

Sobre la Ciencia del Derecho y el discurso racional

FRANCESCA PUIGPELAT MARTI

Barcelona

I

La sugerencia de Bobbio de dividir su hipotético libro de Filosofía del Derecho en tres partes: a) Teoría del Derecho; b) Teoría de la ciencia jurídica, y c) Teoría de la Justicia (1) ha logrado un enorme consenso, al menos en la producción filosófico-jurídica española. Las razones de tal aceptación podrían descansar en lo que representa de solución de compromiso en la que pueden converger iusnaturalistas y iuspositivistas (2) a cambio sólo de ciertas renunciaciones. Así, los primeros deberían renunciar a reconocer en el Derecho natural el *auténtico Derecho*, admitiendo la posibilidad de un Derecho injusto y, de entre los segundos, algunos deberían abandonar la creencia de que la Filosofía del Derecho se identifica con la Teoría general del Derecho o con la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales, otros, que la tarea de la Filosofía del Derecho se agota en una teoría de la ciencia jurídica y, los menos, que discurrir sobre valores carece de sentido porque no son más que manifestaciones irracionales de la propia subjetividad.

No nos ocuparemos en estas páginas de la teoría del Derecho, aun cuando sea éste uno de los temas más interesantes de la disciplina. Analizaremos, tan sólo, las relaciones existentes entre el apartado b) y c) de la propuesta de Bobbio, ya que, precisamente, *la reflexión sobre la ciencia jurídica* —propiciada por aquellos que postulan que la Filosofía del Derecho debe ocuparse del

* Este trabajo se basa en una parte de la Memoria que realicé para participar en las pruebas de idoneidad. Se ha conservado su carácter original, que explica ciertas limitaciones.

(1) Cfr. N. BOBBIO, *Nature et fonction de la philosophie du droit*, en «Archives de Philosophie du droit», núm. 7, 1962, pp. 7 s.

(2) Utilizo aquí la expresión iuspositivista en el sentido amplísimo de doctrina no iusnaturalista, entendiéndolo por ésta aquella doctrina que sostiene no sólo la existencia del Derecho natural, sino también que el Derecho positivo para ser Derecho debe ajustarse a aquél.

análisis de la ciencia jurídica— *ha mostrado que ésta opera con valoraciones*. Pero, a pesar de ello, si no renuncia a su carácter de «ciencia» es porque entiende que estas valoraciones se hallan sujetas a un cierto control. La confirmación de esta aspiración ha venido propiciada por los resultados de las investigaciones en el ámbito de la Ética analítica. Así la teoría del discurso racional considera que, gracias a él, es posible controlar decisiones valorativas. En el ámbito de la teoría de la Justicia esta conclusión posibilitará, sin duda, el que vuelvan a intentarse acuerdos para enjuiciar los sistemas normativos positivos (3).

Creo necesario señalar, sin embargo, que el concepto de Derecho que subyace a las reflexiones que seguirán es el de conjunto de normas (4), entendidas como entidades ideales, pero dadas por el hombre y que, por ello, se consideran también positivas (5). Y es, precisamente, esta concepción idealista del Derecho, presente en el pensamiento iuspositivista (6), la que posibilita la prolongación de la reflexión filosófico-jurídica al tema de la Justicia.

(3) Cfr. O. WEINBERGER, en el Prólogo de «Rechtstheorie», Beiheft 1 (1979), p. 10.

(4) Creo que la discusión actual entre normas y principios propiciada por la polémica Hart-Dworkin no tiene en cuenta la tradición positivista continental donde la referencia a los principios del Derecho es continua. Cfr. F. GONZÁLEZ VICÉN, *El positivismo en la filosofía del Derecho contemporáneo*, en F. GONZÁLEZ VICÉN, *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 63 s.

