

Capítulo sexto

ROBERT ALEXY: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO DISCURSO RACIONAL

I. INTRODUCCIÓN

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

Como ya se ha indicado varias veces —y ahora habrá ocasión de comprobar—, la teoría de la argumentación jurídica formulada por ALEXY en su *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (ALEXY, 1978a) y desarrollada y precisada —pero no modificada— después en numerosos artículos¹, coincide substancialmente con la de MACCORMICK. Ambos han recorrido, cabría decir, la misma vía, pero en sentidos opuestos. MACCORMICK —como se ha visto— parte de las argumentacio-

1. Véase la bibliografía de ALEXY al final del libro.

nes o justificaciones de las decisiones tal y como de hecho tienen lugar en las instancias judiciales y, a partir de ahí, elabora una teoría de la argumentación jurídica que acaba por considerar que forma parte de una teoría general de la argumentación práctica. ALEXY, al contrario, arranca de una teoría de la argumentación práctica general que proyecta luego al campo del Derecho (*cfr.* AARNIO-ALEXY-PECZENIK, 1981, p. 260); el resultado al que llega, la tesis central de su concepción, consiste en considerar el discurso jurídico, a la argumentación jurídica, como un caso especial del discurso práctico general, esto es, del discurso moral. Esta diferente aproximación hace que la concepción de ALEXY esté, en cierto modo, más alejada de la práctica real de la argumentación jurídica que la de MACCORMICK², pero, a cambio, se trata de una teoría más articulada y sistemática. En cualquier caso, y al igual que MACCORMICK, ALEXY no pretende elaborar simplemente una teoría normativa de la argumentación jurídica (que permita distinguir los buenos de los malos argumentos), sino una teoría que sea también analítica (que penetre en la estructura de los argumentos) y descriptiva (que incorpore elementos de tipo empírico)³. Esto, por otro lado, no deja de plantear —como luego se verá— algunos problemas a la teoría.

-
2. Véase, sin embargo, ALEXY (1980a), donde efectúa un pormenorizado análisis de una decisión concreta; también ALEXY (1986).
 3. Aquí existe, sin embargo, cierta ambigüedad. En su *Teoría de la argumentación jurídica*, ALEXY indica que la teoría del discurso racional es una teoría normativa (1978a, p. 178). En su artículo conjunto con AARNIO y PECZENIK, la define como una *normative-analytic theory* (AARNIO-ALEXY-PECZENIK, 1981, p. 260). Y en un breve trabajo posterior (1978a) sugiere que incluye los tres aspectos: orientada hacia cuestiones normativas, útil desde una perspectiva analógica e informada empíricamente (p. 2).

A fin de elaborar un bosquejo de una teoría del discurso práctico racional general como paso previo para la construcción de una teoría de la argumentación jurídica, ALEXY utiliza fuentes muy variadas: diversas teorías de la ética analítica (especialmente, las de HARE, TOULMIN y BAIER), la teoría del discurso de HABERMAS, la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Earlange y la teoría de la argumentación de PERELMAN⁴. Pero, de todas ellas, la influencia fundamental es, sin duda, la de HABERMAS. La teoría de ALEXY viene a significar, por un lado, una sistematización y reinterpretación de la teoría del discurso habermasiana y, por otro lado, una extensión de esa tesis al campo específico del Derecho.

2. La teoría del discurso de HABERMAS

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

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

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

cia, las cuestiones prácticas son susceptibles de verdad en un sentido lato de este término (McCARTHY, 1987, p. 360)⁵.

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

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

Ahora bien, aunque en un sentido amplio los enunciados normativos serían, como los descriptivos, susceptibles de verdad, en un sentido estricto, los primeros⁶ no serían exactamente verdaderos o falsos, sino correctos e incorrectos⁷. Para entender su

5. Para una exposición de conjunto de la obra de HABERMAS, puede verse, además de este libro de McCARTHY, MARDONES (1985). Una breve y clara exposición de las ideas fundamentales de HABERMAS puede encontrarse en GIDDENS (1985); *cfr.* también CORTINA (1985).

