

NOTA DE LOS TRADUCTORES

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

En el ámbito de la cultura alemana, la teoría de la argumentación jurídica más ampliamente discutida es la formulada por Robert Alexy en su *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, editada por Shurkamp (Fráncfort del Meno, 1978; reimpresión en 1983), y desarrollada en diversos artículos posteriores. Alexy parte concretamente de la teoría del discurso racional, tal y como ha sido elaborada básicamente por Jürgen Habermas, y desarrolla a partir de ahí la tesis de que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general. Su libro (que originariamente constituyó su tesis de doctorado) se ha convertido en un punto de referencia obligado para quienes se interesan (dentro y fuera de Alemania) por este campo de estudios, y que quizás no sean sólo filósofos y teóricos del Derecho. Una prueba

de la importancia que se ha concedido a la obra de Alexy lo constituye, sin duda, su reciente traducción al inglés a cargo de Ruth Adler y Neil MacCormick, en la Oxford University Press.

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

NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN

Además de para corregir algunas erratas, esta segunda edición de la *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy se ha aprovechado para incorporar un reciente texto del autor, *La fórmula del peso*, que aparece como addenda y que ha sido traducido del alemán por Carlos Bernal Pulido. La relevancia del mismo para la presente edición deriva de que, en él, el autor alemán desarrolla su concepción de la ponderación que, como se sabe, es un tema que ha suscitado un enorme interés en los últimos tiempos y del que Alexy no se había ocupado en su *Teoría de la argumentación jurídica* (que —recuérdese— data de 1978). Dado que el propio Alexy considera que la subsunción (un procedimiento que sí había sido tratado por extenso en esta obra) y la ponderación son las dos grandes formas de argumentación que pueden encontrarse en el Derecho de los Estados constitucionales, esta segunda edición puede considerarse, en cierta medida, como una actualización de la primera.

PREFACIO

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

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

El manuscrito de esta obra se presentó en 1976 como tesis de doctorado en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität de Göttingen. No se hubiese realizado sin la amistosa ayuda proveniente

* B Verf GE 34, 269 (287).

de varios lados. De entre los muchos que han prestado su ayuda al desarrollo del trabajo quisiera destacar especialmente al profesor Dr. Ralf Dreier. Él me ha aportado diversas ideas, en el curso de una incesante discusión. Hago también extensivo mi agradecimiento al profesor Dr. Malte Diesselhorst, cuya crítica me ha preservado de bastantes errores. En especial quisiera dar las gracias en este lugar a mi maestro en filosofía profesor Dr. Günter Patzig. Me alegraría que su modelo de método fuera reconocible en esta investigación. Debo mostrar mi agradecimiento, finalmente, a la Studienstiftung des deutschen Volkes que me ha deparado durante muchos años ayuda ideológica y financiera.

Göttingen, enero de 1978

Robert Alexy

INTRODUCCIÓN

1. EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

«Ya nadie puede... afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas *no es sino* una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente»¹. Esta constatación de Karl Larenz señala uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológico-jurídica contemporánea. La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente², en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas³ que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados.

Para esto existen, al menos, cuatro razones: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico⁴, (2) la posibilidad de conflictos de normas⁵, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente⁶, y (4)

¹ K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.^a ed., Berlin/ Heidelberg/ New York, 1975, p. 154.

² Sobre el concepto de consecuencia lógica cfr. A. Tarski, *On the Concept of Logical Consequence*, en: *Id., Logic, Semantics, Metamathematics*, Oxford, 1956, pp. 409 y ss. Sobre la posibilidad de relaciones de deducibilidad entre enunciados normativos cfr. *infra* p. 185 y s.

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

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

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

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

la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales ⁷.

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

La metodología jurídica puede resolver el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas, si es capaz de proporcionar reglas o procedimientos según los cuales, o bien el paso de N_1, N_2, \dots, N_n , y A_1, A_2, \dots, A_n , a U es también admisible cuando dicha decisión no se sigue lógicamente de tales reglas o procedimientos, o bien, adicionalmente a las formulaciones que hay que presuponer como normas vigentes y a los enunciados empíricos que hay que aceptar, se pueden obtener otros enunciados con contenido normativo, N'_1, N'_2, \dots, N'_n , de manera que U se siga lógicamente de éstos, juntamente con N_1, N_2, \dots, N_n , y A_1, A_2, \dots, A_n . Los candidatos más discutidos para servir como reglas o procedimientos para la realización de esta tarea son los cánones de la interpretación.

