

# LA UNIDAD DE RAZONAMIENTO PRÁCTICO EN LA TEORÍA DEL DISCURSO JURÍDICO \*

José Manuel Cabra Apalategui

*Universidad de Málaga*

**RESUMEN.** La principal contribución de la *Teoría de la argumentación jurídica* de R. ALEXY es la «tesis del caso especial» (*Sonderfallthese*), según la cual, la argumentación jurídica es un caso especial de discurso práctico general. Para determinar el verdadero significado de esta tesis, es decir, para determinar el contenido de las pretensiones de validez (o pretensión de corrección) formuladas en los discursos jurídicos, es necesario precisar el concepto central de la misma —el discurso práctico general— y sus relaciones con otros discursos prácticos específicos —discursos pragmáticos, ético-políticos y morales— distintos del discurso jurídico.

**Palabras clave:** unidad de razón práctica, discurso jurídico, tesis del caso especial, ALEXY, HABERMAS.

**ABSTRACT.** The «special case thesis» (*Sonderfallthese*) is the main contribution of R. ALEXY in his *Theory of Legal Argumentation*. According to this thesis, legal argumentation is a special case of the general practical discourse. In order to determine its real meaning, that is, in order to determine the content of the validity claims (or claims of correctness) made in legal discourses, it is necessary to specify its central concept —general practical discourse— and its relations with specific practical discourses —pragmatic, ethical and moral discourses— others than legal discourse.

**Key words:** unity of practical reason, legal discourse, special case thesis, ALEXY, HABERMAS.

---

\* Fecha de recepción: 28 de junio de 2010. Fecha de aceptación: 8 de septiembre de 2010.  
Título en inglés: *The Unity of Practical Reason in the Theory of Legal Discourse*.

## INTRODUCCIÓN

La principal contribución de R. ALEXY en su *Teoría de la argumentación jurídica* es la llamada «tesis del caso especial» (*Sonderfallthese*), según la cual, «el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general»<sup>1</sup>. Dicha afirmación encuentra su fundamento en que: 1) la argumentación jurídica, como la argumentación práctica general, se ocupa de cuestiones prácticas, *i. e.*, califica acciones como prohibidas, permitidas u obligatorias; 2) plantea respecto a las mismas un pretensión de corrección, y 3) circunscribe esta pretensión de corrección (en esto reside la especialidad) al marco de un ordenamiento jurídico vigente, *i. e.*, está limitada por la ley, los precedentes, la dogmática jurídica y, en su caso, a las reglas de procedimiento judicial. La relevancia de esta tesis trasciende el ámbito argumentativo y «se revela como un elemento esencial para la teoría del Derecho que proviene de la teoría de la argumentación jurídica»<sup>2</sup>.

En su simplicidad está su potencial, pero también su ambigüedad. En primer lugar, en relación a su propio estatuto epistemológico: no está claro si se trata de una tesis descriptiva, analítica o normativa, pero esto no va a ser tratado aquí<sup>3</sup>. En segundo lugar, es necesario precisar el concepto central de la teoría —el discurso práctico general— y su relación con otros discursos distintos del jurídico; sólo así podrá dilucidarse la relación existente entre lo general (el discurso práctico general) y lo específico (el discurso jurídico) en la tesis del caso especial. Además, la tesis del caso especial presupone que los sistemas jurídicos reales no pueden ofrecer una respuesta inequívoca para cada problema. Esto supone, necesariamente, abrir el discurso jurídico a otro tipo de argumentos: los argumentos prácticos, con los que fundamentar aquellas decisiones que no pueden ser fundamentadas exclusivamente en los argumentos institucionales (si es que esto es posible en algún caso). Los argumentos prácticos pueden ser, en principio, tan diversos como las perspectivas desde las que se puede responder al interrogante práctico «¿qué hacer?». Cada una de estas perspectivas prácticas —moral, política, religiosa, etc.— genera, al menos en principio, un discurso y un tipo de argu-

<sup>1</sup> *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (en adelante TJA), Frankfurt a. M., Surkamp, 1978, 32 y 263 y ss. (hay traducción española: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, CEC, 1997).

<sup>2</sup> A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, 238.

<sup>3</sup> E. HILGENDORF llamó la atención sobre el carácter ambiguo de la tesis del caso especial, susceptible de ser interpretada: 1) como estipulación lingüística (*sprachliche Festsetzung*); 2) como enunciado empírico (*empirische Aussage*) relativo a la aplicación del Derecho, o 3) como postulado moral (*moralisches Postulat*). HILGENDORF sostiene que la tesis del caso especial resulta trivial, tanto en su interpretación como tesis analítica, pues se trata únicamente de una estipulación lingüística más o menos acertada, como en su interpretación empírica —HILGENDORF no considera la tercera opción—, puesto que si los discursos jurídicos pueden ser calificados como discursos racionales porque plantean una pretensión de corrección, ésta no puede considerarse un rasgo específico de los discursos jurídicos, pues todos los discursos, jurídicos o no, lo hacen (E. HILGENDORF, *Argumentation in der Jurisprudenz. Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991, 112 y ss.; *vid.* también A. GRABOWSKI, «Sonderfallthese - Its Critique and Interpretation», *Rechtstheorie* 34, 2003, 371-392, especialmente, 387 y ss.).

Que las tesis analíticas sean triviales en cualquier sentido es algo que puede ser discutido, *cf.* B. BIX, *Teoría del Derecho: ambición y límites*, trad. Pablo E. Navarro *et al.*, Madrid, Marcial Pons, 27 y ss.

mento propios (por ejemplo, el principio de universalización en los discursos morales) con el que fundamentar las distintas pretensiones de validez normativa. La relación entre distintas perspectivas o distintos tipos de argumentos nos sitúa ante el problema de la unidad de la razón práctica. En el caso del discurso jurídico, el problema de la unidad de razón práctica —que es el fundamento de la tesis del caso especial<sup>4</sup>— es doble: de un lado, respecto a los argumentos institucionales entre sí (dimensión interna) y, de otro lado, respecto a la relación entre éstos y los argumentos no institucionales o argumentos prácticos en general (dimensión externa), que es el *quid* de la cuestión.

En adelante, trataré la cuestión de la unidad de la razón práctica en la teoría del discurso con la vista puesta en una interpretación coherente de la tesis del caso especial<sup>5</sup>. Tomaré como punto de partida el diseño pergeñado por HABERMAS en *Facticidad y validez* y otros escritos coetáneos<sup>6</sup>, lo que obliga en primer lugar a hablar de unidad, paradójicamente, desde la fragmentación del discurso práctico (1); analizaré después las tesis de ALEXY, orientadas hacia un planteamiento unitario (2); y, por último, defenderé una variante de la pretensión de validez jurídica (o pretensión de corrección formulada en los discursos jurídicos) como la más coherente con la tesis de la unidad de razón práctica (3).

## 1. TENDENCIAS A LA FRAGMENTACIÓN DE LA RAZÓN PRÁCTICA EN LA TEORÍA DEL DISCURSO

### 1.1. Dos estrategias de fragmentación del discurso práctico

En el seno de la teoría discursiva se han desarrollado dos estrategias de fragmentación del razonamiento práctico. Según su función sea la de justificar o la de aplicar normas, GÜNTHER ha distinguido entre *discursos de justificación* y *discursos de aplicación*<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> R. ALEXY, «The Special Case Thesis» (en adelante SCT), *Ratio Iuris* 12, 1999, 374-384, 379.

<sup>5</sup> Ello significa que no lo haré desde planteamientos igualmente fértiles, como la teoría de las razones para la acción; en este sentido, *vid.*, entre otros: M. ATIENZA, «Lógica y argumentación jurídica», en J. ECHEVERRÍA, J. DE LORENZO, y L. PEÑA, *Calculemos... Matemáticas y libertad. Homenaje a Miguel Sánchez Mazas*, Madrid, Trotta, 1996, 229-238; *ibid.* «A propósito de la argumentación jurídica», *Doxa*, núm. 21 (2), 1998, 33-50; *ibid.* *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, 242 y ss.; J. C. BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEC, 1991; *ibid.*; «Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas», *Doxa*, núm. 19, 1996, 143-162; R. V. GUARINONI, «Juridical Norms and the Unity of Practical Reasoning», *ARSP*, Beiheft 91, 2004, 50-59; J. J. MORESO, P. E. NAVARRO y C. REDONDO, «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial», *Doxa*, núm. 11, 1992, 47-262; P. E. NAVARRO y M. C. REDONDO, «Legal Norms and Practical Reason», *Rechtstheorie* 23, 1992, 491-498; C. S. NINO, *La validez del derecho*, Astrea, 1985, 64 y ss.; *ibid.*, «Respuesta a J. J. Moreso, P. E. Navarro y M. C. Redondo», *Doxa*, núm. 13, 1993, 261-264; *ibid.*, «Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico», *Ragion Pratica* 1, 1993, 2-37; A. PECZENIK, «Dimensiones morales del Derecho», *Doxa*, núm. 8, 1990, 89-109; J. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, OUP, 1995; *ibid.*, «The moral point of view», en J. RAZ, *Engaging Reason*, Oxford, OUP, 2000, 47-272; M. C. REDONDO, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, CEC, 1996, 239 y ss.; *ibid.*, «El carácter práctico de los deberes jurídicos», *Doxa*, núm. 21, (2), 1998, 355-370; *ibid.* «La justificación de las decisiones judiciales», *Isegoría* 21, 1999, 149-163.