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

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

concepción, debe tenerse en cuenta que, en relación con las teorías más usuales sobre la verdad, HABERMAS traslada este concepto desde el nivel semántico (la verdad en cuanto referida al sentido de las proposiciones o de las normas) al nivel pragmático (la verdad en cuanto referida a los actos que se realizan al decir algo: afirmaciones, promesas, mandatos, etc.); o, dicho de otra manera, su teoría supone un paso desde el nivel locucionario al nivel ilocucionario del lenguaje⁸.

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

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

cuatro pretensiones de validez⁹:

El hablante tiene que elegir una expresión *inteligible* para que el hablante y el oyente puedan *entenderse entre sí*, el hablante tiene que tener la intención de comunicar un contenido proposicional *verdadero* para que el oyente pueda *compartir* el saber del hablante; el hablante tiene que querer manifestar sus intenciones *verazmente* para que el oyente pueda creer en sus emisiones (confiar en él); finalmente, el hablante tiene que elegir una emisión *correcta* en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar su emisión, de modo que hablante y oyente puedan *coincidir entre sí* en lo que se refiere al trasfondo normativo conocido (HABERMAS, 1976, p. 300; MCCARTHY, 1987, p. 334).

En la interacción ordinaria, las pretensiones de validez que se vinculan con cada acto de habla se aceptan de forma más o menos ingenua. Pero esas pretensiones pueden ser también problematizadas, y cuando lo que se problematiza son las pretensiones de verdad o de corrección se produce el paso desde la acción (la acción comunicativa)¹⁰ a lo que HABERMAS llama el discurso. Eso

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

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

quiere decir que el hablante tiene que dar razones para tratar de fundamentar el hecho de que sus aserciones son verdaderas (discurso teórico) o de que una determinada acción o norma de acción es correcta (discurso práctico). Por lo que se refiere a las otras dos pretensiones, la de inteligibilidad es condición, pero no objeto de la comunicación (y da lugar a lo que HABERMAS llamó “discurso explicativo”), y la de veracidad no se resuelve discursivamente: si un hablante es o no sincero sólo puede reconocerse en sus acciones¹¹.

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

En términos de HABERMAS —afirma MCCARTHY— el discurso es esa forma “peculiarmente improbable” de comunicación en que todos los participantes se someten a sí mismos a la “coacción no coactiva del mejor argumento” con la finalidad de llegar a un acuer-

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

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

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

II. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ALEXY

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

Como hemos visto, la teoría del discurso de HABERMAS, que ALEXY hace suya, se puede caracterizar como una teoría procedimental. Referido al discurso práctico, ello quiere decir que un enunciado normativo es correcto “si y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento P” (ALEXY, 1985b, p. 45). Pero la teoría del discurso racional no es la única teoría procedimental. Caben diversas interpretaciones del procedimiento a que hacen referencia: 1) a los individuos que participan en el mismo; 2) a las exigencias que se imponen al procedimiento; 3) a la peculiaridad del proceso de decisión.

- 1) Con respecto a los individuos, por un lado, puede tratarse de un solo individuo (como ocurre con la teoría del espectador imparcial de la que —vimos— hacía uso MACCORMICK), de varios individuos o de todos los individuos de una clase (el auditorio universal de PERELMAN); y, por otro lado, puede tratarse de individuos realmente existentes o de individuos contruidos o ideales (como “el espectador imparcial” o los “seres de razón”). La teoría del discurso se caracteriza porque en el procedimiento puede participar un número ilimitado de individuos en la situación en que realmente existen.
- 2) Con respecto a las exigencias, estas pueden formularse como condiciones o como reglas. La teoría del discurso puede formularse íntegramente a través de reglas, porque no se establece ninguna prescripción sobre cómo deben ser los individuos. No obstante —como luego veremos— ALEXY

no incluye sólo reglas, sino también formas de argumentos; pero esas formas también podrían formularse técnicamente como reglas (cfr. ALEXY, 195b, p. 47; 1978a, p. 184).

