



FILOSOFÍA ANALÍTICA Y LÓGICA JURÍDICA

Carlos Alarcón Cabrera

1. LENGUAJE, LÓGICA Y DERECHO

Hace ahora cincuenta años, en 1951, muere Ludwig Wittgenstein, considerado el principal impulsor de la filosofía analítica del siglo XX. Ese mismo año su discípulo y sucesor en la cátedra de Cambridge, Georg H. von Wright, publica el ensayo *Lógica deóntica* (*Deontic Logic*), en el que trata de trasladar los esquemas lógicos del *Tractatus logico-philosophicus* de Wittgenstein a la esfera del *deber ser*, a la esfera *deóntica*. Es entonces cuando la expresión *lógica deóntica* se usa por primera vez con su significado actual. Junto a los conceptos modales aléticos (necesidad, posibilidad, contingencia; conceptos estudiados por la lógica modal), a los conceptos modales existenciales (universalidad, existencia, vaciedad; conceptos estudiados por la teoría de la cuantificación) y a los conceptos modales epistémicos (lo verificado, lo indeterminado, lo falsado), von Wright menciona y analiza los conceptos modales deónticos: lo obligatorio, lo permitido, lo prohibido, construyendo así una lógica formal elemental de las modalidades deónticas cuyos presupuestos son dos: 1º) Las cosas a las que llamamos obligatorias, permitidas o prohibidas son actos, entendidos no en sentido individual, sino como propiedad que los califica (robo, pago de

impuestos, conducción de un vehículo,...); 2º) Respecto a quien realiza el acto (el *agente*), hay un valor de ejecución del acto y un valor de no ejecución del acto, análogos a los valores clásicos de la verdad y la falsedad.

Algunos años después, en su conocido trabajo *Derecho y lógica* (1962), Norberto Bobbio cita tres conceptos que sirven para enmarcar los estudios lógico-jurídicos: a) el concepto de *rigor*, en tanto que la lógica jurídica exige rigor en el razonamiento jurídico como garantía de objetividad e imparcialidad del discurso; b) el concepto de *forma*, teniendo en cuenta que la parte más relevante del razonamiento jurídico está constituida por juicios analíticos (juicios que no enuncian verdades fácticas ni suministran juicios de valor, sino que tratan de derivar conclusiones verdaderas a partir de premisas puestas como verdaderas); c) el concepto de *orden*, en tanto que el derecho es un “orden de las acciones, un conjunto de operaciones que en la esfera práctica cumple la misma función que la lógica en la esfera teórica” (Bobbio, 1962, pp. 12 ss.).

En el contexto de los años sesenta, Bobbio contempla el panorama de las investigaciones lógico-jurídicas distinguiendo dos campos que con posterioridad tenderán a diferenciarse de forma más precisa: a) la *lógica del derecho*, que como parte de la lógica deóntica o lógica de las normas se centra en la estructura lingüística de las normas jurídicas en tanto que proposiciones normativas y en la posibilidad de construir inferencias lógico-normativas, y que debe considerarse una parte fundamental de la teoría general de la norma y de la teoría general del ordenamiento jurídico; b) la *lógica de los juristas*, que se centra en las argumentaciones que realizan los operadores jurídicos hasta efectuar la decisión jurídica, y, tras ella, para justificarla, y que debe considerarse una parte de la teoría de la interpretación jurídica. Mientras que la lógica del derecho es para Bobbio el producto de la *extensión* de los estudios lógicos sobre las proposiciones descriptivas a las proposiciones prescriptivas o deónticas, la lógica

de los juristas es el producto de la *aplicación* de la lógica por parte de la ciencia jurídica a los procedimientos empleados por los juristas en la interpretación, análisis y sistematización de cada ordenamiento jurídico.

No obstante, Bobbio recalca que nunca deberá hablarse de división absoluta entre estas dos partes de la lógica jurídica, ya que la lógica del derecho, como tal, integra en dos sentidos a la lógica de los juristas: a) por una parte, la lógica del derecho estudia las condiciones de posibilidad y los criterios de validez de una lógica de las normas que se desmarca de la lógica proposicional ordinaria; b) por otra parte, la lógica del derecho estudia los problemas del ordenamiento jurídico como sistema, ocupándose así de la unidad, la coherencia y la plenitud de los ordenamientos. Aunque la lógica de los juristas analiza las reglas de inferencia válidas para deducir conclusiones normativas a partir de premisas normativas en el contexto de un determinado ordenamiento jurídico, lo hace sin haber respondido previamente a cuestiones como la de la posibilidad y condiciones de tales inferencias normativas, y como la de las características que debe poseer un ordenamiento para ser sistemático, en las que resulta fundamental la aportación de la lógica deóntica.

La interrelación entre la *lógica del derecho* y la *lógica de los juristas* reivindicada por Bobbio es también defendida por Robert Alexy, autor de la teoría de la argumentación jurídica con mayor relevancia doctrinal de las últimas décadas. Y ello a pesar de que su comentadísimo libro *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), base de lo que se conoce como la *teoría estándar de la argumentación jurídica* (paralela en cierto modo al sistema estándar de lógica deóntica de von Wright de 1951), comienza con la siguiente cita de Karl Larenz: “Ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas *no es sino* una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente”. Frente a quienes al interpretar esta cita inicial hacen hincapié en que con ella Alexy se desmarca de la *lógica jurídica*, en el

sentido dado por Bobbio, puesto que niega la posibilidad de construir inferencias normativas, en particular de considerar la sentencia judicial como conclusión lógica derivada de premisas normativas, yo resaltaría el énfasis puesto por el propio Alexy en las palabras “no es sino”. Lo que creo que Alexy pretende señalar no es que no quepa una lógica normativa, sino que ésta no es por sí misma suficiente para reflejar la realidad jurídica, y en concreto la realidad judicial.