<sup>6</sup> J. HABERMAS, «Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica» (en adelante PEM), en *ibid.*, *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. J. Mardomingo, Madrid, Trotta, 2000, 109-126; *ibid.*, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (en adelante FV), trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

<sup>7</sup> K. GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1988; *ibid.*, «Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral», *ARSP*, Beiheft 45, 1992, 36-76; *ibid.* «Critical Remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis"», *Ratio Iuris*,

Según sea la naturaleza del problema práctico a que se quiere dar respuesta, HABERMAS ha distinguido entre *discursos morales*, *discursos ético-políticos* y *discursos pragmáticos*.

Ambas son relevantes para la teoría del discurso jurídico. En la primera de esas estrategias (justificación/aplicación) ya puede intuirse una teoría discursiva de la aplicación de normas. La diferenciación entre los aspectos de fundamentación y aplicación ha llevado a GÜNTHER a formular su propia versión de la tesis del caso especial, según la cual, el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral de aplicación. Lo que caracteriza al discurso jurídico, según esta variante de la tesis del caso especial, es que «queda descargado de cuestiones de fundamentación»<sup>8</sup>. Se entiende, por tanto, que el discurso jurídico a que se refiere esta variante del caso especial es el desarrollado por la dogmática jurídica y los aplicadores jurídicos, mientras que los discursos desarrollados por el legislador guardarían una relación directa con los discursos morales de fundamentación.

En el origen de la segunda diferenciación, que distingue entre discursos morales, éticos o pragmáticos, está el propósito de explicar el Derecho sin identificarlo con el discurso moral en sentido estricto. La estrategia desarrollada por HABERMAS está orientada, principalmente, al ámbito legislativo, en cuanto que la fragmentación del discurso práctico en distintos discursos parciales plantea de lleno la cuestión acerca de en qué consiste la validez jurídica, esto es, que una norma jurídica esté justificada. No obstante, esta diferenciación de contextos discursivos materiales también resulta relevante, aunque de un modo menos evidente, para los discursos jurídicos de aplicación de normas desarrollados por la dogmática o de los jueces y tribunales, como se verá más adelante.

Por otro lado, ambas diferenciaciones son compatibles y conceptualmente independientes: quien distinga entre discursos de justificación y discursos de aplicación de normas puede, aunque no tiene que hacerlo necesariamente, asumir la diferenciación entre distintos problemas prácticos, y viceversa, quien distinga entre diversos contextos prácticos o problemas prácticos puede, aunque no tiene que hacerlo necesariamente, asumir la existencia de dos momentos discursivos distintos, en el sentido de GÜNTHER, uno de justificación y otro de aplicación en relación con las normas. Puesto que ALEXY no admite la primera diferenciación<sup>9</sup>, la discusión de la unidad de razonamiento práctico en la tesis del caso especial se centrará en la segunda diferenciación, esto es, la fragmentación temática entre discursos prácticos desarrollada por HABERMAS.

## 1.2. La diferenciación de discursos prácticos

HABERMAS<sup>10</sup> sostiene que el «deber» contenido en el interrogante práctico —¿qué debo hacer?— «mantiene un sentido inespecífico» mientras no se determine con-

núm. 6, 1993, 143-156; *ibid.*, «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», *Doxa*, núm. 17-18, 1995, 271-302.

<sup>8</sup> *FV*, 304.

<sup>9</sup> *Vid.* R. ALEXY, «Normenbegründung und Normanwendung», en *ibid.*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a. M., Surkamp, 1995, 52-70.

<sup>10</sup> No pretendo hacer aquí un resumen de la teoría del Derecho de HABERMAS, sino únicamente incidir sobre los aspectos relevantes para la cuestión central del trabajo, esto es, la unidad de razón práctica; una

cretamente cuál es el problema y desde qué punto de vista (moral, jurídico, etc.) se debe resolver<sup>11</sup>. En su planteamiento, todos los puntos de vista o contextos prácticos responden a un mismo nivel de fundamentación, representado por el principio del discurso:

(D): «válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales»<sup>12</sup>.

Ahora bien, este principio es concebido de un modo tan abstracto «que ya sólo expresa la necesidad postmetafísica de fundamentación [imparcial] en relación con las normas de acción general»<sup>13</sup>, esto es, «no tiene todavía en cuenta ni el tipo de acciones que requieren fundamentación, ni el aspecto específico de validez bajo el cual dichas acciones se justifican en cada caso»<sup>14</sup>, siendo susceptible de distintas especificaciones o concreciones en función de las condiciones de validez que deben satisfacer las pretensiones (juicios, normas) para merecer reconocimiento general en cada contexto (discurso) práctico específico.

Tal y como lo ve HABERMAS, el potencial de racionalidad contenido en las formas de la argumentación (participación universal, igualdad de trato, sinceridad y ausencia de coacción) se actualiza de diversos modos, según sea la pretensión de validez tematizada:

«... debemos tener clara la diferencia entre el contenido pragmático-trascendental de la forma de comunicación de los discursos racionales y el sentido específico de la validez de las normas de acción fundamentadas en cada caso, a fin de comprender la autonomía del principio del discurso, que prescribe un determinado nivel de fundamentación independiente de cualquier trasfondo de supuestos metafísicos, sin prejuzgar ya por eso el sentido ético, moral o jurídico de la validez de los posibles enunciados normativos»<sup>15</sup>.

El principio abstracto del discurso tiene, entonces, un carácter previo —«neutral», dice HABERMAS<sup>16</sup>—, pero, a la vez, insuficiente sin una especificación del sentido de los enunciados normativos cuya validez se plantea. Así, afirmaciones del tipo «la acción *X* está justificada» o «la norma *N* está justificada» son enunciados todavía ambiguos que no especifican el sentido en que una acción o una norma están justificadas o fundamentados. Lo que HABERMAS parece querer poner de manifiesto no es tanto que las acciones o normas de las que predicamos validez puedan estar justificadas en un sentido o desde un punto de vista y no desde otros (aunque éste es un problema que no puede ser ignorado), sino que la naturaleza o el sentido de cada acción o cada norma determina los términos de su justificación discursiva.

---

completa presentación crítica de las tesis iusfilosóficas de HABERMAS puede verse en el trabajo de J. A. GARCÍA AMADO, «La Filosofía del Derecho de Jürgen Habermas», *Doxa*, núm. 13 (1993): 235-258.

<sup>11</sup> PEM, 110.

<sup>12</sup> FV, 172.

<sup>13</sup> J. HABERMAS, «Sobre la arquitectónica de la diferenciación de discursos» (en adelante ADD), en *ibid.*, *Entre naturalismo y religión*, trad. P. Fabra, Barcelona, Paidós, 2006, 83-103, cita en 86.

<sup>14</sup> ADD, 5.

<sup>15</sup> ADD, 0.

<sup>16</sup> Esta concepción del principio del discurso (D) como un principio neutral respecto del principio moral y del principio democrático está en el origen de la discusión con APEL, en la que no podemos entrar aquí; *vid.* K. O. APEL, *Apel versus HABERMAS. Elementos para un debate*, trad. Norberto Smilg, Granada, Comares, 2004, 124 y ss.