- 3) Finalmente, el proceso de decisión puede incluir o no la posibilidad de la modificación de las convicciones normativas de los individuos, existentes al comienzo del procedimiento. Si no existe esta posibilidad (como ocurre, por ejemplo, con el modelo de RAWLS en relación con la elección de los principios de justicia que efectúan los individuos en la posición originaria se trata, pues, de individuos ideales— para los individuos en la vida ordinaria [cfr. RAWLS, 1971]), se podría decidir en un momento determinado. Sin embargo, la teoría del discurso se caracteriza porque “las convicciones fácticas y normativas (así como sus intereses) pueden ser modificadas en virtud de los argumentos presentados *en el curso del procedimiento*” (ALEXY, 1985b, p. 47; cfr. también ALEXY, 1988b). Más adelante se verá la trascendencia de este hecho.

Vistas las cosas desde otra perspectiva, cabe decir que una teoría procedimental como la del discurso racional ofrece una solución para el denominado *trilema de Münchhausen* (ALEXY, 1978a, p. 177), que surge cuando se pretende fundamentar una proposición mediante otra proposición. En tal caso, la situación con la que nos enfrentamos consiste en que, o bien nos vemos abocados a un regreso al infinito, o bien hay que renunciar a fundamentar en un determinado momento y la fundamentación se sustituye por una decisión, o bien la fundamentación se vuelve circular: los principios últimos se fundamentan a partir de los considerados derivados. La salida del problema consistiría en establecer exigencias de la actividad de fundamentación, esto es, reglas de la discusión racional, cuyo cumplimiento garantiza que el resultado

—la norma particular o la aserción que se pretende fundamentar— sea racional. Pero que el resultado sea racional —como luego se verá— no significa que sea absolutamente correcto.

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

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

de este modo de fundamentación consiste en mostrar que: a) la validez de determinadas reglas es constitutiva de la posibilidad de determinados actos de habla; b) si renunciamos a estos actos de habla, abandonaríamos formas de comportamiento específicamente humanas.

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

2. Las reglas y formas del discurso práctico general¹³

2.1. Las reglas fundamentales

El primer grupo de reglas del discurso práctico racional son las reglas fundamentales (*die Grundregeln*), cuya validez es condición para cualquier comunicación lingüística en que se trate de la verdad o de la corrección; esto es, se aplican tanto al discurso teórico como al discurso práctico. Dichas reglas enuncian los principios de no contradicción (incluyendo la no contradicción entre nor-

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

mas), de sinceridad, de universalidad (con una variante referida a los enunciados normativos y valorativos) y de uso común del lenguaje. ALEXY las formula así:

- (1.1) Ningún hablante puede contradecirse.
- (1.2) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.
- (1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes.
- (1.3') Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.
- (1.4) Distintos hablantes no puede usar la misma expresión con distintos significados.

2.2. Las reglas de razón

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

- (2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

- (2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.
- (2.2.) a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.
 - b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.
 - c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.
- (2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2.), mediante coerción interna o externa al discurso

2.3. *Las reglas sobre la carga de la argumentación*

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

- (3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B, está obligado a fundamentarlo.
- (3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.
- (3.3.) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contrargumentos.

14. Sobre este tipo de reglas, véase el trabajo de GIZBERT-STUDMICKI (1990).

- (3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifiesto.

2.4. *Las formas de los argumentos*

El cuarto grupo lo constituyen las formas de argumento específicas del discurso práctico¹⁵. ALEXY parte de que, básicamente, hay dos maneras de fundamentar un enunciado normativo singular (N): por referencia a una regla (R), o bien señalando las consecuencias de N (F, de *Folge* = consecuencia). Ahora bien, si se sigue la primera vía, además de una regla debe presuponerse también un enunciado de hecho que describa las condiciones de aplicación de la misma (T, de *Tatsache* = supuesto de hecho); y, si se sigue la segunda, hay que sobrentender también que existe una regla que dice que la producción de ciertas consecuencias es obligatoria, o es algo bueno. En consecuencia, tenemos estas dos primeras formas de argumento:

(4.1) T

$$\frac{R}{N}$$

(4.2) F

$$\frac{R}{N}$$

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

15. En AARNIO-ALEXY-PECZENIK (1981), las formas de argumento aparecen expuestas después de todas las reglas del discurso.