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

⁷ No sólo es posible que esta enumeración sea incompleta, sino que también se puede opinar que contiene demasiadas razones. Así, entre las razones señaladas por Kelsen para la «indeterminación de los actos de aplicación del Derecho» faltan, por un lado, (3) y (4), y, por otro lado, él indica junto a (1) y (2), la discrepancia entre la voluntad y la expresión de la autoridad normativa (5) (H. Kelsen, *Ibid.*, p. 348; *Id.*, *Zur Theorie der Interpretation*, en: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, editado por H. Klecatsky, R. Marcic y H. Schambeck, Wien/ Frankfurt/ Zürich/ Salzburg/ München, 1968, vol. 2, p. 1365). (5) puede ser considerado como una razón para (4) o (1). Es problemático si las decisiones encuadradas en (3) y (4) son admisibles constitucionalmente, y en qué medida lo son. En ambos casos, el juez actúa en un campo que, según el principio de división de poderes, parece estar reservado al legislador. Este problema, sin embargo, no puede ser discutido aquí. Bastará con indicar que hay casos de (3) (violación positiva de exigencias), y (4) (reparación de daños inmateriales [§ 253 BGB]), en los que la obtención de nuevas normas jurídicas por la jurisprudencia, o la no aplicación de normas jurídicas, está reconocida en general y ha sido declarada no inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG E 34, 269 [286 y s.]). El objeto de este trabajo no es el problema de la constitucionalidad de las decisiones encuadradas en (3) y (4), sino la cuestión de si también estas decisiones pueden ser racionalmente fundamentadas en el marco del método jurídico. La respuesta a esta pregunta podría, sin embargo, ser importante también para el problema de su admisión constitucional.

ción⁸. Según Larenz, hay cinco criterios: el sentido literal; el significado de la ley según el contexto; las intenciones, metas e ideas normativas del legislador histórico; los criterios teleológico-objetivos; y el mandato de interpretación conforme a la constitución⁹. Wolff, por mencionar otro ejemplo, conoce la interpretación filológica, lógica, sistemática, histórica, comparativa, genética y teleológica¹⁰.

Más importante que el problema del número de los cánones, es el problema de su ordenación jerárquica. Diversos cánones pueden conducir a resultados diferentes. Atendiendo a este hecho, sólo se pueden considerar adecuados para fundamentar con seguridad un resultado, si es posible establecer criterios estrictos para su ordenación jerárquica. Esto no se ha logrado, sin embargo, hasta hoy¹¹.

Otro problema es su indeterminación¹². Una regla como «interpreta cada norma de manera que cumpla su objetivo» puede conducir a resultados contrapuestos si dos intérpretes tienen diferentes concepciones sobre el objetivo de la norma en cuestión¹³.

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

Se podría, pues, pensar en buscar, en lugar de un *sistema de reglas de fundamentación*, un *sistema de enunciados*, del que puedan

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

⁹ K. Larenz, *Ibid.*, pp. 307 y ss.

¹⁰ H. J. Wolff/ O. Bachof, *Verwaltungsrecht*, vol. 1, 9.1 ed., München, 1974, § 28 IIIc. (La indicación del parágrafo se refiere a la parte del manual elaborada por Wolff.)

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

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

¹³ Habida cuenta de la indeterminación de los cánones se puede dudar de si éstos son reglas. Así, éstos son entendidos por Müller como «designaciones abreviadas para determinadas orientaciones de investigación», y por Rottleuthner como indicaciones «para preguntar sobre los puntos de vista relevantes» (Fr. Müller, *Juristische Methodik*, 2.^a ed., Berlín, 1976, p. 167; H. Rottleuthner, *Richhterliches Handeln*, Frankfurt a. M., 1973, p. 30). La cuestión del *status* lógico de los cánones se discutirá aún más ampliamente más adelante, en la p. 235 y s.