En este sentido, no puede olvidarse que Alexy asume la argumentación jurídica como actividad discursiva que debe contemplarse no sólo desde una perspectiva normativa (en tanto que se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso jurídico), sino también desde una perspectiva analítica, de acuerdo con la cual hay que estudiar la estructura lógica de los argumentos jurídicos que los juristas realizan o pueden realizar. Su teoría de la argumentación jurídica es, como él mismo la define, “una teoría analítico-normativa del discurso jurídico”. Y en coherencia con tal definición Alexy señala explícitamente como presupuesto de su teoría el concepto wittgensteiniano de *juego del lenguaje*.

1.1. *La filosofía lingüística del «Tractatus logico-philosophicus»*

En el *Tractatus logico-philosophicus* (1921), uno de los puntos de partida de Wittgenstein es la idea de que la expresión del pensamiento es perceptible por los sentidos mediante las proposiciones lingüísticas. El pensamiento se expresa con signos lingüísticos que proyectan las situaciones mediante el sentido de las proposiciones, representado a través de la recíproca posición en el espacio de los objetos simbolizados por los signos. Ahora bien, a diferencia de las situaciones, que son *descritas*, los objetos representados son sólo *mencionados* o *nombrados*: “la proposición



habla del aspecto del objeto (de *cómo* es el objeto), no de su esencia (de *qué* es el objeto)”, afirma Wittgenstein.

La filosofía está repleta de confusiones derivadas de la polivalencia significativa y simbólica de los signos lingüísticos, y por ello el primer Wittgenstein reivindica un lenguaje sígnico que siga una sintaxis lógica de acuerdo con la cual haya una correspondencia biunívoca entre signos y significados. La mayoría de los problemas filosóficos son sólo aparentes, son sinsentidos que no requieren respuestas ni soluciones, sino la mera constatación de su carencia de sentido. La filosofía no es un conjunto de teorías, sino una actividad práctica destinada a la crítica del lenguaje; no consiste en la formulación de proposiciones lingüísticas, sino en la clarificación lógica de los pensamientos, porque todo lo que puede ser pensado, puede ser pensado claramente, y todo lo que puede ser expresado, puede ser expresado claramente.

Siguiendo a Wittgenstein, la proposición lingüística es una figura o modelo de la realidad del mismo modo que la notación musical es una figura o modelo de la música, que el alfabeto es una figura o modelo de los sonidos lingüísticos, y que las luces de colores del semáforo son una figura o modelo del ordenamiento jurídico. El pensamiento jurídico, las grafías impresas en el código y en el parte de multa, el semáforo, los movimientos de las manos del agente de tráfico, las señales de tráfico, etc. forman una unidad en tanto que comparten la estructura lógica. Mantienen recíprocamente la relación interna figurativa propia de la interconexión entre el lenguaje y el mundo. El conductor de un vehículo sabe que debe pararse ante el color rojo del semáforo, ante la mano en alto del agente o ante la señal de tráfico en la que se lee “stop”, e, inversamente, también puede deducir que vuelve a iluminarse la luz verde, aunque no vea el semáforo, del hecho de que el vehículo delantero reanuda la marcha. A los papeles encuadernados con el título de *Código de Circulación* les da el valor de norma jurídica. Y sabe que el papel firmado por el

agente que encuentra en el cristal de su vehículo produce en él una determinada obligación económica.

Estas reglas generales de interpretación, como muchísimas otras, vienen determinadas por la semejanza interna de entidades heterogéneas (algunas ideales y otras factuales, algunas lingüísticas y otras extralingüísticas) conectadas mediante la *figuración*. Wittgenstein las denomina reglas *proyectivas* de traducción lingüística porque proyectan la norma en el lenguaje, por ejemplo en el lenguaje visual del semáforo o en el lenguaje gestual del guardia. Al *figurar* el mundo, las proposiciones representan la realidad, la cual puede entonces ser conocida si se comprende el sentido del signo proposicional. Esto ocurre, subraya Wittgenstein, cuando tal sentido, aunque no haya sido *explicado*, es *mostrado*, del mismo modo que en la escritura jeroglífica, de la que es heredera la escritura alfabética, era posible la *comprensión* sin *explicación*.

Ahora bien, aunque la proposición describe los estados de cosas, describe la realidad en su globalidad de acuerdo con las propiedades internas de la propia realidad, y aunque en lo que Wittgenstein llama la *proposición verdadera* se refleja la lógica, la lógica en sí misma no puede sin embargo *representarse* (ya que ello exigiría situarse fuera de nuestro mundo, fuera de nuestra propia lógica), sino sólo *mostrarse*. Éste es el único límite de las posibilidades representativas del lenguaje, porque las proposiciones de la lógica, al ser analíticas, no añaden nada al mundo. La experiencia no puede respaldarlas ni desmentirlas, ya que trascienden el mundo conformando el marco de su propia posibilidad.

1.2. *El segundo Wittgenstein: «juegos del lenguaje» y «formas de vida»*

En las *Investigaciones filosóficas*, una de las obras más relevantes de la filosofía contemporánea que recoge aforismos de Wittgenstein de finales de los años 20 y de los años 30, y que no se publicaría hasta después de su muerte, Wittgenstein modifica su idea del *Tractatus* de que el mundo y el lenguaje poseen una estructura común a través del concepto de *juego lingüístico*. Ahora reconoce que las reglas que regulan las constantes lógicas no se pueden establecer al margen de la relación interna de las proposiciones en las inferencias lógicas, porque estas reglas, esta *sintaxis*, forma parte de una *sintaxis global* mediante la cual se puede analizar la función que cumplen tales relaciones internas. La *sintaxis* o *gramática* de nuestro lenguaje ofrece reglas que establecen la relación interna entre un término y su significado, y a partir de las cuales se pueden expresar *enunciados sintéticos a priori* (en el lenguaje de la fenomenología, más influyente de lo que pudiera parecer en la filosofía de Wittgenstein) que se corresponden con tales reglas, como “un cuadrado sólo puede tener cuatro lados iguales”, “si algo es azul, no puede a la vez ser marrón”.