(5) Cfr. O. WEINBERGER, *Die institutionelle Dasein des Rechts*, en «Rechtstheorie», Beiheft 6 (1984), pp. 247 s.; el mismo, *Die logische Grundlagen der erkenntniskritischen Jurisprudenz*, en «Rechtstheorie», 1978, p. 126; el mismo, *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, Berlín, Duncker & Humblot, 1979, pp. 95-107; S. MIR PUIG, *Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal*, en *Derecho penal y Ciencias sociales* (ed. de S. MIR PUIG), Barcelona, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma, 1982, pp. 19 s. Así, Schramm dice que las características para entenderlas como entidades ideales —comparándolas con las entidades del mundo 3 de la ontología de Popper— son: el que sean eficaces y el que siendo creadas por el hombre —es decir, cobran existencia a través de actos de voluntad—, son, *en cierta medida*, independientes de él. Cuando el hombre da una norma de ella pueden desprenderse muchas más cuyo contenido ni siquiera conoce. Cfr. A. SCHRAMM, *Zur logischen Rekonstruktion des Problems der Normrechtfertigung*, en «Rechtstheorie», Beiheft 1 (1979), p. 275.

(6) Convenimos, pues, con Hernández Marín en que el iuspositivismo es una doctrina idealista no iusnaturalista. Cfr. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Dogmática y sociología jurídica: Sobre la ontología del conocimiento jurídico*, en *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, cit., p. 38. También concibe como idealista a la doctrina positivista Thaler, señalando, como razón, que ello no significa la vuelta al iusnaturalismo. Según Thaler es idealista en la medida en que admite, junto a las reglas del Derecho positivo, reglas adicionales de valoración, pero que, a diferencia del iusnaturalismo, no condicionan la validez del ordenamiento positivo. Cfr. M. THALER, *Mehrdeutigkeit und juristischer Auslegung*, Wien-New York, Springer, 1982, pp. 146 s..

II

La reflexión sobre la ciencia jurídica ha venido facilitada por un planteamiento más general y excluyente en el ámbito de la filosofía. Así, la comprensión de la filosofía como *teoría de la ciencia*, auspiciada sobre todo por el neopositivismo, conduciría en el marco más concreto de la Filosofía del Derecho a entenderla como teoría de la ciencia jurídica (7). Esta concepción, inspirada en Russell y Wittgenstein, seguida por el Círculo de Viena y Popper, es defendida en la actualidad por numerosos autores, entre los que cabe destacar a Hempel, Nagel, Quine, Stegmüller, Bunge, etc. Lo que les une, pese a las diferencias, es que conciben la filosofía como análisis lógico de los enunciados de la ciencia, por lo que convierten el conocimiento científico en el objeto de la filosofía.

Ahora bien, a la filosofía de la ciencia de los años 40 no le interesaba cómo se ha llegado a un determinado conocimiento —lo que desde Reichenbach se denomina *contexto de descubrimiento* y es objeto de la historia, de la sociología o de la psicología de la ciencia—, sino cómo éste se defiende y se presenta ante la comunidad científica lo que, también según Reichenbach, se designa como contexto de justificación. Sin embargo, los primeros representantes de la posición que sostenía que debía analizarse la ciencia como resultado —por ejemplo, Carnap y Popper— no se ocuparon tanto de *describir* cómo se justifican y defienden los enunciados científicos, sino de *prescribir* cómo debería ser un determinado conocimiento para ser calificado de científico.

La publicación en 1962 del libro de Kuhn *La Estructura de las revoluciones científicas* desencadenará en el seno de la filosofía de la ciencia una importante polémica —avivada en 1970 por la publicación del libro de Feyerabend *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento* (8). En el trabajo de Kuhn la ciencia es analizada desde el punto de vista del contexto de descubrimiento —desde una perspectiva histórico-sociológica— y en él pondrá de manifiesto que no siempre los motivos que han determinado la justificación o la validez de ciertas teorías se compadecen con las propuestas de los filósofos de la ciencia en orden a la justificación de las mismas. Tal vez por ello, aun cuando se siga sosteniendo hoy que el objeto de la filosofía de la ciencia es el análisis de las teorías científicas —la ciencia como resultado y no como actividad (9)—, lo que debe hacerse

(7) Cfr. A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. G. R. Carrió), Buenos Aires, Eudeba, 1970, p. 26.