Cuáles sean estos sentidos es algo aún por determinar. En algunos trabajos<sup>17</sup>, HABERMAS ha distinguido de forma explícita entre tres *usos* de la razón práctica: el pragmático, el ético-político y el moral. Puede hablarse, en este sentido de diversos discursos, puntos de vista o contextos prácticos, cada uno de los cuales opera conforme a una lógica interna propia, que responde a la naturaleza o al sentido de cada problema práctico (lo útil, lo bueno y lo justo). Con esta diferenciación, HABERMAS proporciona una tipología de los discursos prácticos específicos definidos en función de las distintas pretensiones de validez, empíricas o normativas, sometidas a discusión<sup>18</sup>:

i) En los discursos *pragmáticos*, en los que se dilucida la racionalidad teleológica de nuestras decisiones, se adopta el punto de vista de la efectividad o eficacia (adecuación de medios y fines sobre la base de relaciones empíricas de causa-efecto) y la consistencia conceptual para fundamentar normas más o menos complejas de acción instrumental y de elección racional. Naturalmente, el sentido de la validez *pragmática* tiene un núcleo empírico que la asemeja a las pretensiones de verdad de los enunciados descriptivos (presupuesto de un mundo objetivo y de leyes físicas que lo rigen).

ii) Los conflictos de intereses o la problematización de los valores que orientan la determinación de los fines en las reglas de acción instrumental general el tipo de problema que es discutido en los discursos *ético-políticos*. Cuando un problema adopta la forma de problema ético-político, versa sobre la preferibilidad de valores y bienes, o dicho de otro modo, sobre la autocomprensión individual o colectiva de los miembros de una comunidad y su concepción de lo bueno. En este caso, las pretensiones de validez adoptan la forma de pretensiones de autenticidad en la reconstrucción reflexiva de la forma de vida compartida.

iii) En los discursos *morales* se adopta la perspectiva de la justicia. El sentido moral supone, por tanto, que la pretensión de corrección normativa de las normas de acción moral ha de entenderse como la aspiración a ser universalmente reconocidas por los destinatarios de las mismas. En otras palabras, el principio del discurso adopta en el contexto moral la forma de un principio de universalización.

No está claro si éstos son todos los sentido primitivos del interrogante práctico, esto es, si se trata o no de una clasificación exhaustiva a la que puedan reducirse la totalidad de los problemas prácticos<sup>19</sup>. La pregunta no es irrelevante desde el punto de vista la teoría del derecho: resulta esencial dilucidar el lugar de los discursos jurídicos en este diseño; cabe preguntarse si hay un «sentido jurídico» específico que permita definirlos sin presentarlos como un derivado de otros discursos, y especialmente de los discursos morales.

HABERMAS defiende abiertamente la diferenciación del discurso jurídico respecto del moral<sup>20</sup>. Así, el principio moral es una especificación del principio abstracto del

<sup>17</sup> Vid. PEM; FV, 173; ADD, 91 y ss.

<sup>18</sup> Vid. PEM, 117 y ss.; FV, 226 y ss.; ADD, 95.

<sup>19</sup> De hecho, en PEM (126), al referirse a la distinta naturaleza de los problemas —sentidos de los enunciados— a que nos podemos enfrentar, HABERMAS menciona varias perspectivas: estética, económica, teórica, práctica, ética, moral, política o jurídica, sin especificar cuál de las innumerables posibilidades resulta más adecuada como una taxonomía de la naturaleza de los problemas prácticos (sobre esto, vid. M. KETTNER, «Habermas über die Einheit der praktischen Vernunft. Eine Kritik», en A. WÜSTEHUBE (Hrsg.) *Pragmatische Rationalitätstheorien. Studies in Pragmatism, Idealism and Philosophy of Mind*, Würzburg, Königshausen y Neumann, 1995, 85-111, aquí, 93).

<sup>20</sup> Diferenciación no significa aquí independencia absoluta, como se verá más adelante.

discurso «para aquellas normas de acción que *sólo* pueden justificarse desde el punto de vista de si se tienen en cuenta por igual los intereses de todos», mientras que el principio democrático es otra especificación del principio abstracto del discurso «para aquellas normas de acción que se presentan en forma de derecho y que pueden justificarse con ayuda de razones pragmáticas, de razones ético-políticas y de razones morales, y no sólo con ayuda de razones morales»<sup>21</sup>. Y esta diferencia de fundamentación se justifica porque las normas jurídicas «[n]o dicen en general qué sea bueno por igual para todos los hombres; [sino que] regulan el contexto de vida de los ciudadanos de una comunidad jurídica concreta»<sup>22</sup>, esto es, las normas jurídicas tienen un alcance contextual, a diferencia de las normas morales, que tienen un alcance universal.

Al admitir ahora esta pluralidad de discursos como distintas concreciones del principio más abstracto (D), HABERMAS presenta un esquema que permite considerar la legitimidad jurídica separada de la legitimidad moral, saliendo así al paso de algunas de las objeciones en que se ponía de manifiesto el solapamiento del principio discursivo (D) y el discurso moral<sup>23</sup> en la reconstrucción de los procedimientos democráticos de creación del derecho en términos de (una menos sofisticada) teoría del discurso.

La peculiar naturaleza de los problemas jurídicos que impide su tratamiento como asuntos morales (en el sentido del principio de universalización) reside, para HABERMAS, en las propiedades formales del derecho moderno<sup>24</sup> que expresan su entrelazamiento con la política:

«... el derecho asume objetivos y programas políticos que pueden justificarse no sólo desde el punto de vista moral. Las materias necesitadas de regulación exigen justificaciones complejas en las que intervienen razones de naturaleza empírica, instrumental-pragmática, estratégica y ética»<sup>25</sup>.

Esta particularidad de la fundamentación de las normas jurídicas «excede» los límites de la perspectiva moral e impide la identificación de los discursos jurídicos y morales. En las sociedades modernas se responsabiliza al derecho «de la totalidad de la vida colectiva, no sólo de la convivencia legítima»<sup>26</sup>, de manera que las pretensiones de validez en los discursos jurídicos de producción normativa no pueden dejar de considerar los puntos de vista de «la autoconservación política, económica

<sup>21</sup> FV, 173.

<sup>22</sup> FV, 221.

<sup>23</sup> Éste era el sentido de la crítica formulada por K. TUORI al afirmar que «[l]os procedimientos para la redacción y promulgación de las normas jurídicas no pueden incluso en el nivel de la reconstrucción racional, analizarse simplemente como institucionalizaciones de los de los discursos práctico-morales en el sentido de la ética discursiva: debe prestarse atención también a las dimensiones *teleológica* y *axiológica* de los procedimientos de creación de normas jurídicas» («Ética discursiva y legitimidad del Derecho», *Doxa*, núm. 5, 1988, 47-67, cita en 51, subrayado JMCA). En un sentido similar, A. WELLMER sostenía que el entrelazamiento del derecho con la moral a que daba lugar el principio de universalización «se logra sólo al precio de asimilar conceptualmente los problemas morales a los jurídicos (...) dando como resultado que al final dicho postulado no resulta convincente *ni* como principio moral *ni* como principio de legitimidad» (A. WELLMER, *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*, trad. F. Morales, Barcelona/México, Anthropos/Universidad Autónoma Metropolitana, 1994, 81).

<sup>24</sup> Estos rasgos formales del Derecho moderno son: i) los derechos subjetivos; ii) la coacción, que convierte al derecho, a diferencia de la moral, que es un sistema de saber, en un sistema de acción, y iii) la positividad de las normas jurídicas, provenientes de una autoridad (FV, 171 y ss.; 179 y ss.).

<sup>25</sup> ADD, 97.

<sup>26</sup> ADD, 99.

y cultural»<sup>27</sup>. De otro modo, difícilmente podríamos justificar muchas de las normas de los ordenamientos jurídicos occidentales, dirigidas a garantizar estándares de vida cada vez más altos, mientras hubiera una sola persona en el mundo cuyas necesidades básicas no estuvieran satisfechas.

Con lo dicho hasta aquí no sólo queda definida la diferenciación del discurso jurídico respecto del discurso o punto de vista moral (ambos, el punto de vista moral y el punto de vista jurídico son distintas concreciones del principio del discurso), sino que se advierte ya la complejidad del punto de vista jurídico materializado en el principio democrático. Esta complejidad se manifiesta en el hecho de que en lugar de describir un sentido específico del discurso jurídico, HABERMAS lo define como la confluencia de los distintos puntos de vista prácticos:

«... el procedimiento democrático de legislación debe agotar el potencial de racionalidad de las deliberaciones en toda su amplitud de posibles aspectos de validez, y de ningún modo únicamente desde la perspectiva moral de la generalización igualitaria de intereses»<sup>28</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en el resto de discursos prácticos, el principio democrático no establece una pretensión de validez específica contenida en un principio de la argumentación, al modo del principio de *universalización* en el discurso moral, o la *optimización* y la *eficacia* en el pragmático<sup>29</sup>. Si en estos discursos el potencial de razón práctica se concentra en una regla argumentativa que señala las condiciones de validez de una norma práctica, en el contexto jurídico, sin embargo, la realización de la razón práctica está en directa relación con el carácter institucional del sistema jurídico:

«... la razón práctica no sólo se hace valer en la propia praxis discursiva o en las reglas que sigue la argumentación. A nivel sistémico, la razón práctica se encarna más bien en los principios según los cuales está constituido el sistema político en cuanto tal. Esto explica por qué el principio democrático, en tanto que elemento constitutivo de un orden constitucional, no interviene en los discursos estableciendo un esquema de argumentación, como hace el principio moral, sino que fija criterios para el *establecimiento* y la *interrelación* de discursos políticos»<sup>30</sup>.