El segundo Wittgenstein pasa así de la perspectiva *física* de la verdad o falsedad de los estados de cosas a la perspectiva *fenomenológica* del sentido o sinsentido de los estados de cosas, de la descripción de la estructura de los estados fenomenológicos de las cosas y sus propiedades espaciales, temporales y materiales. Lo relevante no es ya la *sintaxis* de las proposiciones, sino la *sintaxis* de los sistemas de proposiciones. El análisis teórico de las reglas lingüísticas (sintácticas y semánticas) deja de tener para él interés porque la relación entre una palabra y su significado no se da en la teoría, sino en la práctica, en los usos lingüísticos de la palabra, los cuales no siguen regla alguna. La técnica filosófica de los juegos del lenguaje sirve como terapia al librarnos de las

confusiones filosóficas causadas por la consideración del lenguaje al margen de los contextos y actividades vitales, al margen de las *formas de vida*. Expresarse lingüísticamente es algo que entra dentro de una forma de vida, y según cómo sea ésta surgen variadísimos tipos de lenguaje, paralelos a los correspondientes juegos lingüísticos. El lenguaje no sólo sirve para representar la realidad, para describir, sino también para relatar, para hacer suposiciones, para plantear hipótesis, para enseñar, para representar teatro, para jugar, para cantar, para bromear, para traducir, para disculparse, para rogar, para orar, para saludar, para insultar, para blasfemar, para interrogar,... y para prescribir (Wittgenstein, 1953, af. 23; cfr. Toulmin, 1950; Alexy, 1978).

Aulis Aarnio ha construido su teoría de la razonabilidad jurídica sirviéndose del concepto de “forma de vida” para explicar su tesis de que, en la praxis societaria, los sistemas de valores no son creados autónomamente por individuos o grupos: “cada enunciado valorativo se conecta con una totalidad compleja de enunciados. Siguiendo a Ludwig Wittgenstein se podría hablar de un nido de enunciados. Este nido de enunciados no es, sin embargo, arbitrario, sino que como globalidad se liga a una base, a una forma de vida”. Aarnio recalca que los sistemas de valores están “vinculados a nuestra práctica vital”, sin que por ello deje de ser posible justificar una teoría de los valores no-descriptiva, que como tal tampoco deja de ser una teoría racional. Cuando se expresa un juicio de valor, señala Aarnio, se está jugando un determinado juego lingüístico. Quien dice que A es bueno o es malo realiza una opción ética que no es meramente teórica, sino que consiste en una acción que no se puede justificar más que situándola en el contexto de una forma de vida, la cual no es en sí misma susceptible de justificación (Aarnio, 1987, pp. 213 ss.).

Las reglas constitutivas que definen las instituciones no son para Wittgenstein instrumentos de explicación ni de comprensión de la conducta humana, sino pautas para interpretar fenómenos institucionales, para interpretar fenómenos en el contexto de jue-

gos lingüísticos (se puede decir que las reglas constitutivas de instituciones son instrumentos de *interpretación eidográfica*, de interpretación según el *eidos* que constituyen, pero no de *comprensión idiográfica*, de comprensión de la conducta en su individualidad) (véase von Wright, 1971; Conte, 1989). No se debe buscar entonces una explicación cuando simplemente debemos ver lo que sucede como *protofenómeno*, cuando sólo debemos decir que “se juega este juego lingüístico”: “no se trata de explicar juegos lingüísticos a través de nuestras experiencias, sino de constatarlos”; es decir, de interpretar (*eidográficamente*) formas de vida, de constatar formas de vida que valen y cuentan en tanto que reflejos de las reglas constitutivas que les dan sentido (Wittgenstein, 1953, af. 654 y 655).

En el *Cuaderno azul*, escrito en 1934 (y también publicado póstumamente), Wittgenstein alerta sobre el riesgo de tratar de responder a la cuestión del significado de las palabras, que son a su juicio indefinibles. Sólo podemos conocer el significado de palabras que representan entidades factuales aprendiéndolo paulatinamente a través de definiciones ostensivas, a través de definiciones que no se refieren a la *intensión* o *connotación* del término, sino a su *extensión* o *denotación*, ya que consisten en mostrar una serie de ejemplos de objetos de los que puede afirmarse que tienen alguna relación con el término en cuestión (Wittgenstein, 1934, pp. 27 ss.). La cita que Wittgenstein hace de las *Confesiones* de San Agustín en el primer aforismo de las *Investigaciones filosóficas* es ilustrativa: “Cuando mis padres nombraban algún objeto, y a la vez se movían hacia cierta cosa, yo lo veía y concluía que la cosa era llamada mediante el sonido que ellos pronunciaban... Su intención venía mostrada por sus movimientos corporales, como si fuera el lenguaje natural de todos los pueblos: la expresión de la cara, el juego de ojos, el movimiento de las restantes partes del cuerpo y el tono de la voz... Así fui paulatinamente aprendiendo a comprender lo que los objetos significaban”. Para San Agustín, recalca Wittgenstein,

la esencia del lenguaje humano era la de que los términos lingüísticos individuales nombran objetos, olvidando que también nombran acciones y propiedades. Era así una noción *prefilosófica* del lenguaje que fue la fuente de las confusiones filosóficas que sucesivamente han venido surgiendo. Aunque San Agustín no teorizaba, sino que sólo relataba una experiencia personal, muchas teorías filosóficas se han basado para Wittgenstein en la *imagen* que da San Agustín, a la que él contrapone la *imagen* de los juegos del lenguaje.

El estudio de los juegos lingüísticos es el estudio de formas primitivas de lenguaje o de lenguajes primitivos, no contaminados por complejos procesos intelectuales, y es a juicio de Wittgenstein muy útil para afrontar problemas como el de la naturaleza de los diferentes tipos de lenguaje: descriptivo, exhortativo, interrogativo, prescriptivo, etc. El principal error filosófico ha sido el de buscar la esencia o elemento común a todos los usos de un término para tratar de clarificar su significado, con lo que el filósofo ha ignorado las situaciones concretas, que son precisamente las que ayudan a comprender el uso del término (Wittgenstein, 1934, pp. 44 ss.). Los juegos lingüísticos no son por consiguiente investigaciones preparatorias para poder reglamentar correctamente el lenguaje, sino objetos de comparación que mediante semejanzas y desemejanzas precisan las condiciones de nuestro lenguaje. Con los juegos lingüísticos no se *dice* nada, incide Wittgenstein, no se trata de perfeccionar el sistema de reglas que rige el uso del lenguaje, sino que *sólo se muestran* técnicas para combatir las confusiones lingüísticas.

