio P ofrece la clave de la comprensión del sentido de la norma; una aplicación de tal modo de proceder es la ofrecida por la *analogía*, procedimiento harto común en el razonamiento jurídico.

Neil MacCormick reconstruye en definitiva la teoría del razonamiento jurídico a partir de la idea de justicia formal. Quien eleva una pretensión jurídica respecto a ciertas circunstancias —dice MacCormick— y afirma que dicha pretensión es legítima, afirma también implícitamente la tesis según la cual aquella pretensión determinada es legítima en cualquier otra circunstancia, similar a aquella que da origen a su pretensión.

El principio de justicia formal, por el que aquello que es igual (en los aspectos esenciales) debe ser tratado igual, sería para el estudioso escocés el *Grundprinzip*, el principio fundamental del razonamiento jurídico. Este principio actuaría en dos direcciones. Por una parte sería presupuesto por quien defiende una pretensión jurídica, por quien reivindica un determinado derecho, por ejemplo; por otra, el principio de justicia formal conduciría, en el razonamiento jurídico, a un principio de entidad aun más general: el principio de universalizabilidad.

Una decisión jurídica será correcta —desde este punto de vista— sólo si es susceptible de ser universalizada, es decir, si puede ser aplicada de una manera coherente a casos similares también en casos similares. En ese sentido toda decisión jurídica, también allí donde se trate de cuestiones de hecho, versa sobre una cuestión de derecho. El criterio de la «coherencia» no excluye ob-

---

<sup>37</sup> Vid. también N. MACCORMICK, «La congruenza nella giustificazione giuridica», en N. MACCORMICK y O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, ed. de M. La Torre, Milano, 1990, pp. 335 y ss.



viamente la posibilidad de una justificación deductiva de la decisión jurídica. MacCormick no cuestiona por ello lo que se ha llamado anteriormente el «modelo silogístico». Intenta sólo integrarlo, completarlo y perfeccionarlo.

Debe precisarse también que la capacidad de una decisión de ser universalizable aquí representa sólo un condición *necesaria* pero no suficiente de la corrección de la decisión. Más allá del principio de la universalidad es necesario recurrir a consideraciones consecuencialistas, en torno a la aceptabilidad de la decisión misma, es decir, a sus consecuencias prácticas para las partes. Para MacCormick, no obstante, universalizabilidad y consecuencialismo se combinan: una decisión aceptable únicamente para las partes en cuestión, pero no para todas las otras que podrían encontrarse en la misma situación, es decir, una decisión aceptable para las partes en cuestión pero incoherente con el ordenamiento jurídico, sería —para el estudioso escocés— rechazable<sup>38</sup>.

II.3. Ronald Dworkin distingue tres concepciones principales del derecho. Las primeras dos son las que él denomina «convencionalismo» y «pragmatismo». El convencionalismo es el equivalente grosso modo de lo que Raz llama *source theory*<sup>39</sup>. La idea fundamental aquí es qué sean las convenciones sociales que determinan de una vez por todas lo que es derecho, que los jueces deben por tanto sólo «redescubrir». Sin embargo el «convencionalista» de Dworkin reconoce que sus convenciones no son completas, de manera que en determinados «casos difíciles» el juez, para decidir, no puede recurrir a ninguna «fuente» y debe basarse en una elección discrecional<sup>40</sup>. El «convencionalismo» es por tanto una variante decisionista de la *source theory*, y reproduce con bastante fidelidad la imagen del positivismo jurídico «reformado» propuesto por Hans Kelsen y H. L. A. Hart. Para ambos, en realidad, el juez no es un mero aplicador de normas, más bien tiene importantes poderes de producción normativa.

El pragmatismo es por el contrario una concepción instrumentalista del derecho, considerado sólo precisamente como instrumento para ciertos fines, más allá de toda fidelidad a textos, formas y procedimientos. Lo que importa

<sup>38</sup> El de MacCormick es por tanto, más que un «consecuencialismo del acto», un «consecuencialismo de la regla»: véase N. MACCORMICK, «On Legal Decisions and Their Consequences: From Deway to Dworkin», en *New York University Law Review*, vol. 58 (1983), pp. 240 y ss.

<sup>39</sup> Para un uso similar del término «convencionalismo», léase L. STRAUSS, «On Natural Law», ahora en IDEM, *Studies in Platonic Political Philosophy*, a cargo de T. Pangl, Chicago, 1983.

<sup>40</sup> Vid. R. DWORKIN, *Law's Empire*, 2.ª ed., cit., pp. 114-117.

aquí es una determinada «política», una *policy*, un fin a alcanzar, respecto al cual el medio jurídico se demuestra particularmente apropiado y al cual puede adecuarse. Mientras el convencionalismo se orientaría hacia las decisiones tomadas en el pasado, e intenta reproducirlas en general, el pragmatismo no tiene estas preocupaciones de continuidad histórica, por el contrario mira hacia adelante, a los fines a elegir. Utilizando una vieja terminología de Niklas Luhmann, podemos decir que el «convencionalismo» representa o es animado por un «programa condicional», plantea por tanto las condiciones para determinadas conductas, y que el «pragmatismo» es un «programa de fines», fija los objetivos a perseguir por la actividad jurídica prescindiendo de condiciones constitutivas o regulativas. Para explicar la diferencia del pragmatismo respecto al convencionalismo Dworkin se sirve de la figura del derecho subjetivo. Mientras que para el convencionalismo, que es una teoría no escéptica, existen derechos que el sujeto puede reclamar remitiéndose a los textos legales y a los precedentes judiciales, «pragmatism, on the contrary, denies that people ever have legal rights; it takes the bracing view that they are never entitled to what would otherwise be worse for the community just because some legislature said so or a long string of judges decided»<sup>41</sup>. Según el «pragmático», normas y derechos están solo al servicio —por así decirlo— de un futuro mejor; como tales no tienen una fuerza y un valor propios.