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

Por otro lado, (4.1) y (4.2) son subformas de una forma general de argumento que establece que un enunciado normativo cualquiera se fundamenta aduciendo una regla de cualquier nivel y una razón (*G*, de *Ground* = razón, fundamento). Como es fácil ver, no se trata de otra cosa que del esquema básico de TOULMIN:

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

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

(4.3) $\frac{F_R}{\frac{R'}{R}}$	(4.4) $\frac{T'}{\frac{R'}{R}}$
----------------------------------	---------------------------------

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

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

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

2.5. Las reglas de fundamentación

Como las reglas anteriores dejan abierto un campo amplísimo de indeterminación, hay que añadir un quinto grupo, *las reglas de fundamentación (die Begründungsregeln)*, que se refieren específicamente a las características de la argumentación práctica y regulan la forma de llevar a cabo la fundamentación mediante las formas anteriores. Por un lado, ALEXY formula tres variantes del principio de universalidad (al que HABERMAS considera, en el discurso práctico, como el equivalente al principio de inducción en el discurso teórico)¹⁶, que se vinculan, respectivamente, con las

16. "En el discurso teórico se salva el abismo entre las observaciones particulares y las hipótesis generales mediante cánones diferentes de la inducción. El discurso práctico precisa de un principio puente. Por este motivo, todas las investigaciones sobre la lógica de la argumentación moral conducen a la necesidad de introducir un principio moral que, en su calidad de norma de argumentación, cumple una función equivalente al principio de inducción

concepciones de HARE (principio de intercambio de roles), de HABERMAS (principio del consenso) y de BAIER (principio de publicidad). Téngase en cuenta que entre las dos primeras formulaciones existe esta diferencia: mientras que en el primer caso se parte de las concepciones normativas de *cada* hablante, el segundo se refiere a las opiniones *comunes* por obtener en el discurso¹⁷. He aquí las reglas:

- (5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.
- (5.1.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.
- (5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

en el discurso científico experimental [...]. Resulta interesante comprobar que, cuando intentan encontrar un principio moral de este tipo, los autores de diferentes procedencias filosóficas coinciden siempre en un fundamento en el que subyace la misma idea. *Todas* las éticas cognitivas se remiten a aquella intuición que KANT formuló como el imperativo categórico” (HABERMAS, 1985, p. 83). Es interesante observar que tanto el principio de inducción como el principio de universalidad desempeñan en la argumentación la función que TOULMIN llamaba de respaldo (*backing*) (cfr. HABERMAS, 1989a, p. 144).

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

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

(5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis *histórico-crítica*. Una regla moral no pasa semejante prueba: a) si aunque originariamente se pueda justificar racionalmente, sin embargo, ha perdido después su justificación, o b) si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

(5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación *histórico-individual*. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

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

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

2.6. *Las reglas de transición*

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

discusión práctica (discurso de teoría del discurso). Ello da lugar a estas tres últimas reglas:

- (6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).
- (6.2) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.
- (6.3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

3. Los límites del discurso práctico general

Las reglas del discurso no garantizan que pueda alcanzarse un acuerdo para cada cuestión práctica (es decir, que se puedan resolver todos los problemas de conocimiento), ni tampoco que, en caso de que se alcanzase dicho acuerdo, todo el mundo estuviera dispuesto a seguirlo (problema de cumplimiento). Las razones para lo primero son, básicamente, estas tres: algunas de las reglas del discurso [(2.1) (2.3)] sólo pueden cumplirse de manera aproximada; no todos los pasos de la argumentación están determinados; todo discurso debe empezar a partir de las convicciones normativas de los participantes, las cuales están determinadas históricamente y son, además, variables. La razón para lo segundo descansa en una distinción, que ALEXY toma de KANT, entre el *principium diudicationis* y el *principium executionis*, esto es, entre la formación del juicio y la formación de la voluntad: saber lo que es correcto no significa necesariamente estar dispuesto a actuar en ese sentido (cfr. ALEXY, 1988c, p. 31; 1989, p. 297).