(8) Vid. la introducción de J. MUGUERZA, *La teoría de las revoluciones científicas*, al libro de I. Lakatos-A Musgrave (ed.), *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, Barcelona, Grijalbo, 1975, pp. 13-80.

(9) Apel se muestra, sin embargo, partidario de una teoría *pragmático-transcendental de la ciencia*. Según esta teoría la problemática de la validez

en primer lugar es mostrar cuáles son sus características —no prescribir cómo deben ser— para poder llevar a cabo más adelante una teoría sobre ellas, partiendo de teorías científicas concretas.

Si acogiéremos la propuesta de los primeros filósofos de la ciencia en el ámbito de la Filosofía del Derecho, la primera cuestión que debería abordarse sería la de determinar si la llamada tradicionalmente «Ciencia del Derecho» es merecedora o no de este calificativo.

1. *La cientificidad de la «ciencia del Derecho»*

Desde que en 1847 v. Kirchmann puso en entredicho el valor de la Jurisprudencia como ciencia, éste ha sido uno de los temas que más polémica ha desatado en el ámbito de la literatura jurídica. El enjuiciamiento negativo de la ciencia del Derecho ha venido exigido por una especial concepción acerca de las características propias del conocimiento científico. Según ésta, el objetivo del conocimiento científico no puede ser otro que la *búsqueda de leyes*, pues, precisamente, gracias a ellas ofrécese una *explicación* de por qué las cosas son de una determinada forma y no de otra, y se posibilita con ello, también, la *predicción*. Sin embargo, no sólo le es peculiar a la ciencia la explicación a través de leyes, sino el procedimiento que utiliza para alcanzarlas: el método científico. Este consiste fundamentalmente en la utilización de procedimientos objetivos de contrastación, en palabras de Popper, formular hipótesis audaces y contrastarlas rigurosamente.

Convendría, sin embargo, precisar si esta caracterización, que del conocimiento científico hemos realizado, vale para todas las ciencias en general o sólo es adecuada para las ciencias de la naturaleza, pero no para las del espíritu. De los neokantianos proviene la distinción entre ciencias de la naturaleza —generalizantes— y ciencias del espíritu (Windelband) o de la cultura (Rickert) —particularizantes (o ideográficas)—, que venía determinada por la creencia de que la realidad estaba dividida en dos ámbitos: lo natural y lo cultural. Para la aprehensión de esa realidad histórico-cultural no serían apropiadas las formas de conocimiento válidas para la explicación de los fenómenos naturales. En el ámbito histórico-cultural es preciso dar razón de hechos únicos e irrepetibles —no susceptibles de generalización— y referidos a

del conocimiento para el sujeto que conoce no debería dejarse a la consideración de la psicología empírica, sino que esta cuestión debería analizarla la propia teoría de la ciencia «como la problemática de la formación del consenso en la comunidad trascendental de la comunicación, tal como exige una transformación semiótica y normativa de la problemática kantiana del sujeto trascendental». Este planteamiento conduciría a que el «contexto de descubrimiento» no sería un tema puramente empírico ni sería separado del «contexto de justificación». Cfr. K. O. APEL, *La transformación de la filosofía*, I, Madrid, Taurus, 1985, p. 28.

valores. Según Rickert esta referencia al valor no significa que el historiador deba valorar positiva o negativamente los hechos culturales. Alude al hecho de que el historiador, cuando analiza un fenómeno histórico, selecciona las características del mismo en función de los valores dominantes en la comunidad a la que él mismo pertenece (10). Podríamos decir, p. ej., que si en la actualidad interesa a los historiadores explicar cómo estaba distribuida la propiedad en un momento histórico determinado, la selección de la propiedad como hecho a explicar ha venido condicionada por los planteamientos economicistas de nuestra sociedad. Si fuesen hoy prevalentes los valores militares la explicación histórica vendría referida a gestas bélicas, como bien así ha sido en otros momentos históricos.