El derecho, por tanto, no se constituye como una especificación del interrogante práctico en el mismo sentido de los discursos morales o los discursos pragmáticos. Lo que caracteriza al punto de vista jurídico, al carecer de una regla de argumentación propia, es precisamente la apertura a la pluralidad de puntos de vista prácticos (y sus correspondientes reglas argumentativas: eficacia, preferibilidad, justicia) que están implicados en el horizonte de la política. En este sentido, la diferenciación de discursos prácticos no da como resultado la identificación de un discurso jurídico como otra posible especificación del principio discursivo (D), equiparable a los discursos morales éticos y pragmáticos, sino que sirve más bien para mostrar la estructura compleja de los discursos jurídicos y su condición de metadiscurso respecto del resto de especificaciones del principio discursivo (D) que confluyen en el discurso jurídico.

<sup>27</sup> ADD, 100.

<sup>28</sup> ADD, 99.

<sup>29</sup> No tengo claro que la *autenticidad* en los discursos ético-políticos pueda formularse como una regla de la argumentación en el mismo sentido en que lo podemos hacer con los principios de universalidad o eficacia. Ésta es una cuestión que debo dejar al margen en este momento.

<sup>30</sup> ADD, 99.

Ésta es la idea que expresa HABERMAS cuando sostiene que «[e]n la fundamentación de las normas jurídicas hay que hacer uso de la razón práctica en todo el espectro de ésta»<sup>31</sup>.

Para mostrar esta diferencia entre los discursos jurídicos y morales, HABERMAS sostiene que el principio moral «opera en el plano de la estructura *interna* de un determinado juego de argumentación», mientras que el principio democrático «se refiere al plano de la institucionalización *externa*»<sup>32</sup>. Podría decirse que lo que caracteriza al principio democrático, en contraste con el principio moral, es su condición de *principio procedimental puro* en el sentido de RAWLS<sup>33</sup>, al carecer de una regla de argumentación<sup>34</sup>. No es posible aquí desarrollar esta idea por extenso, pero me parece correcta la intuición de que las reglas argumentativas, como el principio moral de una «generalización igualitaria de intereses» o el principio de eficacia de los discursos pragmáticos, que funcionan como estándares epistémicos de validez, no permiten concebir los discursos correspondientes como procedimientos puros<sup>35</sup>. Esto permitiría una lectura realista (no estrictamente procedimental) de la teoría del discurso<sup>36</sup>; al menos, de aquellos discursos que se rigen por reglas o esquemas argumentativos de este tipo. Lo que diferencia a los discursos procedimentales puros de otros discursos procedimentales (perfectos/imperfectos) es que agotan el sentido de la pretensión de validez que se formula en los discursos correspondientes. En los discursos procedimentales puros, si el procedimiento es observado, no cabe hablar de falibilidad o error; en cambio, la validez de los resultados de los discursos perfectos o imperfectos, como los discursos pragmáticos o los discursos morales<sup>37</sup> es revisable sobre la base de una apreciación crítica de esos resultados desde el punto de vista de la regla de argumentación correspondiente; por ejemplo, cuestionamos o negamos validez a una norma moral porque dudamos o negamos que sea una «generalización igualitaria de intereses»<sup>38</sup>. Y esto

<sup>31</sup> FV, 223.

<sup>32</sup> FV, 176.

<sup>33</sup> «Un rasgo característico de la justicia puramente procesal es que el procedimiento para determinar el resultado justo tiene que ser efectivamente observado, ya que en estos casos no existe un criterio independiente por referencia al cual se pueda saber que un determinado resultado es justo. Está claro que no podemos decir de un estado de cosas particular que es justo porque pudo haberse obtenido siguiendo un procedimiento imparcial. (...) Un procedimiento imparcial hace imparcial el resultado sólo cuando es efectivamente observado» (J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, Mexico, FCE, 1971, 109).

<sup>34</sup> Cfr. C. LAFONT, «Procedural Justice? Implications of the Rawls-Habermas debate for discourse ethics», *Philosophy and Social Criticism*, núm. 29, 2003, 163-181; en el mismo sentido, M. COOKE observa que la caracterización del principio democrático por parte de HABERMAS carece de un estándar epistémico de validez, a diferencia de los discursos morales; vid. M. COOKE, «Law's Claim to Correctness», en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford/Portland, Hart, 2007, 225-247, aquí 236.

<sup>35</sup> Como es sabido, lo que distingue a la justicia procesal *pura* de otros tipos de justicia procesal, como la *perfecta* y la *imperfecta*, es que éstas presuponen la existencia de un criterio externo de corrección, mientras que aquella no; vid. RAWLS, *Teoría de la justicia*, *op. cit.*, 108 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. C. LAFONT, *The Linguistic Turn in the Hermeneutic Philosophy*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1999; *ibid.*, «How Cognitivist is Discourse Ethics?», en M. NIQUET, J. J. HERRERO y M. HANKE (Hrsg.), *Diskursethik. Grundlegungen und Anwendungen*, Würzburg, Königshausen & Neumann, 2001, 135-144.

<sup>37</sup> De nuevo, debo manifestar mis dudas acerca del carácter —procedimental puro o procedimental perfecto— de la pretensión de autenticidad de los discursos ético-políticos.

<sup>38</sup> HABERMAS sólo admite esta interpretación en relación con los discursos teóricos, en los que se tratan cuestiones empíricas, pero no con los discursos morales; vid. J. HABERMAS, «Corrección normativa *versus* verdad. El sentido de la validez deontológica de los juicios y normas morales», en *ibid.*, *Verdad y justificación*, trad. Pere Fabra y Luis Díez, Madrid, Trotta, 2002, 261-303.

es, me parece, lo que está implícito en este planteamiento: la validez jurídica tiene un carácter procedimental puro<sup>39</sup>.

Ante la inevitable duda que suscita la posibilidad de que el discurso jurídico legislativo —*i. e.*, el asentimiento libre y reflexivo de los ciudadanos de un Estado (principio democrático)— produzca normas no universalizables y entre en conflicto con los resultados que se alcanzarían desde la perspectiva moral (o dicho de otro modo, que se reproduzca el eterno problema del Derecho natural), HABERMAS se ha pronunciado en diferentes sentidos.

En primer lugar, mediante la diferenciación y clasificación, en cuestiones morales y cuestiones éticas, de las materias que deben ser reguladas por los respectivos discursos morales (universal) y ético-políticos (contextual). Una ordenación de este tipo —de ser posible— evitaría que resultados no universalizables del discurso jurídico fueran problemáticos desde el punto de vista de la validez jurídica, siempre que dichos resultados regularan materias no pertenecientes al ámbito de la moralidad. Según HABERMAS, pertenecen al ámbito de las cuestiones morales aquellas de tipo penal, como el aborto, los plazos de prescripción de los distintos delitos o la prohibición de la obtención de pruebas por determinados medios en el proceso penal; cuestiones de política social, derecho fiscal, de organización de la educación y la sanidad que afectan a la distribución de la riqueza y a las oportunidades vitales de cada uno. En cambio, son cuestiones éticamente relevantes las ecológicas de protección del medio ambiente y los animales, la ordenación del tráfico y la planificación de las ciudades o las políticas de inmigración, de protección de las minorías étnicas y culturales<sup>40</sup>. La clasificación de problemas prácticos en cuestiones morales y cuestiones éticas se enfrenta, antes o después, a problemas de calificación (esta misma que ha presentado HABERMAS plantea algunas dudas<sup>41</sup>).

Por otro lado, HABERMAS habla de «los aspectos pragmáticos, éticos y morales»<sup>42</sup> de las materias necesitadas de regulación, como si fueran distintos niveles de problematización o puntos de vista desde los que se puede abordar una misma cuestión, es decir, como si la regulación de una materia se planteara (o pudiera plantearse) primero como un problema de eficiencia, que se transformaría en un problema ético-político de preferibilidad una vez problematizados los fines y valores presupuestos por la racionalidad instrumental o pragmática. Así entendido, la anterior clasificación de los problemas prácticos, *i. e.*, de las distintas materias necesitadas de

<sup>39</sup> Esta idea permite, además, explicar que dos normas jurídicas consecutivas en el tiempo (o pertenecientes a sistemas normativos distintos) y de contenido divergente o incluso contradictorio puedan ser jurídicamente válidas. Por el contrario, esto no es posible en el ámbito moral: dos normas consecutivas en el tiempo y de contenido contrario no pueden ser igualmente válidas desde un punto de vista moral. La modificación de nuestras normas morales es vista *necesariamente* como un proceso de aprendizaje sustantivo o material, pero la validez no tiene un sentido temporal o espacial, sino absoluto; una norma moral es válida en términos absolutos o no lo es. Nada de esto ocurre en el Derecho.

<sup>40</sup> FV, 233.