Esta doble limitación de las reglas del discurso práctico hace que sea necesario establecer un sistema jurídico que sirva, en cierto sentido, para cerrar esta laguna de racionalidad. El Derecho

resulta, pues, justificado discursivamente tanto en su dimensión propiamente normativa, esto es, en cuanto conjunto de normas (como luego veremos, de reglas y principios) que, moviéndose dentro del campo de lo discursivamente posible, hacen que aumente la posibilidad de resolución de cuestiones prácticas, como en su dimensión coactiva, esto es, en cuanto que sus normas puedan imponerse también a quienes no están dispuestos a seguirlas de buen grado. Más en concreto, ALEXY distingue tres tipos de procedimientos jurídicos que habría que añadir al procedimiento del discurso práctico general regulado por las reglas anteriores (*cf.* AARNIO-ALEXY-PECZENIK, 1981; ALEXY, 1985b y 1988c).

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

no es otro que el *proceso judicial*; una vez que se termina este último procedimiento, sólo queda una respuesta de entre las discursivamente posibles.

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

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

El discurso jurídico es, en opinión de ALEXEY, un caso especial del discurso práctico general. Esto quiere decir, más concretamente, que 1) en el mismo se discuten cuestiones prácticas, 2) se erige también una pretensión de corrección (la pretensión de justicia sería un caso de pretensión de corrección), pero ello 3) se hace (y de

ahí que sea un caso *especial*) dentro de determinadas condiciones de limitación. En otras palabras, en el discurso jurídico no se pretende sostener que una determinada proposición (una pretensión o *claim* en la terminología de TOULMIN) es sin más racional, sino que puede fundamentarse racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente. El procedimiento del discurso jurídico se define, pues, por un lado, por las reglas y formas del discurso práctico general y, por otro lado, por las reglas y formas específicas del discurso jurídicos que, sintéticamente, expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática. A su vez, ALEXY distingue dos aspectos en la justificación de las decisiones jurídicas, la justificación interna y la justificación externa, de manera que existen también dos tipos de reglas y formas del discurso jurídico.

4.1. Reglas y formas de la justificación interna

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

(J.1.1) (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$

(2) Ta

(3) ORa (1), (2)¹⁸

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

(J.1.1) satisface estas dos primeras reglas de fundamentación interna:

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

Sin embargo (J.1.1), es insuficiente en los casos complicados¹⁹, en los que no cabe efectuar directamente la inferencia deductiva. Entonces hay que acudir a una forma más general — aunque rudimentaria— de justificación interna que establezca diversos pasos de desarrollo (reglas para el uso de T), de manera que la aplicación de la norma al caso no sea ya discutible:

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

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

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

- 1) Quien comete asesinato debe ser castigado con la pena de reclusión mayor.

19. Véase una tipología de estos supuestos en AARNIO-ALEXY-PECZENIK (1981, pp. 152 y ss.) y ALEXY (1980a).

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

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

- (J.2.3) Siempre que exista duda sobre si *a* es un *T* o un *M*, hay que aducir una regla que decida la cuestión.
- (J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.
- (J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

4.2. *Reglas y formas de la justificación externa*

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

jurídica²⁰; en concreto, a las formas y reglas de la justificación externa.

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

a. Reglas y formas de la interpretación

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

- (J.1.2') (1) $(T_x \rightarrow OR_x)$ (R)
(2) $(M_x \rightarrow T_x)$ (W)
(3) Ma
(4) ORa (1)-(3)

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

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

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

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

En relación con la *interpretación semántica*, ofrece tres formas de argumentos, según se usen para justificar, criticar o mostrar que una interpretación (la regla W debe entenderse aquí como una *descripción* del uso del lenguaje) es admisible:

- (J.3.1) R' *debe* aceptarse como interpretación de R sobre la base de W_i
- (J.3.2) R' no puede aceptarse como interpretación de R sobre la base de W_k
- (J.3.3) Es *posible* aceptar R' como interpretación de R, y es posible no aceptar R' como interpretación de R, pues no rigen ni W_i ni W_k

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

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

(J.4.2) (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z
 (2) $\neg R' (=I_W^R) \rightarrow \neg Z$
 (3) R'

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

(J.5) (1) OZ
 (2) $R' (=I_W^R) \rightarrow \neg Z$
 (3) R'