1.3. *La teoría estándar de la argumentación jurídica como teoría analítico-normativa*

La teoría de la argumentación jurídica de Alexy está dedicada a la construcción de una teoría del discurso práctico racional, y en

concreto del discurso jurídico, que se nutre fundamentalmente del concepto wittgensteiniano de juego del lenguaje en conexión con la teoría consensual de la verdad de Habermas y la teoría de la argumentación de Perelman. Alexy es crítico con el naturalismo, el intuicionismo y el emotivismo, dentro de la ética analítica, así como también con las teorías tópicas debido a su rechazo de la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. Contrasta esta diferencia de trato dada a la retórica y a la tópica con la interpretación evolutiva que posteriormente se ha ofrecido con frecuencia de la teoría de la argumentación de Alexy, concibiéndola como culminación teórica del proceso iniciado por Viehweg con su *tópica* y continuado por Perelman con su *retórica* (véase por ejemplo Atienza, 1991). Alexy advierte expresamente que se opone radicalmente a la identificación entre su teoría de la argumentación jurídica y la tópica de Viehweg (Alexy, 1978 [trad. cast., pp. 40 ss.]).

Al enjuiciar las teorías emotivistas, las teorías según las cuales la defensa de ideologías y valores es una mera expresión de los sentimientos y emociones subjetivas acumulados por el hablante, Alexy destaca que han servido para dejar claro que la función del lenguaje moral va más allá de su uso descriptivo, pero rechaza el emotivismo porque prescinde de la idea de que el discurso práctico es una actividad guiada por reglas, lo que le acerca asimismo al concepto wittgensteiniano de “seguir una regla”. Seguir u obedecer una regla es también para Wittgenstein una práctica, un uso, una costumbre, un acto institucional, por lo que no cabe un cumplimiento privado o interior. El concepto de seguir una regla, unido a los conceptos de juego del lenguaje y forma de vida, sirve a Alexy para fundamentar los presupuestos del discurso práctico racional (Alexy, 1978, [trad. cast., p. 63]; Wittgenstein, 1953, af. 54, 85, 197-208).

Como teoría analítico-normativa sobre el discurso jurídico, la propuesta teórica de Alexy gira alrededor de la argumentación jurídica como *caso especial* de la argumentación práctica general.

Ello no significa, como el propio autor se apresta a aclarar, que los procesos de fundamentación de las decisiones jurídicas se deben llevar a cabo siguiendo siempre los criterios del discurso práctico general, con lo que la fundamentación propiamente jurídica serviría sólo para legitimar subsidiaria o secundariamente el resultado del proceso (tesis de la *secundariedad*, según la cual el discurso jurídico coincidiría con el discurso práctico general, diferenciándose únicamente por su *fachada jurídica*); tampoco significa que la argumentación jurídica llega *hasta donde es posible*, y a partir de ahí actúa la argumentación práctica general (tesis de la *adición*); sino que significa que el uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse, en todos los niveles, al uso de los argumentos prácticos generales (tesis de la *integración*) (Alexy, 1978 [trad. cast., pp. 38-39]).

En tanto que técnica del pensamiento problemático que se apoya en la búsqueda de premisas ajena a parámetros lógicos, la *tópica*, como cualquier otro método de análisis que confíe en superar el ámbito deductivo de la lógica formal, es para Alexy inaceptable. Tras la perspectiva supuestamente abierta de la variedad de puntos de vista, tras la tendencia a valorar más que a sistematizar, a la ponderación aun a costa del rigor, tras la asunción de la realidad como problema ante el que hay que enfrentarse con instrumentos interpretativos flexibles que permitan encontrar la solución más justa para cada caso, los *catálogos de tópicos* esconden, en su opinión, la carencia de garantías de racionalidad de la decisión.

En efecto, en su relevante libro *Tópica y jurisprudencia*, Theodor Viehweg definía la *tópica* como técnica del pensamiento problemático, entendiendo por *problema* toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta, pero que requiere necesariamente una única respuesta como solución. El problema debe por ello formularse adecuadamente, y posteriormente ser introducido en una serie de deducciones más o menos explícitas y extensas que propician la consecución de la solución. Pero

Viehweg precisa que no se trata de deducir la solución para el problema a partir de las bases del sistema que se articula mediante las deducciones, sino, inversamente, de reinventar inductivamente un sistema diferente para cada problema. Los catálogos de tópicos pueden incluir lugares comunes universalmente aplicables, que representan generalizaciones muy amplias, y pueden también incluir tópicos relativos a una determinada materia, pero el hecho de que se agrupen en un catálogo no debe nunca implicar que se consideren como un conjunto de deducciones de las que extraer consecuencias, sino que por el contrario reciben su diferente sentido desde la perspectiva de cada problema particular. Frente a los cambios de situaciones y de casos particulares, los tópicos son o no funcionalmente adecuados según el contexto, ya que deben entenderse ante todo como posibilidades de orientación y como “hilos conductores del pensamiento” (Viehweg, 1963 [trad. cast. pp. 51 ss.]).

La constante vinculación con el problema es entonces incompatible con las deducciones y reducciones lógicas, y exige una continua búsqueda de premisas. En cierto modo, señala Viehweg, la tópica es “una meditación prelógica”, ya que indica cómo se encuentran las premisas que posteriormente la lógica recibe y con las que opera, como lo demuestra el hecho de la procedencia tópica de los nombres de algunos de los argumentos especiales de la lógica jurídica (*a simili, a contrario, a maiore ad minus*) (Viehweg, 1963 [trad. cast. pp. 61 ss.]).