Esta diferenciación permitía sostener la posibilidad de un conocimiento científico de hechos únicos e irrepetibles frente a cierta tradición occidental, según la cual la ciencia es conocimiento de lo general y no de lo particular (11). Los partidarios de las ciencias del espíritu afirmaban también la necesidad de recurrir a un método propio para conocer estos hechos: la comprensión. A través de ella se intenta *aprehender el sentido* de ciertos actos o situaciones.

Las críticas a los neokantianos han sido muchas (12). Respecto a la tesis de que los hechos históricos son únicos e irrepetibles suele argumentarse que debajo de lo irrepetible de un hecho histórico subyacen siempre ciertas regularidades. En cuanto al método *comprensivo* —la empatía— se afirma que no es necesaria ni suficiente. No es necesaria porque, según Hempel y Oppenheim, «la conducta de los psicóticos o de los hombres pertenecientes a una cultura muy distante del investigador resulta a veces explicable y predecible a partir de principios generales aunque el investigador que sienta o aplica dichos principios no fuese capaz de comprender empáticamente a esos hombres» (13). No es suficiente porque «también puede darse un vivo sentimiento de comprensión en aquellos casos en que juzgamos a una persona de un modo completamente falso» (14).

(10) Cfr. K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. M. Rodríguez Molinero), 2.ª ed. Barcelona, Ariel, 1980, pp. 116 s.

(11) Cfr. R. G. COLLINGWOOD, *¿Constituyen la historia y la ciencia diferentes tipos de conocimiento?*, en R. G. COLLINGWOOD, *Ensayos sobre la filosofía de la historia*, Barcelona, Seix Barral, 1970, pp. 72 s.; el mismo, *La Filosofía de la Historia*, en *Ensayos...*, cit., pp. 180 s.

(12) Vid. por todos, E. NAGEL, *La estructura de la ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica*, 2.ª ed., Buenos Aires, Paidós, 1974.

(13) Cfr. K. O. APPEL, *El desarrollo de la «Filosofía analítica» del lenguaje y el problema de las «ciencias del espíritu»*, en *La transformación de la Filosofía*, cit., II, pp. 50 s.

(14) Cfr. K. O. APPEL, op. cit., pp. 52 s.

(15) Me parece de enorme interés, por este motivo, el análisis que de este tema realiza Appel en el trabajo mencionado en las dos notas anteriores y en el trabajo *La comunidad de comunicación como presupuesto trascen-*

No me detendré en señalar lo que de fecundo puede haber en el método comprensivo propuesto por las ciencias del espíritu (15); sólo interesa, a los efectos de este trabajo, destacar que precisamente esta dualidad (16) es la que dio soporte a la concepción de Kelsen de la ciencia jurídica como una ciencia normativa (17).

La comprensión de la ciencia del Derecho como una ciencia normativa, significaría en Kelsen que ésta no se ocupa de hechos, de los que pueden ocuparse otras ciencias, sino que se ocupa de normas. Entendidas éstas como el sentido de un acto de voluntad dirigido al comportamiento de otro, pertenecen al ámbito del deber ser y no del ser (18). Compartida ampliamente hoy la creencia de que la ciencia del Derecho se ocupa de las normas jurídicas positivas, habría que preguntarse cuál es el conocimiento que sobre ellas debería hacerse para poder ser calificado de científico.

Si la ciencia del Derecho se ocupase de explicar el origen —los factores que determinaron la creación de una norma— y los efectos de las normas en la vida social, tal vez nadie hubiese discutido el carácter científico de la ciencia del Derecho. Sin embargo, la actividad de los juristas no se ha orientado casi nunca en esta dirección, sino que se ha ocupado de fijar el *sentido* de las normas y su *sistematización* (19). De ahí que la diferencia entre la sociología jurídica y la ciencia del Derecho radique en el distinto enfoque desde el cual analizan un mismo fenómeno. Pero tam-

dental de las ciencias sociales, en la *Transformación de la Filosofía*, cit., II, pp. 209-249.