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

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

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

Pero el problema fundamental de los cánones de la interpretación consiste en que, según unos u otros, se llega a resultados distintos. En relación con ello, ALEXY entiende que aunque no se pueda establecer una jerarquía clara entre los mismos, sí cabe establecer ciertas reglas que atribuyen cierta prevalencia en favor de los argumentos semánticos y genéticos, y que extienden al uso de los cánones interpretativos la vigencia del principio de universalidad [tanto en la formulación contenida en (1.3) como en (2.2a) y (2.2b)]. Estas reglas son las siguientes:

- (J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.
- (J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.
- (J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.

b. Reglas de la argumentación dogmática

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

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

Hasta qué punto tiene ALEXY una concepción positiva de la dogmática jurídica lo demuestra el hecho de que a la misma le atribuye las siguientes funciones: de estabilización (puesto que fija durante largos períodos de tiempo determinadas formas de decisión); de progreso (amplía la discusión jurídica en su dimensión temporal, objetual y personal); de descarga (no hay que volver a discutirlo todo cada vez); técnica (la presentación unificada y sistemática de la materia sirve como información y promueve la enseñanza y la capacidad de transmisión); de control (al permitir decidir casos en relación con los ya decididos y por decidir, acrecienta la eficacia del principio de universalidad y de justicia); heurística (las dogmáticas contienen modelos de solución y sugieren nuevas preguntas y respuestas). Las reglas de la argumentación dogmática que formula ALEXY se refieren: a la necesidad de fundamentar los enunciados dogmáticos, en último término, en enunciados prácticos de tipo general; a la posibilidad de que los enunciados dogmáticos sean comprobados sistemáticamente, tanto en sentido estricto (se trata de ver si el enunciado se ajusta a los enunciados dogmáticos ya aceptados y a las normas jurídicas vigentes), como en sentido amplio (en este caso se trataría de ver si las decisiones a fundamentar con ayuda de enunciados dogmáticos y normas jurídicas, son compatibles entre sí según puntos de vista prácticos de tipo general); y a la necesidad de utilizar argumentos dogmáticos, puesto que su uso no sólo no contradice los principios de la teoría del discurso, sino que es “un tipo de argumentación exigido por ésta en el contexto especial del discurso jurídico” (ALEXY, 1978a, p. 261). Se formulan así:

- (J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

- (J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.
- (J.12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

c. Reglas sobre el uso de los precedentes

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

- (J.13) Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión, debe hacerse.
- (J.14) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

d. Formas de argumentos jurídicos especiales

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

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

Lo que ALEXY destaca aquí, sobre todo, es que estas tres formas de argumento son casos especiales del discurso práctico general: "(J.15) es un esquema de inferencia válido lógicamente²¹; (J.16) es exigido por el principio de universalidad²²; y (J.17) es un caso en que se toma en consideración las consecuencias" (ALEXY, 1978a, pp. 270-1)²³. Por otro lado, y al igual que ocurría con los cánones de la interpretación, el uso de estas formas sólo es racional en la medida en que las mismas resultan saturadas y en que los enunciados insertados para la saturación puedan fundamentarse en el discurso jurídico. Por ejemplo, en relación con la forma del argumento por analogía, la premisa (1) se fundamenta a partir de la norma expresada en la ley que cabría formular así: (x)

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

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

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

($Fx \rightarrow OGx$), y de una regla que a su vez que puede verse como un caso especial del principio de universalidad: “Los supuestos de hecho que son semejantes desde un punto de visto jurídico deben tener las mismas consecuencias jurídicas” (*ibídem*, p. 269). En definitiva, para el uso de las formas especiales de argumentos jurídicos rige la siguiente regla:

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

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

Si bien la argumentación jurídica es una exigencia de la racionalidad práctica, en cuanto que permite, para la resolución de las cuestiones prácticas, ir más allá de donde deja las cosas el discurso práctico general, el discurso jurídico tiene también sus límites: una solución que se haya alcanzado respetando sus reglas es una solución racional, pero las reglas no garantizan que en cada caso se pueda llegar a una única respuesta correcta. Al igual que ocurría con el discurso práctico general, el discurso jurídico delimita también, junto con las esferas de lo discursivamente necesario y lo discursivamente imposible, una tercera de lo discursivamente posible: frente a un mismo caso, las reglas del discurso jurídico permiten que varios participantes en el mismo lleguen a soluciones incompatibles entre sí, pero racionales (esto es, fundamentadas discursivamente). Esto se debe, como antes se vio, a que el discurso comienza sobre la base de las convicciones fácticamente existentes de los participantes en el mismo, a que todos los pasos de la argumentación no están determinados y a que algunas de las reglas del discurso sólo pueden ser satisfechas