La tópica es rechazada por Alexy porque su *aporía fundamental* de búsqueda de la solución más justa incurre en antilogicismo, y la invalida como presupuesto para la argumentación jurídica por tres razones: a) por infravalorar fuentes de producción jurídica como la ley, la jurisprudencia y la dogmática jurídica; b) por analizar insuficientemente la estructura profunda de los argumentos; y c) por ser imprecisa sobre el concepto de discusión que condiciona la consecución del consenso (Alexy, 1978 [trad. cast., pp. 39-43]). Alexy advierte por el contrario que

el precedente más directo de su teoría de la argumentación jurídica es el *Tratado de la argumentación* de Chaim Perelman, en el que éste presenta una *nueva retórica* que no pretende sustituir a la lógica formal, sino complementarla desde una perspectiva analítica.

En tanto que teoría analítico-normativa, la teoría del discurso racional plantea como primer problema la fundamentación de sus reglas sin incurrir en el regreso al infinito (las reglas se justifican mediante metareglas de segundo nivel, que se justifican mediante metareglas de tercer nivel, y así sucesivamente), para lo cual Alexy enumera cuatro posibilidades: 1) Una fundamentación *técnica*, que consistiría en considerar las reglas del discurso como reglas que establecen los instrumentos para la consecución de determinados fines; 2) Una fundamentación *empírica*, que consistiría en mostrar las reglas que de hecho se siguen; 3) Una fundamentación *definitoria*, que consistiría en analizar las reglas que crean, constituyen o definen la praxis institucional; 4) Una fundamentación *pragmático-universal*, que consistiría en tomar la validez de determinadas reglas como condición de posibilidad de la comunicación lingüística. Alexy parece inclinarse levemente a favor de este último tipo de fundamentación, llevado a cabo por Apel y Habermas, así como, en una variante débil, por Austin y Searle con sus teorías de los actos lingüísticos. Sin embargo, eclécticamente, hace hincapié en los aspectos positivos de cada una de ellas, lo que le lleva a conceptualizar su posición al respecto como “discurso teórico-discursivo” (Alexy, 1978 [trad. cast. pp. 178 ss.]).

2. EL DERECHO COMO LENGUAJE

2.1. *La ontología lingüística de las normas en cuestión*

2.1.1. *La tesis de la extralingüística de las normas*

En el ámbito de la filosofía del lenguaje normativo, es casi unánime la presuposición de la *lingüística* de las normas, la aceptación explícita o implícita de la tesis según la cual las normas requieren para ser tales algún tipo de expresión lingüística. Sin embargo, desde la sociología jurídica ha habido autores que la han puesto en cuestión, como por ejemplo Theodor Geiger, para quien las normas son regularidades de comportamiento *extralingüísticas*, independientes del lenguaje. La existencia de una norma no significa para él más que el hecho de que la mayor parte de las personas de un grupo social se comporta de una determinada manera en ciertos tipos de circunstancias.

En concreto, Geiger define las normas como condiciones sociales fácticas cuya existencia se establece empíricamente, y que son una entidad diferente de su eventual expresión lingüística. A todo ordenamiento es consustancial la existencia de un grupo social en el que hay una relación constante entre una serie de situaciones y los correlativos modelos de conducta (Si alguien se halla en la situación S, sigue el modelo de conducta G). Cuando el comportamiento de los miembros del grupo consiste simplemente en “continuar en una regularidad”, no existe ninguna relación normativa, ya que el modelo de conducta “carece de ‘estigma’ u obligatoriedad porque una regularidad fáctica en la secuencia de los sucesos hace inimaginable la disidencia”. Pero cuando, por el contrario, el comportamiento de los miembros del grupo no consiste simplemente en “continuar en una regularidad”, sino en “seguir una regla”, sí existe una relación normativa. Comportarse en desacuerdo con lo que la norma establece no supone entonces sólo “un desvío de la regularidad que de hecho había,

sino que es una violación de la normatividad socialmente exigida”. La norma existe aunque no exista el enunciado correspondiente, aunque no haya sido “expresado con palabras que ciertas personas están obligadas frente a otras ciertas personas a responder a una situación con una cierta conducta”. La “norma subsistente” ya “está viva como idea normativa”, al margen de que posteriormente pueda o no manifestarse lingüísticamente, de que pueda o no “expresarse y consolidarse en un enunciado normativo que simplemente constata la existencia de una norma subsistente, pero no la crea. Constata que ‘Si S, entonces G’ es un modelo de conducta habitual, pero no estatuye ‘Si S, entonces G’ como norma obligatoria”. El enunciado prescriptivo es “la simple envoltura lingüística de la norma: expresa la norma, constata su existencia y es por eso puramente declarativo” (Geiger, 1947 [trad. cast., pp. 51 ss.]).

Hart ha destacado que esta concepción de la norma como entidad no lingüística, como mero comportamiento generalizado, “es la primera explicación de las normas que, quizás naturalmente, nos sentimos inclinados a dar”. Pero debe rechazarse porque para que exista una norma no es suficiente la “convergencia de conducta”; es necesario que dicha conducta se *exija*, que *tenga que* darse, que *deba* darse: “Todos los miembros de un grupo social pueden beber té regularmente a la hora del desayuno o ir al cine una vez por semana, y, sin embargo, puede no haber regla que lo ‘exija’“, puede que el comportamiento *no tenga que* darse, *no deba* darse (Hart, 1961, pp. 9-10; véase también Ross, 1968).

2.1.2. *La tesis de la lingüisticidad de las normas*

Excluyendo el sector doctrinal que ha defendido la extralingüisticidad de las normas, uno de cuyos principales exponentes ha sido, tal como hemos visto, el sociólogo del derecho Theodor Geiger, la mayoría de los filósofos del derecho, y en particular los

filósofos analíticos, han partido de que las normas son entidades lingüísticas, entidades pertenecientes al lenguaje.