A estas dos concepciones, consideradas insatisfactorias sobre todo porque no toman bastante en serio normas y derechos confiando en el decisionismo judicial, Dworkin contrapone la concepción del derecho como *integrity*. Esta afirma que el derecho es sustancialmente una práctica interpretativa dirigida por los principios fundamentales de una determinada comunidad y lista para construir a partir de éstos la «mejor teoría posible». La *integrity* —entiéndase— no es la *tradición* de un determinado orden jurídico, sino su *contenido normativo fuerte* (político y moral): es un principio sincrónico, no diacrónico «It insists that the law [...] contains not only the narrow explicit content of these decisions, but also, more broadly, the scheme of principles necessary to justify them»<sup>42</sup>.

Ahora bien, la «integridad» tiene un contenido específico: es suministrado por tres principios: *fairness*, *justice* y *due process of law*<sup>43</sup>. *Fairness* es aquel procedimiento que permite distribuir el poder político de la manera más

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>43</sup> *Vid. ibidem*, p. 243.

justa. *Justice* tiene que ver no tanto con los procedimientos cuanto con los resultados de las decisiones políticas. Es básicamente un criterio de redistribución de bienes y derechos. *Due process* es un procedimiento para valorar cuando un sujeto ha violado las leyes establecidas por las decisiones políticas<sup>44</sup>.

Una vez asumido el concepto de derecho como *integrity*, Dworkin extrae de él tres consecuencias, esto es: a) que el derecho es una práctica interpretativa (reconstructiva), b) que esta práctica está dirigida por los principios y c) que esta práctica mira —en cuanto que práctica normativa, *principled*— a la «única respuesta correcta», es decir, a la justificación de sus elecciones, y por tanto a la afirmación de sus elecciones como «justificadas». Del concepto de *integrity* Dworkin extrae además algunos criterios interpretativos que deberían guiar la acción del juez. El primero y fundamental es claramente el de «la mejor teoría posible» implícito en el punto de vista normativo. El estudioso americano identifica preliminarmente también tres momentos de toda práctica interpretativa. i) Existe un primer momento *preinterpretativo*, en el cual se identifican (presumiéndolos mediante especies de «prejuicios» de origen comunitario) las reglas y los criterios a los que recurrir para la identificación de una determinada práctica. ii) Existe después un momento *interpretativo* en sentido estricto, en el que se presentan las razones por las que una cierta práctica es considerada de una determinada manera, es decir, le son adscritos ciertos significados. iii) Existe en fin un momento *postinterpretativo*, en el que la praxis interpretativa es reconsiderada a la luz de las razones planteadas en el momento interpretativo. La interpretación de esta manera desemboca en una especie de «reforma», aunque sea mínima e imperceptible, del objeto interpretado<sup>45</sup>. La teoría de la *interpretación* se convierte por tanto eminentemente en teoría de la *argumentación*.

Si se parte de una concepción del derecho como «*integrity*», el momento central de la actividad del juez es el interpretativo. A este nivel es necesario distinguir dos momentos ulteriores de las operaciones argumentativas del juez: el del *fit* y el de la *justification*. El criterio del *fit* nos permite llevar a cabo una primera selección entre las interpretaciones disponibles: deberán aceptarse sólo aquellas que dan cuenta del, o bien son coherentes con el, *fit*, el conjunto de las normas, de los principios y de los valores que componen un determinado ordenamiento. No obstante, ya que las mallas de esta primera criba son aún bas-

<sup>44</sup> Vid. *ibidem*, pp. 164-165.

<sup>45</sup> Vid. *ibidem*, pp. 65-67.

tante amplias, es probable que más de una interpretación, entre aquellas disponibles, supere el test del *fit*. Se deberá entonces proceder a una selección ulterior: la de la *justification*<sup>46</sup>. La justificación será distinta en función del ámbito jurídico relevante y dependiendo del sistema jurídico considerado. Será diferente así según se trate de *common law* o de interpretación de la ley. En este último caso —que es el que nos interesa a nosotros, juristas continentales— los criterios justificativos señalados por Dworkin son tres: *fairness*, *textual integrity*, *legislative history*<sup>47</sup>. *Fairness* puede entenderse aquí como una especie de criterio de «razonabilidad» o de «constitucionalidad», el de *textual integrity* corresponde a nuestra interpretación gramatical o sistemática, la *legislative history* reproduce el criterio del recurso a la voluntad del legislador.

La exigencia de seguridad jurídica —como se observa— no es en absoluto ignorada por Dworkin, a pesar de lo que digan muchos de sus críticos. Se podría más bien sostener que el estudioso americano está obsesionado por el tema, hasta el punto de ofrecer un auténtico catálogo de reglas de la argumentación jurídica. Lo cual se confirma por el interés que representa el motivo conductor de toda su obra: el rechazo de la sentencia del juez como decisión discrecional.

Desde el punto de la vista de la teoría del derecho para Dworkin la cuestión central respecto a las decisiones de un juez no es la de saber si éstas son «jurídicas», es decir, decisiones de un juez en el ejercicio de sus funciones, sino la de saber si tales decisiones son *correctas*. De la misma manera —puede añadirse— que desde el punto de vista de la epistemología la cuestión central respecto a los enunciados lingüísticos que se vierten sobre un determinado estado de cosas no es la de saber si éstos son «lingüísticos», sino si son *verdaderos*. Lo cual obviamente no resta relevancia a la cuestión preliminar de la identificación de un determinado evento como decisión de un juez (o como enunciado lingüístico), para la solución de la cual los criterios identificativos de una metodología empirista y iuspositivista (el recurso en particular a una «norma de reconocimiento») pueden resultar muy útiles<sup>48</sup>.

Replicar por tanto a quien afirma que las decisiones jurídicas representan un caso particular de deliberación práctica, que las decisiones jurídicas

<sup>46</sup> Vid. *ibidem*, pp. 255-256.