<sup>41</sup> En opinión de GARCÍA AMADO a propósito de la enumeración de temas que corresponden a uno y otro ámbito práctico, «resulta un tanto complicado comprender su lógica interna, entender, por ejemplo, por qué los problemas ecológicos o de inmigración requieren un discurso menos exigente en cuanto a las condiciones de aceptabilidad de sus resultados que el relativo a la fijación del plazo de prescripción de los delitos» (J. A. GARCÍA AMADO, «La Filosofía del Derecho de Jürgen Habermas», *op. cit.*, 248).

<sup>42</sup> FV, 232.

regulación, tendría como finalidad señalar qué materias están llamadas a ascender en los niveles de discurso hasta el discurso moral y cuáles podrían detenerse en el discurso ético-político; algo así como una *naturaleza dominante* de los problemas prácticos<sup>43</sup>.

Una segunda vía para escapar del dilema que plantearía para la construcción habermasiana la posibilidad de que el discurso jurídico produjera resultados no universalizables, vendría dada, no ya por la diferenciación de materias o asuntos morales y políticos, sino por relaciones de prioridad entre ambos puntos de vista (discursos). En este sentido, HABERMAS ha oscilado entre posturas que procuran una difícil síntesis entre el punto de vista ético y el punto de vista moral, de una parte, y posturas que parecen dar preeminencia a la perspectiva ética (contextual) en el discurso jurídico, de otra. Un ejemplo de lo primero puede constatarse cuando sostiene que: «[d]e lo que el modo deliberativo de la práctica de la legislación ha de cuidar, no es *sólo* de la validez ética de las leyes. Ante la compleja pretensión de validez de las normas jurídicas puede entenderse como la pretensión de, por un lado, haber tenido en cuenta de forma compatible con el bien común los intereses parciales que estratégicamente se afirman y, por otro, dar cobro a los principios universalistas de justicia en el horizonte de una forma de vida determinada, caracterizada por constelaciones valorativas particulares»<sup>44</sup>. En cambio, parece defender con claridad la segunda postura cuando afirma que, efectivamente, el discurso de creación de normas jurídicas debe estar abierto a la reflexión moral, pero que esta exigencia se vería ya satisfecha con la «vinculación de la legislación al conjunto de principios de una constitución democrática»<sup>45</sup>.

En conclusión, al poner de manifiesto la complejidad de la fundamentación jurídica, HABERMAS evita una reconstrucción del discurso jurídico con el discurso moral como referente, pero, al mismo tiempo, se enfrenta a la cuestión acerca del punto de vista práctico (pragmático, ético o moral) desde el que deba abordarse cada problema o materia necesitada de regulación. La pregunta acerca del punto de vista adecuado para cada problema práctico, a la que HABERMAS no da una respuesta concluyente, remite a un metadiscurso o discurso sobre discursos prácticos parciales. Ésta es, precisamente, la función que parece cumplir el discurso jurídico de creación de normas, si bien su condición de discurso procedimental puro (carente de una regla o esquema de argumentación) deja abierto el interrogante planteado sobre el tipo de razones propias de este discurso; o planteado de otro modo: ¿qué tipo de razones pueden argüirse para defender la racionalidad (o irracionalidad) de uno de los puntos de vista prácticos en detrimento (o a favor) de los otros puntos de vista<sup>46</sup>?

---

<sup>43</sup> M. KETTNER apunta, no obstante, que la naturaleza dominante de un problema (como, por ejemplo, el hecho de que el trastorno físico se considere un problema clínico y no un problema judicial) es una construcción histórica, no el descubrimiento de la esencia del problema mismo (M. KETTNER, «Habermas über die Einheit der praktischen Vernunft. Eine Kritik», *op. cit.*, 98).

<sup>44</sup> *FV*, 358.

<sup>45</sup> *ADD*, 97.

<sup>46</sup> M. KETTNER, «Habermas über die Einheit der praktischen Vernunft. Eine Kritik», *op. cit.*, 94.

## 2. LA UNIDAD DE LA RAZÓN PRÁCTICA EN LA TEORÍA DEL DISCURSO

### 2.1. El discurso práctico general

Según la tesis del caso especial, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. El discurso práctico general —ha insistido ALEXY— no es el discurso moral, entendido como el discurso orientado por el principio de universalización, sino un discurso «en el que están conectados los argumentos y los problemas morales, éticos y pragmáticos»<sup>47</sup>. Esa «conexión» expresa la idea de unidad de razonamiento práctico y lo que define esa unidad son las relaciones de *prioridad* y *permeabilidad* entre los distintos puntos de vista prácticos.

La relación de prioridad entre los puntos de vista prácticos se manifiesta singularmente en que la racionalidad teleológica, propia de los discursos pragmáticos, carece de sentido si el fin a alcanzar carece de valor: se trata de la prioridad de lo bueno (argumento ético) sobre lo útil (argumento pragmático). Igualmente, la prioridad de lo justo (argumento moral) sobre lo bueno, es decir, la prioridad de la perspectiva universal frente a la perspectiva particular, se vería corroborada por el carácter necesario del punto de vista moral, como muestra la reconstrucción de los presupuestos lingüísticos de los actos de habla elementales, como afirmar, preguntar o discutir<sup>48</sup>. Este carácter necesario constituye una razón para privilegiar el punto de vista moral.

Por otro lado, la permeabilidad de los distintos puntos de vista interfiere en el sistema de prioridades: «[l]a prioridad —sostiene ALEXY— es algo simple cuando lo que se ordena está claramente deslindado entre sí», y éste no es el caso de lo justo y de bueno; especialmente, en lo que se refiere a los derechos humanos elementales (derecho a la vida, a no ser torturado, etc.), que pueden ser concebidos como algo «igualmente bueno para todos, independientemente de las particulares concepciones de lo bueno»<sup>49</sup>. Por otro lado, cómo se resuelvan cuestiones de justicia no fundamentales relativas a la distribución y retribución depende, en gran medida, de la autocomprensión de los sujetos y de la comunidad a la que pertenecen y, en este sentido, «lo justo depende de lo bueno»<sup>50</sup>. Todo ello vendría a mostrar que:

«... el discurso práctico general no es una simple mezcla o combinación, sino una conexión sistemáticamente necesaria que expresa la unidad sustancial de la razón práctica» (379).

<sup>47</sup> SCT, 378; R. ALEXY, «Jurgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses», en *ibid.*, *Recht, Vernunft, Diskurs, op. cit.*, 165-174, especialmente 173. La diferencia entre el discurso práctico general y los discursos jurídicos de creación de normas es que estos últimos son discursos institucionalizados que garantizan un resultado final (*vid.* R. ALEXY, «Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems», *ARSP Beiheft*, núm. 44, 1991, 30-44).

<sup>48</sup> SCT, 379. Sobre la reconstrucción del acto de habla de la afirmación (*Behauptung*), *vid.* R. ALEXY, «Diskurstheorie und Menschenrechte», en *ibid.*, *Recht, Vernunft, Diskurs, op. cit.*, 127-164. Una revisión crítica del argumento alexiano puede verse en el reciente libro de C. BÄCKER, *Begründen und entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2008, 49-116.

<sup>49</sup> SCT, 379.

<sup>50</sup> SCT, 379; *vid.* también Th. MACCARTHY, «El discurso práctico: sobre la relación de la moralidad con la política», en *ibid.*, *Ideales e ilusiones: reconstrucción y deconstrucción en la teoría crítica contemporánea*, trad. A. Rivero Rodríguez, Madrid, Tecnos, 1992, 197-198.

El discurso práctico general opera como la instancia argumentativa en que convergen —de un modo sistemático y no como una simple combinación— los distintos puntos de vista o argumentos prácticos. La clave de la unidad de razón práctica en la teoría del discurso está en cómo se entienda la relación entre los distintos puntos de vista prácticos y sus respectivas reglas de la argumentación. En la construcción del discurso práctico general de ALEXY, las relaciones de prioridad y permeabilidad, especialmente entre los puntos de vista de lo bueno y lo justo, parece que se excluyan mutuamente o, al menos, que sean inversamente proporcionales: cuanto más permeables son los puntos de vista en relación con una materia necesitada de regulación, es decir, cuando más difícil resulta calificar las materias necesitadas de regulación como problemas prácticos específicos (morales o ético-políticos), menos sentido tiene hablar de relaciones de prioridad entre ellos. Ahora bien, esta explicación de la unidad de razón práctica combina dos planteamientos difícilmente compatibles: por un lado, la ordenación jerárquica de los distintos argumentos del discurso práctico general, dando prioridad a los argumentos morales frente a otros argumentos, y, por otro lado, la disolución de los distintos argumentos prácticos (morales y ético-políticos) en una única categoría de argumentos prácticos. Se trata de dos explicaciones distintas o dos dimensiones distintas del mismo problema que plantean dos interrogantes distintas. Si la unidad de razón práctica se explica en términos de prioridad, cabe preguntarse si y cómo es posible que, en un discurso que privilegia el punto de vista moral, puede un argumento de otro tipo distinto al punto de vista moral fundamentar suficientemente una norma de acción. Si esto no fuera posible, entonces no se ve en qué se diferencian el discurso práctico general del discurso moral tal y como es definido por HABERMAS. Por otra parte, planteada la unidad de razonamiento práctico en términos de permeabilidad, cabe preguntarse cuál es el principio de la argumentación —el estándar epistémico de validez— del discurso práctico general, es decir, cuál es el contenido de la pretensión de validez o corrección que se dilucida en estos discursos en los que concurren «sistemáticamente conectados» argumentos pragmáticos, éticos y morales.