de manera aproximada. Ni siquiera en un discurso ideal, es decir, en un discurso en que los participantes cumplen completamente con las reglas (lo que quiere decir, que el mismo tiene lugar en condiciones de tiempo ilimitado, participación ilimitada, ausencia total de coacción, claridad lingüística y conceptual total, información empírica completa, capacidad y disponibilidad para el intercambio de roles y ausencia de prejuicios) podría asegurarse que el discurso práctico permite alcanzar siempre un consenso, es decir, una única respuesta. Esto es así, porque no cabe excluir —aunque tampoco afirmar— que existan diferencias antropológicas entre los participantes que supongan un freno para el discurso y excluyan, en consecuencia, el consenso (*cf.* ALEXY, 1988, p. 29; 1989, p. 301; 1988d, p. 151 y 1988b, p. 62).

En resumen, la pretensión de corrección que se plantea en el discurso jurídico no es sólo una pretensión *limitada* en el sentido de que se efectúa bajo las exigencias señaladas por la ley, la dogmática y los precedentes (y, en general, bajo los límites de las reglas del discurso jurídico), sino que, además, es relativa a los participantes en el discurso (en el sentido de que el resultado depende de ellos y, por tanto, de sus convicciones normativas), a un determinado momento temporal (el resultado del discurso puede ser distinto en el tiempo t y en el tiempo t) y, finalmente, en la mayoría de los casos, el procedimiento no puede realizarse en la práctica (*cf.* ALEXY, 1985b, pp. 47 y ss.; 1988c, pp. 27 y ss.; 1988b, pp. 61-2).

Pero estas dificultades, en opinión de ALEXY, no desacreditan en absoluto a la teoría del discurso. En primer lugar, porque el que sean posibles discursivamente diversas respuestas no significa que *todas* sean posibles. El procedimiento discursivo cumple al menos una función negativa, consistente en señalar límites que no pueden ser franqueados. Y, por otro lado, sostener la tesis de

que existe una única respuesta correcta —a la manera, por ejemplo, de DWORKIN (1977, 1985 y 1986)— le parece a ALEXY equivocado, pues para ello habría que sostener también una teoría *fuerte* de los principios “que contuviera además de todos los principios del sistema jurídico en cuestión, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, determinara unívocamente la decisión en cada uno de los casos” (ALEXY, 1988d, p. 145). Como en seguida veremos, ALEXY piensa que sólo puede defenderse una teoría *débil* de los principios, lo que no implica tampoco entender los mismos simplemente como un catálogo de *topoi*. En segundo lugar, la relativización con respecto a los participantes no es sólo un inconveniente.

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

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

quien se formula la pregunta realice mentalmente —hipotéticamente— el procedimiento²⁴.

Además, ALEXY entiende que una teoría de la argumentación jurídica sólo despliega todo su valor práctico en el contexto de una teoría general del Estado y del Derecho. esta última teoría tendría que ser capaz de unir dos modelos distintos de sistema jurídico²⁵: el sistema jurídico como sistema de procedimientos, y el sistema jurídico como sistema de normas. El primero representa el lado activo, y consta de los cuatro procedimientos ya mencionados: el discurso práctico general, la creación estatal del Derecho, el discurso jurídico y el proceso judicial. El segundo es el lado pasivo y, según ALEXY, debe mostrar que el Derecho, en cuanto sistema de normas, consiste no sólo en reglas, sino también en principios.