<sup>47</sup> Vid. *ibidem*, pp. 348 y ss.

<sup>48</sup> Es únicamente ésta, la función metodológica, o gnoseológica, la que permanece en un positivismo no ideologizante (que no afirme aquello de que la ley es como tal siempre merecedora de obediencia y que no identifique *tout court* Estado y derecho). Sobre el positivismo jurídico como «teoría», «ideología» o «metodología», reenvío a la clásica contribución de N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1966, pp. 101 y ss.

son «jurídicas» y por tanto distintas de los otros tipos de deliberación práctica (en particular de la moral) y que las decisiones del juez Hércules (el juez ideal en la perspectiva de Dworkin) son tan «jurídicas» como las del último pretor<sup>49</sup>, equivale a mantener una tesis que el teórico del «caso particular» no pretende de hecho contestar. Las decisiones jurídicas —en opinión de este último— no se dejan reducir a decisiones específicamente morales, en cuanto que representan también ellas una especificación, pero de diferente tipo, de la deliberación práctica. Por otro lado lo que está en juego aquí (en la atribución a las decisiones jurídicas de la cualidad de «caso particular» de la deliberación práctica) no es la cualificación descriptiva de un evento (la decisión en cuestión) y por tanto su «juridicidad», sino más bien la cualificación normativa de aquel evento (la «adecuación» de una decisión), la única en poder justificar una conclusión normativa (el dispositivo de la sentencia judicial).

La teoría argumentativa e interpretativa desarrollada por Ronald Dworkin parecería a primera vista muy lejana de la teoría de MacCormick. Mientras que MacCormick es iuspositivista y (moderadamente) nocognoscitivista, Dworkin se presenta en opinión de muchos como un renovador de una especie de iusnaturalismo más o menos sociologizante. Mientras Dworkin defiende la idea de la «única respuesta correcta», MacCormick no renuncia a la tesis hartiana de la discrecionalidad de la decisión judicial<sup>50</sup>, contestada vivamente por el estudioso americano<sup>51</sup>.

No obstante, si se observa bien, Dworkin y MacCormick están mucho más próximos de lo que pudiera parecer. Para Dworkin —como se acaba de señalar— existen tres criterios principales directivos de la corrección y adecuación de la decisión jurídica.

i) Sobre todo ésta debe mirar a situar en la «mejor perspectiva» posible una determinada norma. Si se aplica una norma, se la aplica, desde el punto de vista de quien la aplica, en la mejor forma posible. Del mismo modo, si se representa una obra de teatro, se la interpreta —desde el punto de vista del actor— según la que es probablemente la mejor interpretación posible. De la misma manera que sería pragmáticamente contradictorio tocar una pieza de Mozart, y tocarla de una manera intencionalmente mala, así es contradictorio

<sup>49</sup> Vid. por ejemplo, F. J. LAPORTA, «Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo», en *Historia de la ética*, vol. 3, *La ética contemporánea*, ed. por V. Camps, Barcelona, 1989, pp. 253-254.

<sup>50</sup> Vid. H. L. A. HART, *The concept of Law*, Oxford, 1961, pp. 121 y ss., 138 y ss.

<sup>51</sup> Véase R. DWORKIN, *Talking rights seriously*, 2.ª ed, 6.ª reimpr., London. 1991, pp. 14 y ss., 46 y ss.

—para Dworkin— aplicar una disposición jurídica según un significado que no sea el mejor posible.

ii) El juez además debe seguir otros dos criterios, el llamado de la *integrity* y el llamado del *fit* (o de la «coherencia»). El criterio del *fit* es aquel por el que un juez tiene la obligación —como él dice— de interpretar la historia jurídica que se encuentra ya narrada, no de inventar una historia distinta, aunque sea mejor. La decisión así debe ser coherente con el ordenamiento jurídico vigente; debe —por así decirlo— constituir otro eslabón de una cadena narrativa ya existente, y por tanto desarrollar dicha cadena en una dirección que se adapte a (*fits*) a la de la narración, es decir por el conjunto de sentencias y decisiones jurídicas anteriores.

iii) Pero la decisión también debe atender al criterio de la *integrity*. Ésta no es tanto la coherencia histórica del ordenamiento jurídico, cuanto representa el contenido de justicia formal de la decisión. Una decisión satisface el criterio de la *integrity*, si satisface el principio por el que los casos iguales son tratados de manera igual. *Integrity* en definitiva equivale a universalizabilidad<sup>52</sup>. Pero *fit* como coherencia e *integrity* como universalizabilidad son los criterios sobre los cuales —como se ha visto— también MacCormick construye su propuesta.

Por otra parte la tesis de la *única respuesta justa* no significa para Dworkin, al menos para el último Dworkin, que para todo caso exista una única posible decisión justa. Significa por el contrario que para quien toma una decisión judicial ésta representa la única respuesta correcta para el caso en cuestión<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Vid. al respecto cuanto escribe Klaus Günther: «Das Prinzip der integrity muß jedoch nicht zwangsläufig am gegebenen Kontext einer politischen Moral seine Grenze finden. Das Recht auf equal respect and concern, als dessen Verkörperung Dworkin integrity einführt, weist nämlich einen universalistischen Gehalt auf» (K. GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt am Main 1988, p. 351).