Esta posición la representó claramente Norberto Bobbio al definir las normas como “entidades lingüísticas prescriptivas”, como entidades con una estructura lingüística que, siguiendo el esquema “Si es A, debe ser B”, puede llenarse de los más diversos contenidos, de forma similar a como las entidades lingüísticas descriptivas son especificaciones del esquema explicativo “A es B”. Pero Bobbio, no obstante, no concretó el tipo de entidades lingüísticas prescriptivas al que pertenecen las normas. Sólo apuntó que entendía por *proposición* “un conjunto de palabras que tienen un significado entre sí”, una entidad diferenciada del *enunciado* o “forma gramatical y lingüística con la cual se expresa un significado”, de tal forma que una misma proposición puede expresarse a través de diversos enunciados. Por ejemplo, la proposición prescriptiva “Está prohibido fumar” puede expresarse a través de los enunciados “Está prohibido fumar”, “Fumar está prohibido”, “Prohibido fumar”, “No smoking”..., enunciados con identidad significativa (Bobbio, 1958).

En realidad, los sentidos del término “proposición” no son sólo dos (como “proposición en sentido estricto” y como “enunciado”, de acuerdo con la distinción de Bobbio), sino tres. “Proposición” no sólo puede designar un enunciado y una proposición significativa, sino que también puede designar una “enunciación” concreta de un enunciado (en el idioma inglés, la diferencia entre “enunciado” y “enunciación” de un enunciado parece más clara: “enunciado” es “sentence”, “enunciación” de un enunciado es “utterance”). Por ejemplo, el enunciado “Está prohibido fumar” puede “enunciarse” (es decir, de dicho enunciado pueden producirse enunciaciones) en distintos contextos: por una autoridad normativa al prescribir la prohibición de fumar, por un jurista al describir la prohibición de fumar, por un sociólogo al comentar la eficacia de la prohibición de fumar,... (véase Conte, 1970).

Por consiguiente, tres son las posibles concepciones lingüísticas de la norma jurídica:

A) La norma como *enunciado prescriptivo*, como entidad lingüística situada en el plano *sintáctico* de las relaciones gramaticales entre los términos que componen lingüísticamente cada norma.

B) La norma como *proposición prescriptiva*, como entidad lingüística situada en el plano *semántico* de sus relaciones con los objetos que designa; la norma como “idea” que posee un determinado significado.

C) La norma como *acto lingüístico de enunciación prescriptiva de un enunciado*, como entidad lingüística situada en el plano *pragmático* de sus relaciones con los sujetos que utilizan el lenguaje normativo o se ven influidos por él; la norma como hecho lingüístico que cumple una función determinada por su contexto.

Esta trivalencia semiótica del concepto de norma es también aplicable a la validez en tanto que predicado de las normas, en tanto que validez deóntica (Conte, 1989; Conte / Alarcón Cabrera, 1993):

A) La validez *sintáctica* se predica de las normas en tanto que enunciados jurídicos, dependiendo de las reglas constitutivas del ordenamiento que determinan su *sintaxis de validez*, que definen la validez.

B) La validez *semántica* se predica de las normas en tanto que proposiciones jurídicas, dependiendo del significado de los términos de los que se compone, de su sentido.

C) La validez *pragmática* se predica de las normas en tanto que actos jurídicos, dependiendo de las condiciones intrínsecas de validez de los actos lingüísticos (estudiada por la teoría de los actos ilocucionarios) y de las condiciones extrínsecas de validez puestas por las reglas procedimentales del ordenamiento.

2.1.3. *La tesis ecléctica*

Ha habido excepciones a la adscripción a una de las dos tesis citadas, la tesis de la lingüisticidad de las normas y su tesis opuesta de la extralingüisticidad de las normas. En algunos autores como von Wright y Ross encontramos una postura en cierto modo ecléctica.

En *Norma y acción* (1963) y en *Practical Reason* (1983), von Wright se muestra vacilante y ambiguo cuando afirma que las normas no son entidades extralingüísticas, simples regularidades sociales de comportamiento, pero no parece aceptar tampoco que sean *enunciados* lingüísticos (situados, por consiguiente, a un nivel *sintáctico*), ni que sean *proposiciones* lingüísticas (a un nivel *semántico*), ni que sean *actos de enunciación* lingüística (a un nivel *pragmático*).

Así, además de descartar que las normas sean entidades extralingüísticas (“las normas dependen del lenguaje [...]. Su existencia presupone necesariamente el uso del lenguaje”), von Wright también parece negar que sean enunciados deónticos (“deberemos distinguir entre la norma y la formulación normativa. La formulación normativa es el signo o símbolo (las palabras) usadas al enunciar (formular) la norma”), que sean proposiciones deónticas (“es evidente que a algunas normas no se les puede dar el nombre de ‘proposiciones’ [...]. Las normas no tienen por qué llamarse ni la referencia ni incluso el sentido o significado de la correspondiente formulación normativa”) y que sean enunciaciones deónticas de enunciados (“la norma es algo distinto del hecho de dar a conocer a los sujetos normativos su carácter, contenido y condiciones de aplicación, lo cual es un eslabón esencial en el (o parte del) proceso a través del cual la norma se origina o cobra existencia (ser), pero no es la norma en sí misma”) (von Wright, 1963, pp. 109-110; 1983, p. 68).

En *Lógica de las normas* (1968), Ross considera a las normas a la vez como entidades lingüísticas y como regularidades de

comportamiento al asumirlas como “directivos que se corresponden, de una cierta manera, a ciertos hechos sociales”. El concepto de “norma” no se podría entonces definir unilateralmente de modo que denotara solamente un contenido significativo, o solamente un conjunto de hechos sociales, sino que debería integrar ambos aspectos. La norma es para Ross una entidad lingüística *directiva* que se encuentra en una relación de correspondencia con los hechos sociales. Una norma sólo puede ser “seguida o cumplida”, sólo puede sentirse como *obligatoria* y sólo puede relacionarse lógicamente con ótras constituyendo un sistema normativo si está en correspondencia con determinados hechos sociales, de cuya existencia depende la propia existencia de la norma. La norma es una entidad lingüística “directiva”, en concreto un “contenido significativo”, dice Ross, que posee siempre las mismas características semánticas (que contiene siempre la cláusula implícita “¡Así debe ser!”), por lo que es necesario que haga referencia a las distintas situaciones en las que se produce, a sus distintas “fuentes” de producción. En definitiva, la norma es a juicio de Ross, simultánea y conjuntamente, una entidad lingüística ideal dotada de significado y un hecho social (Ross, 1968 (trad. cast., pp. 78 ss.).