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

Si en lugar de esto se entiende por tal sistema —como por ejemplo hace Canaris— un sistema de principios generales de un ordenamiento jurídico (sistema axiológico-teleológico) ¹⁵, surge inmediatamente la cuestión de cómo pueden obtenerse estos principios, ya que los mismos no se siguen lógicamente de las normas presupuestas. También es problemático el uso de tales principios para fundamentar decisiones jurídicas. «Los principios no rigen sin excepción, y pueden entrar en oposición o contradicción; no contienen una pretensión de exclusividad; sólo despliegan su contenido significativo propio en un juego conjunto de complemento y limitación recíprocos, y necesitan para su realización de concreción a través de principios subordinados y *valoraciones particulares* con contenido material independiente» ¹⁶. El sistema axiológico-teleológico no permite, por sí solo, una decisión sobre cómo tiene que ser el juego de los principios en un caso concreto y qué valoraciones particulares hay que realizar ¹⁷.

Esto no significa que no sea posible una argumentación a partir de un sistema axiológico-teleológico, o de cualquier otro sistema. Los argumentos a partir de sistemas, comoquiera que éstos se caractericen, juegan, tanto en la praxis judicial como también en la de la ciencia jurídica, un papel importante ¹⁸. Sin embargo, ello pone de manifiesto que esta argumentación no tiene un carácter concluyente.

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

¹⁵ C. W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlín, 1969, pp. 46 y ss.

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

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

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

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

De esta elección de quien decide depende qué enunciado normativo singular es afirmado (por ejemplo, en una investigación de la ciencia jurídica) o es dictado como sentencia. Tal enunciado normativo singular contiene una afirmación o determinación sobre lo que está ordenado, prohibido o permitido a determinadas personas¹⁹. La decisión tomada en cualquier nivel de la fundamentación es, así, una decisión sobre lo que debe o puede ser hecho u omitido. Con ella, una acción o comportamiento de una o varias personas es preferido a otras acciones o comportamientos de estas personas, o bien, un estado de cosas es preferido a otro. En la base de tal acción de preferir ésta, sin embargo, un enjuiciamiento de la alternativa elegida como mejor en algún sentido y, por tanto, una *valoración*^{20 21}.

En casi todos los escritos de metodología se acentúa actualmente

¹⁹ No se afirmará aquí que todas las decisiones jurídicas expresan directamente mandatos, prohibiciones o permisiones. Esto no es así, por ejemplo, respecto de los juicios de configuración. Tampoco se defenderá aquí la tesis más débil de que todas las decisiones se pueden reconducir a formas básicas que, como expresiones normativas, sólo contienen operadores deónticos básicos como «obligatorio», «prohibido» y «permitido». En este contexto es suficiente con que las decisiones jurídicas impliquen, al menos, mandatos, prohibiciones o permisiones. Sobre esta problemática cfr. junto a W. N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, en: Id., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and other Legal Essays*, New Haven, 1923, pp. 23 y ss., sobre todo A. Ross, *Directives and Norms*, London, 1968, pp. 106 y ss.

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

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

que la Jurisprudencia (en los dos sentidos de la expresión) no puede prescindir de tales valoraciones. Así, Larenz habla del «reconocimiento de que la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que exige en gran medida valoraciones del aplicador»²²; Müller es de la opinión de que «una Jurisprudencia sin decisiones ni valoraciones... (no sería) ni práctica, ni real»²³; Esser constata que «las valoraciones... (tienen) una importancia central en todas las decisiones de algún modo problemáticas»²⁴; Kriele llega al resultado de que no se puede «desconocer de ninguna manera el elemento valorativo, normativo-teleológico y político jurídico, contenido en toda interpretación»²⁵; y Engisch tiene que reconocer que «las leyes mismas, en todas las ramas del Derecho, (están) actualmente construidas de tal manera que los jueces y funcionarios de la administración no encuentran y fundamentan sus decisiones a través de la subsunción bajo firmes conceptos jurídicos cuyo contenido se revela con certeza a través de la interpretación, sino que tienen que valorar autónomamente y que decidir y disponer como colegisladores»²⁶.

Con estas constataciones, sin embargo, más bien se ha mencionado que resuelto el problema. La cuestión es, dónde y en qué medida son necesarias valoraciones, cómo debe ser determinada la relación de éstas con los métodos de la interpretación jurídica y con los enunciados y conceptos de la dogmática jurídica, y cómo pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas estas valoraciones.