<sup>53</sup> Quien asume el punto de vista normativo, afirmando la validez de una determinada afirmación, sea ésta «teórica» o «práctica», implica por ello mismo que ésta *rebus sic stantibus*, por tanto en el estado de conocimientos posibles, sea la mejor posible, y por tanto que esa represente la única respuesta correcta, *the one right answer* (con la salvedad obviamente de las revisiones debidas al incremento de los conocimientos relevantes para el caso en examen y de la valoración de argumentos hasta ese momento ni conocidos por nadie ni adoptados por nadie). Ello es señalado muy correctamente y con énfasis por Immanuel Kant, que extiende el punto de vista normativo a toda la filosofía: «Wenn also jemand ein System der Philosophie als sein eigenes Fabrikat ankündigt, so ist es eben so viel, als ob er sagte: “vor dieser Philosophie sei gar keine andere noch gewesen”. Denn wollte er einräumen, es wäre eine andere (und wahre) gewesen, so würde es über dieselben Gegenstände zweierlei wahre Philosophie gegeben haben, welches sich widerspricht» (I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Metaphysik der Sitten, Ersyter Teil*, ed. de B. Ludwig, cit., p. 7). Se equivocan todas aquellas críticas que o asumen la tesis de la “one right answer” como hipótesis descriptiva sociologizante (para la que existiría de hecho dicha solución justa) o bien reducen aquella idea a «ideal regulativo» en el sentido de una de

Ahora bien, esta tesis es bastante similar a aquella otra idea de MacCormick según la cual toda decisión jurídica versa sobre un problema de derecho, y por tanto como tal tiene una intrínseca pretensión de justicia.

II.4. Llegamos finalmente a la teoría del razonamiento jurídico de Robert Alexy. Éste —como se ha visto— desarrolla en el ámbito jurídico ideas de Jürgen Habermas. Alexy —como Habermas— parte del presupuesto de que ideas y conceptos tienen un origen discursivo. Se habla, y se piensa, sólo porque se está y se ha estado incluido en un contexto de discursos en el que tiene origen nuestra socialización. Ello no obstante trasciende las culturas concretas. La pragmática discursiva a la que se refieren Habermas y Alexy es *universal*, e independiente por tanto de contextos sociales.

Estos dos autores consideran posteriormente que pueden individualizar una serie de principios trascendentales, por tanto presupuestos implícitamente por todo participante en un discurso y, es más, por todo hablante. Todo el que pronuncia un enunciado, es decir, lleva a cabo un acto lingüístico, se dice que avanza una pretensión, o reivindica, que i) su expresión lingüística sea sincera (que corresponda por tanto a aquello que el hablante efectivamente piensa), ii) que sea correcta o «feliz» (que corresponda a las normas sociales que regulan aquel acto y sea adecuada a la situación concreta en la que es pronunciada), y en fin iii) que sea verdadera o válida (es decir que sea universalmente aceptable para los sujetos que están investidos o «interesados por el enunciado mismo») <sup>54</sup>. Pretensiones, todas éstas, que pueden verificarse y satisfacerse

---

las diversas posibles «ideologías de los jueces» (para una posición así respecto a la obra del estudioso americano, vid. por ejemplo L. PRIETO SANCHIS, «Cuatro preguntas en torno a Dworkin», en *Revista de ciencias sociales*, Universidad de Valparaíso (Chile), vol. 38 (1993), pp. 69 y ss.). Tampoco puede olvidarse que la tesis de la «única respuesta correcta» como ideal regulativo está —como demuestra Habermas— en la base de la legitimidad del orden político democrático: «Die deliberative Politik würde ihren Sinn- und der demokratische Rechtsstaat seine Legitimationsgrundlage verlieren, wenn wir als Teilnehmer an politische Diskussionen nicht andere überzeugen und von anderen lernen können. Der politische Streit würde seinen deliberativen Charakter einbüßen und zum ausschließlich strategischen Machtkampf degenerieren, wenn die beteiligten nicht auch -gewiß in dem fallibilistischen Bewußtsein, sich jederzeit irren zu können- davon ausgehen würden, das die strittigen politischen und rechtlichen Problema eine richtige Lösung finden könnten. Ohne die Orientierung am Ziel einer durch Gründe auszuweisenden Problemlösung wüßten die Teilnehmer gar nicht, wonach sie suchen sollten» (J. HABERMAS, «Replik auf Beiträge zu einen Symposium der cardozo Law School», en IDEM, *Die Einbeziehung des Anderen. Schriften zur politische Theorien*, Frankfurt am Main, 1996, pp. 325-326).

<sup>54</sup> Para una anticipación de esta tesis, vid. TH. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5.ª ed., cit., p. 118: «Wer auf eine Redesituation einlässt, übernimmt Pflichten, die wiederum dem Verständnis des praktizierenden Juristen sehr nahelegen», y en la cultura iusfilosófica italiana E. DI ROBILANT, *Sui*

sólo en el marco de situaciones discursivas. Tales pretensiones implícitas se fortalecen todavía más en el caso de las decisiones judiciales, allí donde la pretensión de corrección asume los caracteres de una verdadera y auténtica pretensión de justicia. Sería de hecho impensable, y por tanto performativamente contradictorio, que el juez añadiese en su sentencia, tras haber leído la parte dispositiva, «y ello es injusto».

Alexy contrapone su propuesta a cuatro modelos alternativos: a) el modelo de la decisión, b) el deductivo, c) el hermeneútico y d) el de la coherencia. El primero es aquel que sostiene que en realidad no existe discurso o argumentación que valga en derecho, ya que más bien la experiencia jurídica confirma una situación opuesta a la de la discusión. Es un modelo decisionista radical, cuyo paradigmático representante podría ser considerado cierto realismo jurídico americano<sup>55</sup>.

El segundo modelo es el que hemos llamado anteriormente «modelo silogístico» y sobre el cual no me parece necesario añadir nada más. El tercero es el propuesto por Gadamer y Betti: Alexy reconoce su importancia, pero considera que es demasiado complaciente consigo mismo. Todos los problemas hermeneúticos, en particular los planteados por el denominado círculo hermeneútico en sus diversas partes, pueden —en su opinión— ser resueltos mediante adecuados principios de racionalidad argumentativa. La teoría de la interpretación debe así —para Alexy— reenviar inevitablemente a una teoría de la argumentación<sup>56</sup>.