-
24. Esto último plantea todavía el siguiente problema. Las cuestiones prácticas tratan normalmente con conflictos de intereses, y la interpretación de los intereses de los participantes puede cambiar por medio de argumentos, pero quien tiene que aceptar dichos cambios es cada uno de los participantes. Dicho de otra manera, puesto que el discurso es esencialmente no monológico (dialógico), surge el problema de cómo un discurso desarrollado en la mente de un apersona puede aproximarse al que desarrollarían diversas personas. Según ALEXY, tal aproximación es posible, porque “uno nunca puede estar seguro de los argumentos, las interpretaciones de intereses y los cambios en las interpretaciones de otras personas, pero es posible hasta un grado considerable hacer conjeturas fundadas sobre ello. Sobre casi todas las cuestiones prácticas diversas personas han pronunciado numerosos argumentos. La vida ordinaria, la literatura y la ciencia provee numerosas informaciones sobre posibles maneras de interpretación y cambios de intereses” (ALEXY, 1988b, p. 65).
25. ALEXY es aquí un tanto ambiguo: en ocasiones habla de una teoría del Derecho y del Estado (ALEXY, 1988c, p. 30; 1985b, p. 54), y otras veces de una teoría de la legislación y de la sociedad (1978a, p. 275); pero el bosquejo que presenta lo sería, simplemente, de una teoría del Derecho.

ALEXY acepta un concepto de principio que está muy próximo al de DWORKIN²⁶. Para él —al igual que para DWORKIN— la diferencia entre reglas y principios no es simplemente una diferencia de grado, sino de tipo cualitativo o conceptual.

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

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

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

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

Si bien —como ya se ha dicho— no es posible construir una teoría de los principios que establezca una jerarquía estricta entre ellos, sí cabe establecer un orden débil entre los mismos que permita su aplicación ponderada (de manera que sirvan como *fundamento* para decisiones jurídicas) y no un uso de los mismos puramente arbitrario (como ocurriría si no fueran más que un catálogo de *topoi*). Tal orden débil consta de tres elementos: 1) Un sistema de condiciones de prioridad, que hacen que la resolu-

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

ción de las colisiones entre principios en un caso concreto tenga también importancia para nuevos casos: “Las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre todo forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalente” (ALEXY, 1988d, p. 147); ello quiere decir que también aquí rige el principio de universalidad. 2) Un sistema de estructuras de ponderación que derivan de la consideración de los principios como mandatos de optimización en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Respecto a las posibilidades *fácticas*, cabe formular dos reglas que expresan el principio de optimalidad de PARETO (y que suponen el paso del campo de la subsunción y la interpretación al de la decisión racional). La primera consiste en que “una medida M está prohibida con respecto a P1 y P2 si no es eficaz para proteger el principio P, pero es eficaz para socavar el principio P2” y la segunda, que “una medida M está prohibida en relación con P1 y P2, si existe una alternativa M que protege a P al menos igual de bien que M, pero que socava menos a P2 (ALEXY, 1988c, p. 37). Y respecto a las posibilidades *jurídicas*, la obligación de optimización corresponde al principio de proporcionalidad que se expresa en esta ley de ponderación: “Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro” (ALEXY, 1988d, p. 147). 3). Un sistema de prioridades *prima facie*: la prioridad establecida de un principio sobre otro, puede ceder en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la carga de prueba.

Este modelo del Derecho en tres niveles (el de las reglas, el de los principios y el de los procedimientos) no permite alcanzar siempre una única respuesta correcta para cada caso, pero es el que lleva a un mayor grado de racionalidad práctica y es también el modelo de racionalidad incorporado en el Derecho moderno

y, en particular, en el Derecho de un Estado democrático y constitucional (*cfr.* ALEXY, 1987b; 1990). Para ALEXY el Derecho —fundamentalmente el Derecho moderno— contiene una dimensión ideal que lo conecta, en forma conceptualmente necesaria, con una moralidad procedimental y universalista. Esta dimensión no es otra cosa que la pretensión de corrección que necesariamente plantean tanto las normas y las decisiones jurídicas consideradas individualmente como el sistema jurídico considerado en su conjunto. Ahora bien, la pretensión de corrección tiene, por un lado, un carácter relativo (en el sentido ya explicado), pero, por otro lado, considerada como idea regulativa, tiene carácter absoluto. Ello lleva a ALEXY, en definitiva, a no abandonar del todo la tesis de la única respuesta correcta:

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

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

Utilizando la sistematización que efectúa el propio ALEXY (*cfr.* ALEXY, 1989a, p. 291), a su teoría de la argumentación se le pueden dirigir —y, de hecho, se le han dirigido— dos tipos de