La respuesta a estas cuestiones es de gran importancia teórica y práctica. De ella depende, por lo menos en parte, la decisión sobre el carácter científico de la Jurisprudencia. Ella tiene, además, un gran peso en el problema de la legitimidad de la regulación de los conflictos sociales mediante decisiones judiciales. Esto es así porque cuando a las decisiones de los tribunales subyacen valoraciones (y aunque estas valoraciones no se puedan fundamentar racionalmente), las convicciones normativas fácticamente existentes o bien las decisiones de un grupo profesional²⁷ constituyen, al menos en numerosos casos, la base, no ulteriormente legitimada ni legítima, de tales regulaciones de conflictos.

Las preguntas: (1) ¿dónde y en qué medida son necesarias valoraciones?, (2) ¿cómo actúan estas valoraciones en los argumentos califi-

²² K. Larenz, *Ibid.*, p. 150.

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

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

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

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

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

cados como «específicamente jurídicos»? y (3) ¿son racionalmente fundamentables tales valoraciones?, no pueden ser contestadas de antemano en esta introducción, sino que constituyen el objeto mismo de esta investigación.

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

La tesis de que la Jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones no significa que no haya casos en los cuales no existe ninguna duda sobre cómo se debe decidir, sea por razón de las normas vigentes presupuestas, sea por referencia a enunciados de la dogmática o a precedentes. Puede incluso suponerse que estos casos son considerablemente más numerosos que los dudosos²⁸. La claridad de un caso no es, sin embargo, una cosa tan fácil²⁹. Quien afirma que una decisión es clara, da a entender que no cabe considerar argumentos que den lugar a dudas serias. Sin embargo, tales argumentos son siempre concebibles. La afirmación de que todos estos contraargumentos son malos o jurídicamente irrelevantes no podría, empero, seguirse concluyentemente, en todos los casos, de las normas presupuestas. Por ello, en relación con tales casos, se podría hablar de que su tratamiento como casos claros encierra una valoración negativa de todos los potenciales contraargumentos³⁰. Pero con esto se ha tocado un problema en el que no hace falta profundizar aquí.

En la literatura especializada se sugiere a veces que las valoraciones necesarias en las decisiones jurídicas deben considerarse como morales. Así, escribe Kriele: «Con esto ha caído el último velo: la aplicación del Derecho se orienta hacia consideraciones ético-sociales»³¹. Por otro lado, Hart representa la concepción de que el decisor se puede dejar guiar, en lugar de por razones morales, por cualquier otro objetivo social, cualquiera que pueda ser su valor moral³².

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

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

³⁰ La idea de tal valoración negativa se encuentra por ejemplo en Th. Heller, quien escribe: «En cada acto de subsunción jurídica se da por lo pronto un juicio de valor, en cuanto que se considera a la ley digna de ser aplicada en la forma recibida» (Th. Heller, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, Berlín, 1961, p. 59). Además cfr. J. Esser, *Vorverständnis und methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 175: «en principio, el tenor literal de una norma jurídica sólo es “claro” cuando el resultado obtenido no resulta chocante».

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

³² H. L. A. Hart, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, pp. 31 y ss. Además cfr. N. Hoerster, *Grundthesen analytischer Rechtstheorie*, en: «Jahrbuch

Para resolver este problema, sería necesaria la clarificación de conceptos tales como «consideración ético-social», «razón moral», etc. Tal clarificación puede sin embargo omitirse, ya que aquí no se trata de la tesis fuerte de que las valoraciones necesarias se deben considerar siempre como morales, sino sólo del enunciado mucho más débil de que ellas siempre son *relevantes moralmente*.

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

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

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

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

für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 2 (1972), p. 123. Hay que separar claramente la cuestión de si las valoraciones necesarias en las decisiones jurídicas (que no se pueden extraer directamente de la ley) deben ser consideradas como valoraciones morales, de la cuestión de si las decisiones jurídicas en general se pueden diferenciar de las decisiones morales. Lo último se deberá afirmar con firmeza, en relación con el carácter especial de las fundamentaciones jurídicas desplegado en la teoría del discurso jurídico (sobre esto cfr. W. K. Frankena, *Decisionism and Separatism in Social Philosophy*, en: *Rational Decision*, «Nomos», vol. 7 [1964], pp. 18 y ss.).