---

*principi di giustizia*, Milano, 1961: «Que un criterio admita ser “fundamentado” significa [...] que pueden adoptarse argumentos en su justificación; pero éstos están destinados a probar a todos, y sobre todo a aquellos que no están convencidos, que el criterio mismo merece aprobación, ofrecer argumentos para justificar un criterio implica, por tanto, la pretensión, al menos implícita, de su validez universal» (*trad. de F. J. A. R.*)

<sup>55</sup> El de Oliver Wendell Holmes, que subraya que «los jueces están llamados a ejercer la prerrogativa soberana de la elección» (*vid.* O. W. HOLMES, «The Theory of Legal Interpretation», en IDEM, *Collected Papers*, New York, 1952, p. 203), o bien el de Jerome Frank, que condena el principio de la «seguridad jurídica» al papel de ornamento retórico de la irracionalidad permanente de la decisión judicial cuyas motivaciones reales podrán ser incluso buscadas en los procesos digestivos, más o menos complicados, del juez (*vid.* J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, 4.<sup>a</sup> reimpr., New York, 1963, cap. XII). No obstante, el decisionismo de Jerome Frank está atenuado por la consideración de que la decisión es un hecho que escapa a la libre disposición del sujeto, que se encuentra por el contrario determinado en gran medida por procesos sobre los que la voluntad humana no tiene mucho que decir. Léanse la respecto la consideraciones críticas de N. BOBBIO, «La certezza del diritto è un mito?», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 29 (1952), pp. 146 y ss., y B. ACKERMAN, «Law and the Modern Mind by Jerome Frank», *Daedalus*, vol. 103 (1974), pp. 119 y ss.

<sup>56</sup> *Vid.* R. ALEXY, «Juristische Interpretation», en IDEM, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1995, pp. 71 y ss.



El cuarto modelo criticado por Alexy es el de la «coherencia», de la coherencia con el ordenamiento normativo. Un ordenamiento —dice el autor alemán— nunca es completo. Por tanto la coherencia no basta por sí sola. Un modelo de razonamiento jurídico centrado en la coherencia se revela necesariamente insuficiente.

La alternativa de Alexy es un modelo *procedimental*. El discurso, cualquier discurso, presupone principios de conducción del discurso mismo. (Lo cual está significativamente preanunciado por la misma tópica de Viehweg, a primera vista expresión de una *Weltanschauung* «realista», antirracionalista y antinormativista. Escribe Viehweg: «Cuando alguien habla, debe poder justificar su discurso»<sup>57</sup>). Se trata entonces —para Alexy— de hacer explícito lo que está implícito, y de universalizarlo. La universalización es a su vez un presupuesto trascendental (implícito) del discurso sobre normas, valores y principios.

Afirmar que algo (una conducta) es justo, o que A es una norma válida, implica una pretensión de validez o corrección de la afirmación, y por tanto la tesis antiescéptica de que *existe* una «respuesta correcta». (Lo cual es afirmado por Dworkin en términos análogos: «So there is no important difference in philosophical category or standing between the statement that slavery is wrong and the statement that there is a right answer to the question of slavery, namely that it is wrong. I cannot intelligibly hold the first opinion as a moral opinion without also holding the second»<sup>58</sup>). La idea de la pretensión de validez —continúa Alexy— a su vez contiene la idea de ser universalmente válida para todos los casos similares a aquel en cuestión. No obstante, para que esta pretensión de validez y de universalidad sea legítima deben satisfacerse los principios que pueden recabarse de la naturaleza normativa —procedimental— de nuestros discursos prácticos.

Las reglas del discurso práctico para Alexy son de dos tipos principales: a) son *reglas sobre las estructuras de los argumentos* (por ejemplo, el uso coherente de los predicados, o la claridad lingüística), o bien son b) *reglas sobre los procedimientos empleados por el discurso* (por ejemplo la regla por la que cualquier hablante puede tomar parte en un discurso). Para el estudioso alemán el discurso práctico se distingue del jurídico por el hecho de que este último está vinculado por ciertas limitaciones sustanciales: por ejemplo el discurso jurídico, a diferencia del práctico, no puede llegar hasta el infinito, tiene por el contrario precisos límites temporales. Sin embargo, con algún ajuste y

<sup>57</sup> TH. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5.ª ed., cit., p. 119.

<sup>58</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 82.

con algún añadido el discurso jurídico según Alexy representa un caso particular del discurso práctico<sup>59</sup>.

### III

Llego por tanto a la parte final de estas consideraciones, la dedicada al impacto o a la influencia de las teorías del razonamiento jurídico sobre cuestiones específicas de la filosofía del derecho. Una primera influencia es de carácter metodológico. Las teorías del razonamiento y de la argumentación contribuyen a hacer más argumentativa la filosofía del derecho misma, a enriquecer la dialéctica, haciendo de esta última materia de reflexión expresa. La teoría del derecho se convierte así en el prólogo silencioso de toda controversia judicial.

Pero yo observo otras influencias sobre dos de los temas más clásicos, del estudio filosófico del derecho. i) El primero de éstos es el concepto mismo de derecho. Las teorías del razonamiento jurídico, desde el momento en que sacan a la luz aspectos determinantes para la decisión judicial que son externos a la ley, ponen en crisis el concepto formalista y iuspositivista (estatalista) de derecho. Se abren a una noción más amplia y liberal, más pluralista, de la experiencia jurídica. Se podrá entonces afirmar tranquilamente —como hace Guido Calabresi— que «convicciones, ideales y modos de pensar son parte integrante de nuestro derecho»<sup>60</sup>. Se afirma aquello que Robert Alexy denomina «modelo de tres planos», un *Regel/Prinzipien/ProzedurModell*<sup>61</sup>, una imagen del derecho ya no obsesivamente dominada por la idea de regla, de norma y en la cual por el contrario los principios asumen una función central,