2.2. *Lenguaje del derecho vs. metalenguaje de la ciencia del derecho*

Si aceptamos la tesis de la lingüisticidad de las normas, la tesis de que las normas son entidades lingüísticas, bien sean enunciados prescriptivos (situados en un plano sintáctico), proposiciones prescriptivas (situadas en un plano semántico) o enunciaciones prescriptivas de enunciados (situadas en un plano pragmático), entonces debemos asimismo considerar que el derecho, como conjunto sistematizado de entidades lingüísticas, es un lenguaje.

Si el derecho es, en sí mismo, un lenguaje, entonces el lenguaje que usa quien habla o escribe sobre el derecho es un lenguaje sobre un lenguaje-objeto, es un metalenguaje. El enunciado: “Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude” (artículo 673 del Código civil español) es un enunciado lingüístico; el enunciado: “De acuerdo con el artículo 673 del Código civil español, ‘será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude’” es un enunciado transparentemente metalingüístico, un enunciado que versa sobre otro enunciado lingüístico. También sería metalingüístico cualquier otro enunciado, expresado de una u otra forma, que versara sobre el art. 673.

El primer tipo de lenguaje es el *lenguaje legal*, el lenguaje del texto jurídico con el que el legislador da a conocer las normas jurídicas. Al segundo tipo de lenguaje (que es un metalenguaje, en concreto un lenguaje que versa sobre el lenguaje legal) se le conoce como *lenguaje de los juristas*, y es el que se utiliza al comentar, analizar o interpretar las normas jurídicas (por ejemplo, lo utiliza el abogado para preparar sus casos y defenderlos en juicio, el juez para motivar su sentencia, el profesor de la facultad de derecho para explicar el derecho vigente). La Ciencia del derecho analiza el derecho como lenguaje, y, respecto al lenguaje que *es* el derecho, surge un metalenguaje científico que debe definir las reglas de uso de los términos jurídicos.

En este sentido, Bobbio ha distinguido tres fases de desarrollo de la Ciencia jurídica (Bobbio, 1950):

A) El científico del derecho debe compensar la carencia de *rigor* del lenguaje legal, debe combatir sus ambigüedades y vaguedades determinando el significado de los términos legales, determinando la *gramática* del lenguaje que emplea el legislador.

B) El científico del derecho debe compensar la carencia de *plenitud* del lenguaje legal, debe *deducir*, a través de procesos lógicos de integración, más consecuencias normativas de las que el legislador ha establecido expresamente.

C) El científico del derecho debe compensar la carencia de *orden* del lenguaje legal, debe sistematizarlo progresivamente eliminando incoherencias lingüísticas de acuerdo con el contexto socio-lingüístico de cada momento histórico.

Incluso antes que Bobbio, Felix Oppenheim había ya diferenciado dos ámbitos dentro de la Ciencia del derecho: a) desde el punto de vista *empírico*, la Ciencia del derecho estudia las relaciones entre los “enunciados jurídicos” y las personas que los crean, interpretan y aplican; b) desde el punto de vista *lógico*, la Ciencia del derecho construye un lenguaje-modelo simplificado correspondiente al conjunto de *enunciados* que expresan un derecho positivo concreto, un derecho positivo determinado espacial y temporalmente. Desde este segundo punto de vista, la Ciencia del derecho no estudia empíricamente las relaciones entre las entidades lingüísticas jurídicas y quienes las utilizan, sino las condiciones pragmáticas de validez de dichas entidades. El lenguaje de la lógica está implícito en todo lenguaje jurídico formalizado, y por ello mismo una de las funciones de la Ciencia del derecho debe ser la de formular explícitamente en el lenguaje-modelo los principios jurídicos implícitos (Oppenheim, 1944).

2.3. *La ciencia jurídica como «gramática» del derecho*

Las conexiones entre la Escuela histórica del derecho y la filosofía jurídica analítica contemporánea han sido escasamente puestas de relieve (como una de las excepciones, véase Scarpelli/Di Lucia, 1994). Sin embargo, esta escuela decimonónica también incidió relevantemente en el estudio del paralelismo entre derecho y lenguaje. En particular, Friedrich C. von Savigny, aunque no defendió expresamente la idea del *derecho como lenguaje*, la idea de que el derecho *es un lenguaje* (y, correlativamente, la idea de que la Ciencia del derecho *es un metalenguaje*), sí mantuvo que *el derecho es como el lenguaje*: que el derecho, como el

lenguaje, es algo propio de cada pueblo, contribuye a consolidar la identidad propia de cada pueblo. Savigny resaltó que el derecho vive, como la lengua, en el *espíritu de cada pueblo*, y, como la lengua, no *existe* propiamente en sí mismo, sino que es una manifestación más de la vida de los pueblos.

Como el lenguaje, el derecho surge consuetudinariamente en el espíritu de cada pueblo, pero en un momento histórico determinado requiere una “manifestación material”, que para la lengua consiste en el uso constante e ininterrumpido y en la aparición de la escritura, y para el derecho consiste en la consolidación de las formas jurídicas consuetudinarias y en la aparición del derecho escrito. En palabras de Savigny, “este nexo orgánico entre el derecho y la esencia y el carácter del pueblo continúa con el paso del tiempo, como ocurre con la lengua. De hecho, como para la lengua, tampoco para el derecho existe un momento de éxtasis absoluta, ya que queda sujeto al mismo movimiento y a la misma evolución de cada una de las restantes funciones del pueblo, evolución que obedece a la propia ley de necesidad interna que gobierna el fenómeno antiquísimo de la lengua” (Savigny, 1814, p. 56).