³³ K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, p. 124. Cfr. también Ch. Perelman, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, en *Id.*, *Über die Gerechtigkeit*, München, 1967, p. 144, quien exige que los jueces «ejercen su mandato de acuerdo con las metas de la colectividad que les ha llamado para estos cometidos». La búsqueda de valoraciones racionales se la quiere él atribuir al filósofo (*Id.*, pp. 146 y ss.). Esto se tratará con más profundidad. Cfr. R. Zippelius, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 2.^a ed., München, 1974, quien recomienda averiguar primero «qué interpretación o integración se corresponde mejor con las ideas ético-jurídicas dominantes en la comunidad» (p. 76). En el caso de que de esta manera no se pueda encontrar ningún resultado indubi-

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

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

Casi más atractivo todavía que la referencia a las opiniones generalizadas es el recurso al «sistema interno de valoraciones del ordenamiento ju-

table, debe el juez poder seguir «su propio sentimiento jurídico, sus personales ideas sobre lo que es más conveniente» (p. 85).

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

rídico»³⁵, o al «sentido total del ordenamiento jurídico»³⁶. Esto es también tan correcto como insuficiente. Es insuficiente porque algo así como el sistema de valoraciones del ordenamiento jurídico no es ninguna medida fija, que sujete al que ha de decidir a una determinada valoración. Las diferentes normas son cristalizaciones de puntos de vista valorativos completamente diferentes y, a menudo, divergentes. Además, ningún principio está realizado ilimitadamente. A menudo ni siquiera está claro qué valoraciones recoge una norma, y esto significa que se debe decidir nuevamente sobre el peso que se debe atribuir a los diferentes puntos de vista valorativos que cabe encontrar.

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

Una tercera posibilidad consistiría en apelar a un orden valorativo objetivo (bien exista independientemente del Derecho, o bien esté recogido en la Constitución o en el conjunto del ordenamiento jurídico) o a enunciados de Derecho natural objetivamente reconocibles, como lo han hecho el Tribunal Constitucional³⁷ y el Tribunal Supremo^{38, 39}. Tal intento encierra, sin embargo, como se ha mostrado repetidamente, premisas filosóficas muy discutibles⁴⁰. Cuando se discuta el intuicionismo metaético se dirá todavía algo fundamental sobre esto. Igualmente importante es la objeción de que, a partir de un orden valorativo existente en algún sentido, difícilmente pueden deducirse los

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

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

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

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

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

⁴⁰ Cfr. W. Weischedel, *Recht und Ethik*, Karlsruhe, 1956; H. Welzel, *Ibid.*, pp. 226 y ss.; A. Podlech, *Wertung und Werte im Recht*, pp. 201 y ss.

enunciados normativos, relativamente específicos, necesarios para fundamentar la decisión ⁴¹.

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

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

- (1) basarse en convicciones y consensos fácticamente existentes, así como en normas no jurídicas fácticamente vigentes o seguidas;
- (2) referirse a valoraciones que, de alguna manera, pueden ser extraídas del material jurídico existente (incluidas las decisiones anteriores), y
- (3) recurrir a principios suprapositivos.

No se ha discutido otra vía:

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

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

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

Al menos en las sociedades modernas, hay diferentes concepciones para casi todos los problemas prácticos. Los consensos fácticos son raros, al menos por lo que se refiere a cuestiones prácticas algo concretas. En el conjunto de un ordenamiento jurídico se pueden encontrar siempre valoraciones divergentes que pueden ponerse en relación, pero de manera distinta, con cada caso concreto. La apelación a

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

⁴² BVerfG E 2, 1 (12).