## 2.2. El discurso jurídico

Según la tesis del caso especial, lo específico del discurso jurídico, lo que lo hace un caso especial del discurso práctico general, es su vinculación al derecho vigente (con mayor intensidad en los discursos judiciales y de la dogmática que en los discursos legislativos, por definición); las cuestiones jurídicas son discutidas desde el punto de vista de la corrección, si bien ésta es sólo parcialmente coincidente con la pretensión formulada en el discurso práctico general, al estar sujeta a los límites institucionales impuestos por el derecho vigente<sup>51</sup>. Por esta razón, la racionalidad de la argumentación jurídica, es «siempre relativa a la racionalidad de la legislación»<sup>52</sup>. La vinculación al derecho vigente, no obstante, de ningún modo significa que el discurso jurídico sea impermeable a otros argumentos de tipo práctico general. La corrección en el marco

<sup>51</sup> La pretensión de corrección de los discursos jurídicos no plantea «que el enunciado normativo afirmado, propuesto o dictado como sentencia sea sin más racional, sino sólo que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado» (TAJ, 272).

<sup>52</sup> TAJ, 274.

de un sistema jurídico tiene, esencialmente, pero no únicamente, una dimensión institucional:

«Si los textos legales, los precedentes judiciales o la dogmática *determinan claramente una decisión y excluyen toda duda acerca de su corrección*, el caso se decide sobre la base de los materiales institucionales; si no lo hacen, como en los denominados casos difíciles, es necesario recurrir a premisas adicionales que no derivan del material autoritativo dado»<sup>53</sup>.

La adecuación al derecho vigente —*i. e.*, a los materiales institucionales— no agota el contenido de la pretensión de corrección en el derecho, como se aprecia en los problemas que podemos denominar de la «textura abierta del derecho» (los materiales institucionales no determinan claramente una decisión) y de la «corrección» (los materiales institucionales no excluyen toda duda acerca de la corrección de la decisión). El primero es un problema semántico y el segundo un problema normativo. Siempre que nos enfrentamos a un problema de indeterminación semántica del derecho surge un problema normativo —bien porque debamos crear una norma *ad hoc* para colmar una laguna, bien porque debamos decidir entre dos alternativas interpretativas igualmente compatibles con los materiales institucionales<sup>54</sup>— aunque no así a la inversa; no todos los problemas normativos tienen su origen en la indeterminación semántica, como en el problema de las leyes injustas.

ALEXY ha insistido en que la relación entre los materiales institucionales y los argumentos sustanciales o prácticos generales en el discurso jurídico debe entenderse como una relación de *integración* (*Integrationsthese*)<sup>55</sup>, esto es, como la conexión a todos los niveles, que hace posible que los argumentos institucionales sean complementados, impregnados y controlados por los argumentos prácticos sustantivos<sup>56</sup>. El carácter complementario de los argumentos prácticos es evidente en el problema de la textura abierta, pero la integración de la que habla ALEXY se percibe con mayor claridad en el carácter *prima facie* de las reglas de prioridad en el uso de los argumentos interpretativos<sup>57</sup>:

«(1) Los argumentos lingüísticos preceden *prima facie* a cualesquiera otros argumentos.

(2) Los argumentos lingüísticos, genéticos y sistemáticos preceden *prima facie* a los argumentos prácticos generales<sup>58</sup>».

<sup>53</sup> R. ALEXY, «My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason», en L. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Kluwer Academics Publishers, 1999, 23-45, cita en 41 (subrayado JMCA).

<sup>54</sup> Quedan englobados también dentro de los problemas interpretativos los problemas de calificación y aplicabilidad.

<sup>55</sup> *TJA*, 38.

<sup>56</sup> R. ALEXY, «Jurgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses», *op. cit.*, 173.

<sup>57</sup> Los argumentos lingüísticos (semánticos), genéticos o sistemáticos usados en la interpretación de los textos legales —ya sea en sede judicial, ya sea la llevada a cabo por la dogmática jurídica— son expresión de la dimensión institucional del discurso jurídico (*vid. SCT*, 381).

<sup>58</sup> R. ALEXY, «Juristische Interpretation», en *ibid.*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, *op. cit.*, 71-92, aquí 90. La *TJA* contiene una regla con un sentido similar, aunque no coincidente en su contenido:

(J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos (p. 305).

Si se complementan las reglas (1), (2) y (J.7), podemos formular la siguiente regla de prioridad:

(J.7') Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley prevalecen sobre los argumentos que expresan una vinculación a la voluntad del legislador histórico, y éstos, a su vez, prevalecen sobre los argumentos sistemáticos, a no ser que puedan ser aducidos motivos racionales que concedan prioridad a los argumentos genéticos.

La interacción entre distintos tipos de argumentos tiene lugar dentro del discurso jurídico, sin desbordar las posibilidades del mismo, mediante la selección de los argumentos institucionales que mejor encajen con la perspectiva del discurso práctico general. Se explica así, por ejemplo, que un juez pueda apartarse del sentido literal de una norma para interpretarla sistemáticamente, o que no lo haga. Las razones por las que, en un caso determinado, un juez opta por una interpretación sistemática son siempre razones prácticas de tipo general (no institucionales). De hecho, los argumentos institucionales y las formas de argumento propias del razonamiento jurídico tienen un fundamento racional práctico; tienen, por así decirlo, una «traducción» en términos del discurso práctico general: la seguridad, la certeza, la coherencia o el respeto al principio democrático son argumentos prácticos generales (pragmáticos, ético-políticos, morales) que el discurso jurídico reproduce en sus propios términos como seguridad jurídica, coherencia sistémica, vinculación a la voluntad del legislador, etc. De este modo es posible la integración —la «conexión sistemática»— entre los argumentos institucionales, condensados en el principio de vinculación a la ley, y los argumentos prácticos generales.

Ahora bien, la situación es distinta cuando nos enfrentamos con el problema de las leyes injustas (inmorales) o manifiestamente ineficientes (pragmática o teleológicamente irracionales). Parece que el problema de la ley injusta, sobre el que se ha desarrollado la eterna discusión entre iusnaturalistas e iuspositivistas, ha sido relegado a un segundo plano por el neoconstitucionalismo actual, como una anomalía cuyo carácter excepcional la convierte en irrelevante para la teoría del derecho<sup>59</sup>. No puedo extenderme en discutir este punto<sup>60</sup>. En mi opinión, el problema del derecho injusto constituye un reto para la tesis del caso especial, entendiendo como tal problema un escenario en el que la interacción entre los argumentos institucionales y los argumentos sustantivos no puede enderezar un resultado injusto o ineficiente, sin forzar los márgenes del discurso jurídico, es decir, los materiales jurídicos institucionales determinan claramente una decisión acerca de cuya corrección existen dudas (casi habría que decir que, más bien, no existen dudas acerca de su incorrección), entendiendo por corrección la aceptabilidad de la decisión (aspecto práctico) y no su mera deducibilidad o compatibilidad (aspecto lógico) con el sistema jurídico de que se trate. ¿Cómo podemos hablar aquí de una conexión sistemática de los distintos argumentos —institucionales y prácticos— contradictorios que confluyen en el discurso jurídico?

### 3. LA UNIDAD DE RAZONAMIENTO PRÁCTICO Y LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA

ALEXY sostiene que las decisiones jurídicas aspiran a ser correctas «no sólo en el contexto de un ordenamiento jurídico válido, sino también en cuanto decisiones jurídi-

<sup>59</sup> Vid. A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad*, op. cit., 232 y ss.

<sup>60</sup> ALEXY, apoyándose en las experiencias alemanas del postnazismo y el postcomunismo, niega que este problema haya perdido relevancia: «tendrá significado siempre que persista la posibilidad de que existan sistemas jurídicos injustos o defectuosos» (R. ALEXY, «La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho», en *ibid.*, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. C. Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008, 51-72, cita en p. 69).

*cas»*<sup>61</sup>, esto es, aspiran a estar justificadas desde la perspectiva del derecho positivo y, simultáneamente, como decisiones justas y razonables.

En este punto, ALEXY ha seguido dos estrategias, y aunque no son plenamente contradictorias, sólo una de ellas acierta a expresar con claridad la idea de unidad de razón práctica en el discurso jurídico.