El derecho, continúa Savigny, no sólo nace, sino que se desarrolla, se perfecciona y se extingue como el lenguaje y como el propio pueblo. El mayor grado de desarrollo y perfeccionamiento lo alcanza cuando deja de emanar de todo el pueblo y pasa a tener su origen exclusivo en los juristas y a recibir tratamiento científico. No surge ya del *espíritu* de todo el pueblo, sino del *espíritu* de sus representantes, los juristas, de forma paralela a cómo el lenguaje es desarrollado y perfeccionado por los gramáticos. Los juristas son los *gramáticos del derecho*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis, *The Rational as Reasonable*. Dordrecht, Reidel, 1987. Traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés: *Lo racional como razonable*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ALEXY, Robert, *Theorie der Juristischen Argumentation*. Suhrkamp, Frankfurt, 1978. Traducción castellana de Manuel Atienza e Isabel Espejo: *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991.
- BOBBIO, Norberto, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*. "Rivista trimestrale di diritto de procedura civile", 4 (1950), pp. 342-367.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria della norma giuridica*. Giappichelli, Turín, 1958.
- BOBBIO, Norberto, *Diritto e logica*. "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 39 (1962), pp. 11-45.
- CONTE, Amedeo G., *Studio per una teoria della validità*. "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 47 (1970), pp. 331-354.
- CONTE, Amedeo, *Filosofia del linguaggio normativo*. Giappichelli, Turín, 1989.
- CONTE, Amedeo G. / ALARCÓN CABRERA, Carlos, *Deóntica de la validez*. Tecnos, Madrid, 1995.
- GARDIES, Jean-Louis, *L'erreur de Hume*. Presses Universitaires de France, Paris, 1987.
- GEIGER, Theodor, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. E. Munksgaard, Copenhagen, 1947. Traducción castellana de Arturo Camacho, Guillermo Hirata y Ricardo Orozco: *Estudios de sociología del derecho*. Fondo de cultura económica, México, 1983.
- HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*. Oxford University Press, Londres, 1961, 1995. Traducción castellana de Genaro Carrió: *El concepto del derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*. Tecnos, Madrid, 1986.
- KALINOWSKI, Georges, *Le problème de la vérité en morale et en droit*. Vitte, Lyon, 1967.
- KALINOWSKI, Georges, *La logique des normes*. PUF, París, 1972. Traducción castellana de Juan R. Capella: *Lógica del discurso normativo*. Tecnos, Madrid, 1975.



- KALINOWSKI, Georges, *Sobre la importancia de la lógica deóntica para la filosofía del derecho*. Traducción castellana de Antonio E. Pérez Luño. En: Pérez Luño, Antonio E. (ed.), *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 163-173.
- KELSEN, Hans, *Recht und Logik*. "Forum", 12 (1965), pp. 421-425 y 495-500. Traducción castellana de Juan Carlos Gardella: *Derecho y lógica*. En: Kelsen, Hans / Klug, Ulrich, *Normas jurídicas y análisis lógico*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1988, pp. 92-120.
- OPPENHEIM, Felix, *Outline of A Logical Analysis of Law*. "Philosophy of Science", 11 (1944), pp. 142-160.
- PECZENIK, Aleksander H., *On law and Reason*. Kluwer, Dordrecht, 1989.
- PERELMAN, Chaim, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. Dalloz, París, 1976. Traducción castellana de Luis Díez Picazo: *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas, Madrid, 1979.
- PERELMAN, Ch. / OLBRECHT-TYTECA, L., *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*. PUF, París, 1958. Traducción castellana de Julia Sevilla Muñoz: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Gredos, Madrid, 1989.
- ROSS, Alf, *Directives and Norms*. Routledge, London, 1968. Traducción castellana de José S.-P. Hierro: *Lógica de las normas*. Tecnos, Madrid, 1971.
- SAVIGNY, Friedrich K. von, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814. Traducción castellana de José Díaz García: *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*. En: Savigny, Friedrich K. Von / Thibaut, Anton F., *La codificación*. Aguilar, Madrid, 1970, pp. 47-169.
- SCARPELLI, Uberto / Di Lucia, Paolo (eds.), *Il linguaggio del diritto*. LED, Milán, 1994.
- TOULMIN, Stephen, *The Place of Reason in Ethics*. Cambridge University Press, Cambridge, 1950. Traducción castellana de I. F. Ariza: *El puesto de la razón en la ética*. Alianza, Madrid, 1979.
- VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1963. Traducción castellana de Luis Díez Picazo: *Tópica y Jurisprudencia*. Taurus, Madrid, 1986.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus (1921)*. Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Londres, 1922. Traducción castellana de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera: *Tractatus logico-philosophicus*. Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophical Investigations. Philosophische Untersuchungen*. Blackwell, Oxford, 1953. Traducción castellana de Alfonso

- García Suárez y Ulises Moulines: *Investigaciones filosóficas*. Crítica, Madrid, 1988.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *The Blue and Brown Books*. Blackwell, Oxford, 1958. Traducción castellana de Francisco Gracia Guillén: *Los cuadernos azul y marrón*. Tecnos, Madrid, 1968.
- WRIGHT, Georg H. von, *Deontic Logic*. "Mind", 60 (1951), pp. 1-15.
- WRIGHT, Georg H. von, *Norm and Action*. Routledge and Kegan Paul, Londres, 1963. Traducción castellana de Pedro García Ferrero: *Norma y acción*. Tecnos, Madrid, 1970.
- WRIGHT, Georg H. von, *Explanation and Understanding*. Cornell University Press, 1971. Traducción castellana de Luis Vega Reñón: *Explicación y comprensión*. Alianza, Madrid, 1980.
- WRIGHT, Georg H. von, *Practical Reason*. Blackwell, Oxford, 1983.