<sup>59</sup> Vid. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 263 y ss. y pp. 426 y ss. Recuérdese que esta es también la opinión de Neil MacCormick (vid. N. MACCORMICK, *Legal Theory and Legal Reasoning*, cit., pp. 263 y ss.), mientras que Jürgen Habermas se ha declarado recientemente contrario a ella (vid. J. HABERMAS, *Replik auf Beiträge zu einer Symposion der cardozo Law School*, cit., pp. 366 y ss., e IDEM, *Faktizität un Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992, pp. 283 y ss.), asumiendo así las tesis de Klaus Günther (vid. K. GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., pp. 309 y ss., y especialmente IDEM, «Critical Remarks on Robert Alexy's "Special case Thesis"», *Ratio Juris*, vol. 6 (1993), pp. 143 y ss., en relación con la cual se puede leer la rápida réplica de R. ALEXY, «Justification and Application of Norms», *Ratio Juris*, vol. 6 (1993), pp. 157 y ss.).

<sup>60</sup> G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, trad. it de C. Rodotà, Milano 1996, p. 147.

<sup>61</sup> Vid. por ejemplo, R. ALEXY, «Rechtssystem un praktische Vernunft», en *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., pp. 23 y ss.

que Alexy define como «preceptos de optimización» de los valores expresados por éstos<sup>62</sup>.

ii) Estas teorías, en cuanto consideran que la decisión es el resultado de criterios de corrección no jurídicos (no localizables en textos legales) pero justificados por prácticas normativas más generales o más fuertes (como el *discurso ideal* de Alexy y Habermas), terminan por reenviar a criterios vagamente morales. Se atenúa de esta manera la zanja entre derecho y moral excavada por el positivismo jurídico moderno. Se subraya a propósito que la reconciliación entre derecho y moral tiene sentido sólo allí donde se considere que esta última no sea una cuestión de mera decisión o puro sinsentido, sino resultado y objeto de deliberaciones basadas en razones intersubjetivamente válidas, por tanto racionalmente reconstruibles, y por tanto en cierta (razonable) medida objetivamente verificables. Reenviando a la moral, y alimentando un concepto no escéptico de ésta, las teorías del razonamiento jurídico (como las de Dworkin y Alexy) terminan por afirmar una verdad (en tanto que modesta, provisional, revisable, reformable) también en el ámbito del derecho. La injusticia extrema —como se encuentra en la «fórmula» de Radbruch<sup>63</sup>— adoptada por Ralf Dreier<sup>64</sup>, por Alexy<sup>65</sup> y por la jurisprudencia alemana<sup>66</sup> es dirimente respecto a la cuestión de la legalidad de una disposición formalmente jurídica. Se llega así al convencimiento de que un derecho sin verdad (sin razonabilidad) deja de ser derecho y se convierte en arbitrio, en (irrazonable) poder, en weberiana potencia, *Macht*<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> Vid. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, pp. 71 y ss. Es interesante recordar que Habermas, del que el pensamiento de Alexy es deudor en gran medida, es obstinadamente contrario a una semejante reconstrucción del concepto de principio, desde el momento que le parece que abre la puerta a un instrumentalización economicista de la institución del derecho y es demasiado generosa con la exigencia de coordinación de los derechos (expresados por normas de principios) con la consecuencia de hacer todo derecho fundamental compensable y derogable por consideraciones de otro tipo (por ejemplo, por valoraciones del bien público). Léase a este respecto J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 255.

<sup>63</sup> Léase G. RADBRUCH, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», en IDEM, *Rechtsphilosophie*, 8.ª ed., Stuttgart, 1973, p. 345: «Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß Gesetz als "unrichtiges Recht" der Gerechtigkeit zu weichen hat».

<sup>64</sup> Vid. R. DREIER, «Der Begriff des Rechts», en IDEM, *Recht, Staat, Vernunft*, Frankfurt am Main 1991, p. 99.

<sup>65</sup> Vid. R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg, 1992, pp. 52 y ss.

<sup>66</sup> Vid., por ejemplo, *BVerfGE* 23 98 (106).

<sup>67</sup> Puede invertirse entonces el reproche formulado por el iuspositivista (vid. por ejemplo A. Pintore, *Il diritto senza verità*, Torino, 1996) a la tesis de la verdad en ética y en derecho por la que esta última favorecería intolerancia y autoritarismo.

Ocurre así, en particular, que en una perspectiva que privilegia el elemento discursivo o comunicativo sobre el decisonal o instrumental el mismo concepto de derecho pierde buena parte de sus rasgos más truculentos de ordenamiento coercitivo. La violencia se esfuma del cuadro de los caracteres esenciales del fenómeno jurídico, y se afirman nítidos los rasgos más humanos de los *derechos*. No es por consiguiente tanto el *monopolio* cuanto la *domesticación* de la violencia lo que se impone con la forma Estado.

Las teorías del razonamiento jurídico contribuyen a cambiar nuestra percepción del *Estado de derecho*. Éste ya no será el Estado en el que jueces y administración están *sólo* sometidos a la ley sino también y sobre todo aquel en el que jurisdicción y administración están regidas por procedimientos suficientes como para satisfacer exigentes principios de corrección argumentativa. Una vez que el derecho es concebido como práctica argumentativa, el Estado de derecho será la forma política que mejor refleja u ofrece un mayor espacio a una práctica semejante<sup>68</sup>.