⁴³ Sobre el problema aquí aludido de la derivación del ser del deber cfr. el informe bibliográfico de E. Morscher, *Das Sein-sollen-Problem logisch betrachtet. Eine Übersicht über den gegenwärtigen Stand der Diskussion*, en «Conceptus», 8 (1974), pp. 5 y ss.; N. Hoerster, *Zum problem der Ableitung eines Sollens aus einem Sein in der analytischen Moralphilosophie*, en: «ARSP», 55 (1969), pp. 11 y ss.; Fr. v. Kutschera, *Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen*, Freiburg / München, 1973, pp. 66 y ss., así como *infra*, pp. 53 y 74.

la evidencia o a órdenes naturales preexistentes es un procedimiento—desde el punto de vista metódico— extremadamente dudoso. Los principios obtenidos de esta manera son además concretizables de modos diferentes. Finalmente, de los juicios fácticos pueden extraerse diferentes consecuencias normativas.

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

2. LAS IDEAS FUNDAMENTALES DE ESTA INVESTIGACIÓN

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

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

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

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

⁴⁵ Sobre la fundamentación de esta tesis cfr. *infra*, pp. 206 y ss.

La perspectiva es *empírica* si en ella se describen o explican, por citar sólo algunos ejemplos, la frecuencia de determinados argumentos⁴⁶, la correlación entre determinados grupos de hablantes, situaciones lingüísticas y el uso de determinados argumentos, el efecto de los argumentos, la motivación para el uso de determinados argumentos, o las concepciones dominantes en determinados grupos sobre la validez de los argumentos. Una teoría de este tipo es parte de una teoría del actuar jurídico, especialmente del judicial, a desarrollar con los métodos de las ciencias sociales⁴⁷.

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

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

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

De importancia central para ello es la idea de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Lo que tienen en común los discursos jurídicos con el discurso práctico general consiste en que en ambas formas de discurso se trata de la corrección de enunciados normativos. Se fundamentará que tanto con la afirmación de un enunciado práctico general, como con la afirmación o pronunciamiento de un enunciado jurídico, se plantea una pretensión de corrección⁴⁸. En el discurso jurídico se trata de un caso *especial*, porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras. Entre éstas, se deben mencionar

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

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

⁴⁸ Sobre esto cfr. *infra*, pp. 208 y ss.

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

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

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

A tal efecto, en este trabajo se discutirán a fondo una serie de teorías sobre el tema. Se trata de las teorías, en el campo de la ética analítica, de Stevenson, Hare, Toulmin y Baier, de la teoría consensual de la verdad de Habermas, de la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen, así como de la teoría de la argumentación de Perelman. Los resultados de estas discusiones se resumirán en una teoría general del discurso práctico racional. El núcleo de esta teoría lo forman cinco grupos de un total de veintidós reglas, explícitamente formuladas, así como una tabla de seis formas de argumentos⁴⁹. La formulación explícita de estas reglas y formas puede parecer pedante, superflua, o incluso inadecuada. Su objetivo quizá más importante consiste en hacer aparecer más claramente sus defectos. Tales defectos pueden referirse tanto al contenido de las reglas, a lo incompleto de su enumeración, al carácter superfluo de algunas reglas y formas, y también a la insuficiente precisión de su formulación. En el caso de que tales defectos no vuelvan absolutamente carente de sentido las reglas y formas formuladas, éstas representan algo así como un código de la razón práctica.

La utilidad de estas reglas y formas no debe ser ni sobrevalorada ni infravalorada. No se trata de axiomas de los que se puedan deducir determinados enunciados normativos, sino de un grupo de reglas y formas, con *status* lógico completamente diferente, y cuya adopción debe ser suficiente para que el resultado fundamentado en la argumentación pueda plantear la pretensión de corrección. Estas reglas no de-

⁴⁹ Sobre esto cfr. *infra*, pp. 185 y ss. Sobre el concepto de forma de argumento cfr. *infra*, p. 102 y s. Sobre la diferencia entre reglas y formas cfr. *infra*, p. 184, nota 29.

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

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

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

instrumento de crítica de fundamentaciones no racionales, y también como precisión de un ideal al que se aspira.

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

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

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

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

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

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

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

discurso práctico general (y, en casos afortunados, así sucede), y que la fundamentación jurídica sólo sirve para la legitimación secundaria del resultado obtenido de esta manera. Esta tesis puede llamarse «*tesis de la secundariedad*». Según ella, el discurso jurídico, en todos los casos en los que la solución no puede extraerse concluyentemente de la ley, no sería otra cosa que un discurso práctico general con una fachada jurídica⁵⁰.