La primera de ellas —que, en mi opinión, resulta fallida— queda reflejada en el siguiente texto:

«Una decisión judicial que aplica correctamente una ley injusta o irrazonable no satisface la pretensión de corrección en todos sus aspectos. Si la ley injusta o irrazonable es derecho válido, la decisión que la aplica es jurídicamente válida también, y en muchos casos, si no en la mayoría, los principios de seguridad jurídica, de separación de poderes y el principio de democracia exigen del juez la aplicación de incluso leyes injustas o irrazonables cuando no hay lugar para la interpretación, de manera que su decisión es correcta *conforme a las circunstancias dadas*, por desafortunadas que sean. Sin embargo, la decisión no es una decisión jurídica perfecta. Está impregnada por la ley defectuosa»<sup>62</sup>.

Este planteamiento suscita varios interrogantes. En principio, la aplicación de una ley injusta o irracional no satisface *todos los aspectos de la pretensión de corrección* que está implícita en las decisiones jurídicas; pero ¿significa esto que su aplicación no está justificada? Entonces, ¿qué quiere decir que los principios formales de seguridad, separación de poderes y representatividad democrática *exigen* en un gran número de casos la aplicación de esas leyes de contenido injusto o irracional? ¿Cuál es el sentido de esa exigencia (deber)? Una justificación de este tipo, basada en principios jurídico-formales, está fundada indirectamente en argumentos prácticos; pero, si esto es así, ¿no debería considerarse la decisión que aplicara esas leyes injustas o irrazonables justificada desde todos los puntos de vista y no sólo «correcta *conforme a las circunstancias dadas*»?

Si, como sostiene ALEXY, la unidad de razonamiento práctico es el fundamento de la tesis del caso especial, no resulta fácilmente comprensible que la pretensión de corrección de los discursos jurídicos se desdoble en dos pretensiones parciales acumulativas: la pretensión de *adecuación al derecho*, que permite hablar de decisiones «jurídicamente válidas» cuando éstas aplican leyes injustas o irracionales, y la pretensión de *racionalidad práctica*, según la cual una decisión que aplica una norma injusta «no es una decisión jurídica perfecta». Si se sostiene que una decisión jurídica es conforme a derecho («correcta conforme las circunstancias dadas»), pero «imperfecta» desde otro punto de vista: el moral, el pragmático, o cualquier otro, no parece decirnos nada sobre la *integración* de los argumentos institucionales y los argumentos prácticos de tipo general, salvo que, en ocasiones, dicha integración es imposible.

El siguiente paso en su argumentación resulta todavía menos convincente. En opinión de ALEXY, quien crea ver en el problema de las leyes injustas una objeción insalvable para la tesis del caso especial está pasando por alto una distinción importante: la diferenciación entre la formulación de una pretensión y su cumplimiento. La tesis del caso especial no afirma la consonancia siempre y en todo caso entre el derecho y

<sup>61</sup> TJA, 433; SCT, 382.

<sup>62</sup> SCT, 382.

la moral, «sólo dice que tal consonancia está siempre implícita en las pretensiones del Derecho»<sup>63</sup>. Es cierto que no todas las pretensiones particulares confirman su validez en un discurso, pero ¿tiene sentido reconstruir las pretensiones de validez de nuestros discursos —entre ellos el jurídico— ignorando la realidad? En relación con la racionalidad de las leyes, más nos valdría adoptar un sano escepticismo *à la* MONTAIGNE<sup>64</sup>. Si la experiencia nos dice que siempre han existido leyes injustas o irracionales, ¿está justificada esta presunción de corrección moral de las leyes? Si un juez sabe de antemano que la ley que aplica es injusta, ¿cómo puede su decisión elevar una pretensión de corrección en la que esté implícita la adecuación del derecho a la moral, es decir, que ignora esa inadecuación que percibe claramente? Del mismo modo que la falibilidad humana nos obliga a interpretar las pretensiones de verdad no como pretensiones de certeza absoluta y definitiva, sino más bien como pretensiones de justificación, la seguridad o la mera posibilidad de que existan leyes inmorales o ineficientes, leyes injustificables desde un punto de vista moral o pragmático, deberían ser buenas razones para que las pretensiones de corrección en el discurso jurídico no incorporaran siempre la presuposición de que el derecho está en consonancia con la moral; sencillamente, porque es falso.

Esta respuesta de ALEXY al problema de las leyes injustas es algo artificiosa, si no incompatible con la tesis del caso especial. Cualquiera con cierto sentido crítico —es decir, cualquiera que no sea un positivista ideológico— podría dar una respuesta similar sin recurrir a la ficción de que las pretensiones formuladas en el derecho presuponen siempre la adecuación del derecho a la moral. Lo que no se entiende bien es que una decisión sea jurídicamente válida o «correcta *conforme a las circunstancias dadas*», pero defectuosa desde un punto de vista jurídico; ¿cómo puede la pretensión de validez jurídica ser válida *conforme a las circunstancias dadas* (ley injusta o irracional) e inválida *debido*, precisamente, a las circunstancias dadas? No puede serlo en un mismo plano; no, en el mismo discurso.

Si la idea de fundamentación en el marco de un ordenamiento jurídico tiene implicaciones morales, éticas y pragmáticas, como ocurre en la tesis del caso especial<sup>65</sup>, habrá que preguntarse qué significa justificar racionalmente en un contexto institucional en el que no siempre se puede presuponer la corrección práctica (moral, ética o pragmática) de los argumentos institucionales y en qué consiste su integración en todos los niveles del razonamiento jurídico con los argumentos prácticos; habrá que pre-

<sup>63</sup> SCT, 382.

<sup>64</sup> «Las leyes se mantienen en crédito, no porque sean justas, sino porque son leyes. Es el fundamento místico y único de su autoridad, y lo aprovechan en abundancia. A veces han sido hechas por tontos; más a menudo por gentes que, en su odio a la igualdad, incurrían en falta de equidad, y siempre por hombres, tutores, pues, vanos e irresolutos. Nada hay tan grave, vasta y ordinariamente defectuoso como las leyes. Quien las obedece por justas no las obedece por lo que son» (M. DE MONTAIGNE, «De la experiencia», en *Ensayos completos* (3 vols.), trad. J. G. De Luaces, Barcelona, Iberia, 1968, vol. III, 233 y 238).

<sup>65</sup> R. ALEXY, «El concepto y la validez del Derecho», en *ibid.*, *El concepto y la validez del derecho* (trad. J. M. Seña) Barcelona, Gedisa, 1997, 13-130, aquí 44; «Recht und Richtigkeit», en W. Krawietz, R. S. Summers, O. Weinberger y G. H. von Wright (eds.), *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 3-19, aquí 14. Esta implicación moral no supone una conexión con contenidos morales a priori, sino «con la idea de una moral correcta en el sentido de una moral fundamentada», lo que supone, en última instancia, que el derecho o las pretensiones de fundamentabilidad jurídica no están vinculadas con *alguna* moral determinada, sino, más bien, con *cualquier* moral: cualquiera sostenida por el individuo que formule la pretensión («El concepto y la validez del Derecho», *op. cit.*, 84).

guntarse, en fin, cuál es el contenido de la pretensión de corrección que formulamos cuando decidimos cuestiones jurídicas, sobre todo cuando la decisión a que conducen inequívocamente los materiales institucionales es incompatible con la decisión que resultaría de un discurso práctico no sujeto a los límites impuestos por el correspondiente orden jurídico.

En este sentido, la segunda explicación de la unidad de razón práctica en el discurso jurídico ofrecida por ALEXY me parece mucho más satisfactoria. En un trabajo reciente<sup>66</sup>, ALEXY defiende la doble naturaleza, ideal y real, del derecho. La primera corresponde a la corrección sustantiva de las normas y decisiones jurídicas y la segunda a la dimensión institucional o positiva del derecho. La reconciliación de ambas dimensiones pasa por la distinción de dos niveles de corrección: en el primer nivel (*first-order correctness*), la corrección tiene un sentido ideal, y se identifica con la justicia; en el segundo nivel (*second-order correctness*), la corrección tiene un sentido comprensivo, y se refiere tanto a la dimensión ideal como a la dimensión real, esto es, tanto a la justicia como a la seguridad jurídica; la pretensión de corrección de segundo nivel conecta ambas dimensiones: el principio de justicia y el principio de seguridad jurídica. ¿Qué ocurre si ambos principios colisionan, como en el caso de las leyes injustas? El establecimiento de una relación absoluta de prioridad entre ambos principios resulta incompatible con la naturaleza dual del derecho, que, por el contrario, exige que entre ambos principios se dé una relación de proporcionalidad (*correct proportion*)<sup>67</sup>; la corrección de segundo nivel, afirma ALEXY, «es una cuestión de ponderación»<sup>68</sup>.