Ronald Dworkin contesta de manera explícita la concepción dominante del Estado de derecho, aquella en la que el «derecho» en cuestión es entendido de manera puramente formal, y por tanto la acción del Estado es correcta y justa en cuanto que respeta las formas jurídicas prescritas por la ley, por el derecho en sentido formal, es decir, por aquellos que el estudioso americano llama *rule book*<sup>69</sup>. Dworkin contrapone a esta concepción una *rule of law rights based*, basada en derechos fundamentales, y por tanto una concepción *sustancial* del Estado de derecho. Una conducta del Estado para satisfacer los principios del Estado de derecho no puede sólo ser formalmente correcta, y respetar —a la manera del *Stufenbau* kelseniano— las jerarquías de las competencias fijadas por el ordenamiento jurídico. Un ordenamiento jurídico respetuoso del Estado de derecho no puede sólo ser —a la manera de Kelsen— un ordenamiento «dinámico», en el cual las normas están concatenadas la una a la otra de acuerdo con relaciones de *Ermächtigung*, es decir, de delegación de poderes.

<sup>68</sup> Vid. T. CAMPBELL, «Legal Studies», en *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, ed. de R. E. Goodin y Ph. Pettit, Oxford, 1996, p. 184: «The most distinctive concern of legal philosophers is the nature of legal process itself, and in particular the analysis and criticism of legal argumentation as it is manifest in the selection, interpretation and application of laws, principally in the setting of court room. This central aspect of legal philosophy has important implications for political philosophy in that it raises issues about the institutional and philosophical presuppositions of the idea of the rule of law, one of the principal ideological foundations of liberal politics and the theory of democracy. For this reason competing philosophies of legal argumentation feature centrally in this exposition of those aspects of the discipline of law which are evident relevance to political philosophy».

<sup>69</sup> Vid. R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, London, 1985, cap. I.

Debe ser sobre todo —si se quiere seguir con la terminología kelseniana— un ordenamiento «estático», en el cual las normas están conectadas entre ellas según relaciones de inferencia lógica, de manera que la acción concreta del Estado, la «norma individual», pero también la «norma general» del legislador, puedan ser interpretadas como una deducción del contenido material expresado por las normas fundamentales del sistema, por sus principios. Por lo demás ello constituye la práctica en los Estados con constituciones «rígidas» y por tanto con formas de justicia constitucional, en los que la norma concreta puede ser juzgada con relación a los principios materiales de la Constitución y eventualmente abrogada en el caso en el que, aun habiendo sido producida conforme a la escala jerárquica de los poderes estatales, no se corresponda con, o mejor no pueda deducirse de, los principios del ordenamiento constitucional.

Por otra parte, es una doctrina común de la interpretación constitucional aquella que no imita los principios constitucionalmente vigentes a aquellos explícitamente expresados en las normas escritas del texto constitucional. Se afirma a menudo, por ejemplo, que las partes de las constituciones dedicadas a los derechos fundamentales y a la forma de gobierno no son susceptibles de revisión constitucional, prescindiendo de una norma específica que establezca tales revisiones. Se sostiene también que los principios fundamentales enunciados en la Constitución no son necesariamente una lista cerrada, y que éstos básicamente desarrollan una función ejemplificativa de aquellos que son los valores superiores del ordenamiento<sup>70</sup>. Éstos entonces podrán extraerse del conjunto del texto constitucional, de su «sentido», por tanto de la estructura política y de los ideales normativos de referencia del Estado, y así —a la manera de Dworkin— de la «mejor teoría» de aquella determinada comunidad política.

La propuesta de «Estado de Derecho» de Dworkin no es sin embargo sólo «no formal», sustancial, sino que es también «no negativa», y por tanto positiva<sup>71</sup>. El profesor americano, tras haber vinculado el *rule of law* a un concepto material de justicia (como por otra parte hace también Hayek<sup>72</sup>), no cree que la

<sup>70</sup> Es ésta por ejemplo la tesis de Gregorio PECES-BARBA a propósito del art. 1.1 de la Constitución española de 1978, más allá de posiciones estrictamente iuspositivistas asumidas en otro momento por el mismo autor. Vid. G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, 1986, y G. PECES-BARBA, «Los valores superiores», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987.

<sup>71</sup> Vid. C. L. TEN, «Constitutionalism and the Rule of Law», en *A companion to Contemporary Political Philosophy*, ed. de R. E. Goodin y Ph. Pettit, London, 1996, pp. 401-402.

<sup>72</sup> Cuya crítica al iuspositivismo y al «constructivismo» del que éste sería expresión no esté por cierto lejana de análogas formulaciones de Dworkin: vid. F. A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, London, 1993, pp. 205 y ss.

justicia material en cuestión sea puramente negativa, como cree por ejemplo el mismo Hayek y como ha sido afirmado más recientemente por Joseph Raz<sup>73</sup>, no cree por tanto que se trate sólo de defender derechos de libertad negativa de los individuos. Está en juego, sobre todo, en la idea de justicia invocada aquí para fundamentar el Estado de derecho, un exigente requerimiento de igualdad, la cual puede en ciertas ocasiones comportar un comportamiento *activo* del Estado en la vida social.

Este planteamiento encuentra un reflejo en la compleja y articulada teoría de los derechos fundamentales de Alexy, para el cual éstos son en primer lugar expresados por principios: las normas que garantizan derechos fundamentales se dice que tienen carácter de principios. Estos derechos pueden entonces ser contrapesados el uno con el otro y afirmados también más allá de una explícita acción de sus titulares<sup>74</sup>. Los derechos fundamentales, siendo producto de principios, no deben asumir necesariamente la forma de *Abwehrechte*, derechos que protejan la libertad individual de indebidas ingerencias del Estado, y por tanto establecer un deber de abstención por parte de los órganos estatales. Pueden tener como contenido también acciones positivas del Estado<sup>75</sup>.