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

Sin embargo, con la afirmación de la tesis de la integración no se ha ganado mucho todavía. Queda la cuestión de cómo debe lograrse la conexión por ella exigida o, en palabras de Esser, cómo se debe determinar la relación del «control de corrección», con el «“control de concordancia” en cuanto a la compatibilidad de la solución con el sistema jurídico positivo, habida cuenta de otras soluciones legislativas y del elemento dogmático»⁵¹. Tal determinación es lo que se intentará en la teoría de la argumentación jurídica aquí presentada.

3. SOBRE LA DELIMITACIÓN DE LA TÓPICA

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

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

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

cómo se relaciona la teoría aquí desarrollada con la tesis de Viehweg⁵² de que la Jurisprudencia debe entenderse como tópica.

Para contestar a esta pregunta es necesario saber qué se debe entender por tópica⁵³. Siguiendo a Otte⁵⁴, puede entenderse por «tópica» tres cosas diferentes: (1) una técnica de búsqueda de premisas, (2) una teoría sobre la naturaleza de las premisas y (3) una teoría del uso de estas premisas en la fundamentación jurídica.

Como técnica de búsqueda de premisas, la tópica propone la búsqueda de todos los puntos de vista que se puedan tener en cuenta. Aquí pueden ser de gran ayuda los catálogos de *topoi*⁵⁵. Struck ha reunido, quizá con finalidad crítica, un catálogo de sesenta y cuatro *topoi*. En él se encuentran cosas tan heterogéneas como «lex posterior derogat legi priori»⁵⁶, «lo inaceptable no puede ser exigido»⁵⁷, y «propósito»⁵⁸. Incluso el valor heurístico de esta yuxtaposición puede ponerse en duda⁵⁹. En cualquier caso, no se pretende nada parecido en esta investigación.

La concepción de la tópica como una teoría sobre la naturaleza de las premisas es más interesante. Quien argumenta tópicamente no parte, por un lado, de enunciados demostrados como verdaderos, pero, por otro lado, tampoco parte de enunciados arbitrariamente establecidos, sino de *ἔνδοξα*⁶⁰, es decir, de enunciados verosímiles, plausibles, generalmente aceptados, o probables⁶¹. Esto es, en parte, correcto, pero se presta a malentendidos, es demasiado general y es, en parte, falso. Es demasiado general, porque no se diferencia suficientemente entre las diferentes premisas que se utilizan en las fundamentaciones

⁵² Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5.ª ed., München, 1974 (1.ª ed., München, 1953).

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

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

⁵⁵ Th. Viehweg, *Ibid.*, p. 35.

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

⁵⁷ *Ibid.*, p. 33.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 34.

⁵⁹ Sobre esto cfr. G. Otte, *Ibid.*, p. 187.

⁶⁰ Cfr. Aristóteles, *Topik*, 100 b.

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

jurídicas. La frase de Struck «la ley es un topos entre otros, sólo que mucho más importante»⁶², no se ajusta al papel de las normas jurídicas presupuestas como vigentes en el discurso jurídico⁶³. En esta debilidad radica la impotencia de la tópica para dar cuenta del encuadre de la argumentación jurídica tanto dentro de la dogmática jurídica institucionalmente elaborada⁶⁴, como también en el contexto de los precedentes⁶⁵. Una teoría adecuada de la argumentación jurídica tiene, sin embargo, que incluir una teoría tanto de la dogmática jurídica, como también de la valoración del precedente.

Junto a la falta de importancia de la ley, de la dogmática, y del precedente, es ante todo problemática la orientación de la tópica hacia la estructura superficial de los argumentos estándar. El catálogo de topoi elaborado por Struck es, en este sentido, típico. Con fórmulas como «propósito» y «lo inaceptable no puede ser exigido» se puede hacer muy poco, donde lo que cuenta es el análisis lógico de tales argumentos. Sólo de esta manera pueden éstos ser entendidos como estructuras compuestas de enunciados diversos, pero especialmente también de enunciados normativos, que han de ser el objeto característico de la discusión, si ésta ha de ser racional⁶⁶.