La pretensión de validez jurídica, por tanto, es una pretensión de corrección de segundo nivel. Lo que significa la unidad de razón práctica implícita en la tesis del caso especial es que la tensión entre autoridad y racionalidad que se produce en el caso de la aplicación de leyes manifiestamente injustas o irracionales debe resolverse *dentro* del discurso jurídico. Por esta razón, la afirmación de que una decisión que aplica correctamente el derecho vigente es *jurídicamente* defectuosa porque lo es desde otros puntos de vista prácticos, esencialmente el punto de vista moral<sup>69</sup>, sólo puede hacerse en el sentido de la corrección de primer nivel; desde el punto de vista de la corrección de segundo nivel, la pretensión de validez que elevan las decisiones jurídicas está o no justificada, según que la relación entre los principios institucionales y los principios materiales sea una relación de proporcionalidad o no.

La integración de los argumentos institucionales y los argumentos prácticos no plantea problemas en aquellos casos en los que se trata de la preferibilidad entre los distintos argumentos institucionales (por ejemplo, una interpretación sistemática a una interpretación literal) o cuando los argumentos prácticos complementan a unos argumentos institucionales insuficientes (como ocurre en los razonamientos analógicos, que precisan de una calificación de «igualdad de razón» entre dos casos); el problema se plantea, como

<sup>66</sup> R. ALEXY «The Dual Nature of Law», *Ratio Juris*, núm. 23, 2010, 167-182.

<sup>67</sup> Utilizo aquí el término proporcionalidad en un sentido normativo. La *proporción* es un hecho; se refiere a la relación de dos objetos o entidades entre sí respecto de una propiedad mensurable. La *proporcionalidad* es un valor; se refiere a la debida proporción (equilibrio, si se quiere) entre dichos objetos o entidades. De aquí se colige que no toda proporción es proporcional.

<sup>68</sup> «The Dual Nature of Law», *op. cit.*, 174.

<sup>69</sup> Esto es, presupone que el discurso jurídico incorpora esas dimensiones prácticas, *i. e.* morales y pragmáticas.

hemos visto, cuando entre unos y otros argumentos se produce una tensión ineludible, es decir, cuando los argumentos institucionales y los argumentos prácticos son contradictorios. En estos casos, la integración de las dimensiones institucional y práctica no tiene una significación, por así decirlo, *operativa* (que hace posible la aplicación de los materiales institucionales), sino  *sintética* (que supera una contradicción). En este sentido, la corrección de segundo nivel proporciona, mediante la ponderación, una explicación comprensible de la *integración* de los argumentos institucionales y los argumentos prácticos en la justificación de las decisiones jurídicas y se evita plantear la pretensión de validez jurídica de tal manera que, en el caso de las leyes manifiestamente injustas o irracionales (y la experiencia nos dice que no debemos descartar esta posibilidad), no es que pueda no realizarse, es que, necesariamente, es una pretensión de corrección fallida.

Según esta interpretación de la pretensión de corrección jurídica, la aplicación de los materiales autoritativos no estaría justificada en todo caso, aunque podría estar justificada la aplicación de leyes injustas o irracionales desde un punto de vista práctico general, es decir, desde el punto de vista de la corrección de primer nivel. Sólo así se pone de manifiesto la relevancia práctica del carácter institucional del derecho, cuyo peso argumentativo no reside únicamente en el contenido material de las normas, esto es, en razones subyacentes a las normas, sino también en las razones que justifican la autoridad. Es esta racionalización de la autoridad lo que permite integrar los materiales autoritativos o razones de tipo institucional y las razones sustantivas en un razonamiento plenamente racional.

El propósito de justificar racionalmente la autoridad no puede ser abordado aquí más que de un modo tentativo, general y necesariamente superficial. Se trata en todo caso de una justificación *formal* de la autoridad, independiente de aquello que prohíba, permita u obligue hacer. En términos muy generales, podemos distinguir dos niveles de fundamentación: un nivel *abstracto*, referido a la justificación del propio derecho como institución social; y un nivel *concreto*, relativo a la justificación de las normas o instituciones jurídicas específicas.

En cuanto al primer nivel, la misma teoría del discurso propicia el tránsito al derecho sobre la base de argumentos prácticos sustentados en las limitaciones cognitivas, motivacionales y realizativas de la teoría del discurso<sup>70</sup>. También podemos situar en este nivel de justificación a las teorías del orden de inspiración hobbesiana, aquellas que podemos englobar bajo el rótulo de utilitarismo de la regla<sup>71</sup> o las que presentan al derecho como una razón excluyente en el razonamiento práctico<sup>72</sup>, entre otras<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> HABERMAS habla de una justificación *funcional* del Derecho (FV, 179 y ss.), mientras que APEL y ALEXY sostienen una justificación *normativa* (cfr. K.-O. APEL, «Diskursethik von der Problematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ-rational gerechtfertigt werden?», en K.-O. APEL y M. KETTNER (Hrsg.), *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1992, 29-61, en especial, 38 y ss.; R. ALEXY, «Diskurstheorie und Menschenrechte», en *ibid.*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, op. cit., 144 y ss.).

<sup>71</sup> Una interesante versión evolucionista del utilitarismo de la regla es el desarrollado por HAYEK; vid. F. HAYEK, «The Errors of Constructivism», en *ibid.*, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and The History of Ideas*, London, Melbourne and Henley, Routledge & Kegan Paul, 1978, 3-22.

<sup>72</sup> J. RAZ, *Razón práctica y normas*, trad. Juan Ruiz Manero, Madrid, CEC, 1991.

<sup>73</sup> Se trata únicamente de *considerar* los argumentos que se suelen esgrimir a favor de la autoridad en general (seguridad, coordinación, reforzamiento de expectativas, etc.), no de asumir las consecuencias prácticas que cada una de estas teorías extrae de su concepción de la autoridad.

En los sistemas democráticos, existe una razón más para justificar la relevancia práctica de los argumentos institucionales: las normas creadas siguiendo los procedimientos establecidos de producción de normas legalmente establecidos, constituyen una aproximación al cálculo de las preferencias morales de los miembros de la sociedad<sup>74</sup>, lo cual puede, incluso, ser considerado como lo más aproximado a la corrección moral<sup>75</sup>.

En el segundo nivel de justificación de la autoridad encontramos las razones que justifican que determinadas materias sean objeto de regulación jurídica. Estas razones no justifican que existan normas jurídicas en general, sino que existan normas jurídicas, y precisamente esas normas y no otras, que regulan materias específicas; se trata, por tanto, de la razón de ser de cada institución jurídica particular<sup>76</sup>.

La pretensión de validez jurídica, esto es, la pretensión de corrección que es formulada en los discursos jurídicos, tiene una doble dimensión, material (corrección) y formal (autoridad), pero es *una única pretensión*, su validez corresponde a un único sentido de corrección, a saber, la corrección de segundo nivel. Ambas dimensiones tienen relevancia práctica, o si se quiere, ambas forman parte de la *corrección jurídica*, la primera por su contenido, la segunda por las razones que justifican la autoridad, pero cuando ambas entran en conflicto resulta inevitable la ponderación. Del resultado de esa ponderación depende que una decisión incorrecta desde un punto de vista moral o pragmático pueda ser una decisión jurídica correcta o no; justificada o no. Esta forma de entender la pretensión de corrección jurídica, que revitaliza la vieja idea de RADBRUCH de que «la pugna aparente entre derecho y moralidad entraña en realidad una colisión entre dos deberes morales»<sup>77</sup>, es el único modo en que la tesis del caso especial refleja el principio de unidad de razón práctica.

<sup>74</sup> Éste es un argumento recurrente en PECZENIK, *vid.*, por ejemplo, *On Law and Reason*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer, 1989, 119-120 y 243 y ss.; «Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning», *Ratio Juris*, núm. 2, 1988, 123-136, en especial, 132-133; «Dimensiones morales del derecho», *Doxa*, núm. 8, 1990, 89-109, aquí 100.

<sup>75</sup> *Vid.* C. S. NINO, *El constructivismo ético*, Madrid, CEC, 1989, 104-110.

<sup>76</sup> Entre las razones que justifican el establecimiento de normas deben mencionarse aquellas que ATIENZA y RUIZ MANERO denominan «exigencias regulativas que surgen de la dimensión institucional del Derecho». Este tipo de exigencias fundamentan reglas cuya especificidad reside, además de en sus destinatarios (por lo general los órganos que aplican el derecho), «en la clase de razones que constituyen su justificación subyacente: pues se trata de razones que aparecen centralmente como derivadas de exigencias del propio Derecho como aparato institucional y no de razones sustantivas», por ejemplo, los plazos procesales (M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica», *Doxa*, núm. 24, 2001, 115-130, cita en 126).

<sup>77</sup> G. RADBRUCH, *Introducción a la ciencia del Derecho*, trad. L. Recaséns Siches, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930, 296.