Cambia además el modelo normativo de la democracia. (Ello es explícito tanto en autores como Carlos Nino y Jürgen Habermas, que se refieren de manera inequívoca a teorías del discurso práctico<sup>76</sup>, cuanto en la más reciente producción teórica de Ronald Dworkin que se vincula críticamente a la tradición hermenéutica<sup>77</sup>). La democracia no se define ya como aquel régimen en el cual está vigente y se expresa la soberanía popular sino más bien como «constitucionalismo», como un cuadro normativo de referencia para las deliberaciones colectivas, o bien más específicamente como la institucionalización o la «mejor teoría» —para decirlo con Dworkin— de las reglas del discurso práctico, sobre todo de sus tres reglas fundamentales, que son —en la formulación ofrecida por Alexy («reglas de razón»)—: 1) todo aquel que está en condiciones de hablar puede participar en el discurso; 2) cualquiera puede cuestionar

<sup>73</sup> Vid. J. RAZ, «The Politics of the Rule of Law», *Ratio Juris*, vol. 3 (1990), pp. 331 y ss.

<sup>74</sup> Para una tesis análoga vid. J. WALDRON, «Rights», en *A companion to Contemporary Political Philosophy*, cit., pp. 537 y ss.

<sup>75</sup> Vid. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 395 y ss.

<sup>76</sup> Vid. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., y C. S. NINO, *Derecho, moral y política*, Barcelona, 1993, y *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Conn., 1996.

<sup>77</sup> Véase R. DWORKIN, «Cosntitutionalism and Democracy», *European Journal of Philosophy*, vol. 3 (1995), pp. 2 y ss., y R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass. 1996.

cualquier afirmación en un discurso; 3) nadie puede ser obstaculizado en el ejercicio de los derechos que derivan de las reglas precedentes<sup>78</sup>.

Ello parece confirmar entre otras cosas la centralidad de la libertad de expresión entre los derechos fundamentales —contrariamente a algunas recientes declaraciones de Roman Herzog, Presidente de la República Federal Alemana<sup>79</sup>, y en línea con una intuición de Nicola Chiaromonte—: «La libertad política es la consecuencia necesaria y natural de la palabra humana de todos los días»<sup>80</sup>. La libertad política y la democracia tienen por tanto un núcleo duro «discursivo», que las teorías de la argumentación como reconstrucciones normativas del discurso práctico (del tipo de la expuesta precisamente por Robert Alexy) sirven para sacar a la luz.

Consecuencias similares son extraídas explícitamente por el mismo Alexy en una obra posterior a la *Teoría de la argumentación jurídica*, dedicada precisamente al concepto de derecho: *Begriff und Geltung des Rechts*. Aquí nos ofrece una definición del concepto de derecho que representa en un cierto sentido el punto culminante de toda su reflexión iusfilosófica: «El derecho es un sistema normativo que 1) formula una pretensión de corrección, 2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que 3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección»<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Vid. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 238 y ss.

<sup>79</sup> Vid. R. HERZOG, «Die Rechte des Menschen», *Die Zeit*, año LI, n.º 37, 6 de septiembre de 1996. Se podría sostener por el contrario, y plausiblemente, que pensar y comunicar sean actividades tan conectadas entre sí que todo atentado contra una tenga repercusiones negativas sobre la otra. Se puede considerar por tanto que la misma actividad de pensar tiene un intrínseco componente comunicativo, de manera que toda restricción a la libre expresión del pensamiento repercute sobre éste, limitando su operatividad. Léase I. KANT, *Che cosa significa orientarsi nel pensiero*, trad. it. de F. Volpi, Milano, 1996, pp. 62-63: «Pero ¿hasta qué punto y con cuánta corrección pensaríamos, si no pensásemos por así decirlo en común con los otros a los que comunicamos nuestros pensamientos, y que nos comunican los suyos? Por tanto bien puede decirse que aquel poder externo que arranca a los hombres la libertad de comunicar públicamente sus pensamientos les priva también de la libertad de pensar, es decir, del único tesoro que nos queda en medio de todas las imposiciones sociales, lo único que todavía puede permitirnos encontrar remedio a los males de esta condición» (cursivas en el texto) (trad. de F. J. A. R.).

<sup>80</sup> N. CHIAROMONTE, *Chè cosa rimane-Taccuini 1955-1971*, Bologna, 1996, p. 186. Vid. también J. HABERMAS, *op. ult. cit.*, p. 274.

<sup>81</sup> R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., p. 201.

La teoría del discurso tiene también la ventaja de poder fundamentar la democracia y la tolerancia sobre una metaética no relativista. Somos demócratas y tolerantes —desde esta perspectiva— no porque todas las opiniones sean equivalentes, posición ésta que condena a la injustificabilidad democracia y tolerancia y que termina por volverse contra sí misma; lo somos porque la discusión, el discurso, el diálogo requieren, para tener lugar, la pluralidad y la libertad de las opiniones, y porque la discusión, el discurso, el diálogo son bienes objetivos, es decir, no relativos al sujeto. Somos demócratas y tolerantes si se aceptan las opiniones de los otros (en el sentido de que se les permite una plena libertad de expresión), porque ello es requerido por las reglas procedimentales del discurso ideal y éste es una reconstrucción analítico-normativa de la estructura profunda de los discursos reales, que deriva de la «pragmática universal». En definitiva, se asume que, como decía un pensador político del Barroco español, «donde se disputa [...] es fuerza que haya valedores de todas opiniones»<sup>82</sup>.

Las teorías del razonamiento jurídico tienen por tanto un impacto directo sobre nuestra concepción del *poder* y de la *política*. Nos inducen a considerar la experiencia política no tanto como una lucha a muerte entre adversarios irreconciliables, es decir, como un *magnum latrocinium* de oscuros tonos de un grabado de Durero, sino como un espacio público en el que se debaten y adoptan las soluciones a los problemas de la comunidad de acuerdo con criterios aceptables por un auditorio tendencialmente universal. De esta manera pueden contribuir a determinar y reforzar aquella *democracia de las reglas* que hoy se reclama desde tantas partes.



<sup>82</sup> D. DE SAAVEDRA FAJARDO, *República literaria*, ed. de J. C. de Torres, Barcelona, 1985, p. 125.