Pero si se penetra en la estructura profunda del uso de topoi tales como «lo insoportable no es de derecho»⁶⁷, que en una formulación general pueden contarse plausiblemente entre los «que parecen verdaderos a todos, o a la mayoría, o bien a los sabios, y de entre los sabios a su vez, a todos, a la mayoría, o bien a los más conocidos y prestigiosos»⁶⁸, entonces se encuentran enunciados normativos más especiales

⁶² G. Struck, *Ibid.*, p. 7.

⁶³ Sobre este punto crítico cfr. C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, pp. 142 y ss., U. Diederichsen, *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, en: «NJW», 19 (1966), p. 702.

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

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

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

⁶⁷ Struck, *Ibid.*, p. 33.

⁶⁸ Aristóteles, *Topik*, 100 b.

a los que, en ningún caso, son aplicables sin más estos criterios. Pero lo importante son estos enunciados, ya que con un enunciado como «lo insoportable no es de derecho» no se puede hacer nada, por lo menos cuando surge una disputa sobre qué es insoportable. Dirimir esta disputa con otras formulaciones de este nivel de generalidad significa dejar a un lado el problema.

Finalmente, la teoría esbozada por la tópica sobre el uso de premisas en la fundamentación de juicios singulares resulta problemática. La regla aquí vigente de considerar todos los puntos de vista ⁶⁹ no dice nada sobre qué punto de vista debe prevalecer, y ni siquiera determina cuáles son los puntos de vista a considerar. En este sentido, es totalmente consecuente la constatación de Viehweg de que «la discusión queda, obviamente, como la única instancia de control» ⁷⁰; pero ¿qué significa «instancia de control»? ¿Debe suponer cualquier consenso fácticamente alcanzado la garantía de la corrección? Esto no puede ser así por el simple hecho de que en una ulterior discusión puede resultar el carácter defectuoso de un consenso anterior. Habría que exigir, por lo menos, que en tales discusiones se respeten determinadas reglas que las caractericen como racionales. Struck indica algunas de tales reglas ⁷¹. Pero estas reglas no son suficientes, porque no contienen nada sobre el papel de la ley, la dogmática y el precedente.

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

Sin embargo, debe mantenerse la tesis de la tópica de que incluso

⁶⁹ Cfr. G. Struck, *Ibid.*, p. 7.

⁷⁰ Th. Viehweg, *Ibid.*, p. 43.

⁷¹ G. Struck, *Ibid.*, p. 99 y ss.

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

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

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

La teoría de la argumentación jurídica aquí propuesta puede ser entendida como la continuación de una serie de referencias que se pueden encontrar en la literatura sobre metodología jurídica. No es sólo Viehweg quien considera necesaria la elaboración de una «teoría retórica de la argumentación contemporánea ampliamente desarrollada»⁷³. Hassemer habla de que una teoría de la argumentación jurídica pertenece «a los desiderata más urgentes de la ciencia jurídica»⁷⁴. Rottleuthner considera que «la ciencia jurídica como disciplina normativa... se (tiene que entender) como teoría de la argumentación»⁷⁵. Rödíg indica que «sólo en base al arte de extraer conclusiones lógicamente correctas... no (puede) el juez fallar en un juicio». «Éste debe, por eso, poder argumentar racionalmente también en zonas en las que no se dan los presupuestos de la demostración lógica. Es claro que tales zonas existen, pero mucho menos claro es el método de argumentar “racionalmente”» en ellas⁷⁶.

También algunas consideraciones del Tribunal Constitucional Federal, en una reciente decisión, hacen aparecer como deseable una clarificación de lo que se pueda entender por «argumentación racional». El Tribunal constata, primero, que en consideración al artículo 20 apartado 3 de la Ley Fundamental «el Derecho... no (se) identifica con el conjunto de las leyes escritas». El juez no está, por tanto, «constreñido por la Ley Fundamental a aplicar al caso concreto las indicaciones del legislador dentro de los límites del sentido literal posible». La tarea de la aplicación del Derecho puede «exigir, en especial, poner de manifiesto y realizar en decisiones mediante un acto de conocimiento valorativo en el que tampoco faltan elementos volitivos, valoraciones que son immanentes al orden jurídico constitucio-

⁷³ Th. Viehweg, *Ibid.*, p. 111.

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

⁷⁵ H. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Frankfurt a. M., 1973, p. 188.

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