(16) Admitida, entre otros, por Aarnio, Larenz, Engisch y Müller, Cfr. A. AARNIO, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Wien-New York, Springer, 1979, pp. 231 s.; K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., pp. 26 s., 192, s.; K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico* (trad. E. Garzón Valdés), Madrid, Guadarrama, 1967, pp. 15 s., 97 s.; F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität*, Berlin, Duncker Humblot, 1966, pp. 38 s.

(17) Tomo a Kelsen como punto de referencia, pues creo, con Ross, que *La teoría pura del Derecho* constituye la contribución más importante del siglo XX a la filosofía jurídica. Cfr. A. ROSS, *Sobre el Derecho...*, cit., p. 2. En 1985 también lo sostiene en nuestro país, M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985, p. 32. Convengo también con Weinberger que en el ámbito de la teoría del derecho analítica el concepto de norma es uno de los conceptos centrales. Cfr. O. WEINBERGER, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsen Theorie der Normen*, Berlin, Ducker & Humblot, 1981, p. 19.

(18) Un análisis detallado de la oposición ser-deber-ser en el pensamiento de Kelsen puede verse en el Cap. VII, ap. IV, B del libro de HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1986. Allí se pone de manifiesto que Kelsen con la referencia ser-deber-ser alude: 1) A una distinción entre tipos de discurso; 2) a una distinción ontológica; 3) a el deber ser como una especie de ser.

(19) Vid. por todos, A. AARNIO, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, cit., p. 34 y 37 s. El mismo, *Sobre la racionalidad de la racionalidad. Algunas observaciones sobre la justificación jurídica*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», núm. 23-24 (1983-84), p. 3. El mismo, *Nehmen wir die Rechtswissenschaft ernst!*, en W. KRAWIETZ/H. SCHELSKY/G. WINKLER/A. SCHRAMM, *Theorie der Normen. Festgabe für O. Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, pp. 6 s.

bién suscita dificultades sostener que la norma es un hecho social y operar, como hace la ciencia jurídica, con un concepto de norma que no se vincula estrictamente al de *entidad lingüística* dada en un momento espacio-temporal concreto. Por ello, como pone de relieve Hernández Marín (20), podría calificarse a la ontología jurídica que subyace a la ciencia jurídica (iuspositivista) de idealista. Sin embargo, tal vez profundizando en el aspecto pragmático del lenguaje podría sostenerse, p. ej., que cuando el legislador emite ciertos enunciados *espera* que se relacionarán con otros que ha formulado en otros textos o en el mismo texto y que puedan dar lugar a enunciados no expresados estrictamente porque sabe que convencionalmente se procede de esta forma. Así, cuando el hijo llega tarde a casa y el padre le dice «si llegas más tarde de las diez no saldrás los domingos», sin duda no le ha dicho «no debes llegar más tarde de las diez» o «no quiero que llegues después de las diez». Pero a nadie le parece extraño que el hijo, charlando con unos amigos, en un momento determinado les diga que se va porque su padre no quiere que vuelva después de las diez.

Aceptado generalmente que la ciencia del Derecho se ocupa de fijar el sentido de las normas señalaremos las dos críticas que con más frecuencia se oponen al carácter científico de la ciencia del Derecho.

A) La primera es la de que sus proposiciones no son controlables ni lógicas ni empíricamente. Así, Ross, respecto de razonamientos tan usuales como «lex posterior derogat priorem», «lex specialis derogat generalem», «lex superior derogat inferiore», dirá que «todos los problemas lógicos de la interpretación son lógicos en el sentido de que pueden ser determinados mediante un análisis lógico de la ley. Pero no son en modo alguno lógicos en el sentido de que puedan ser resueltos con ayuda de la lógica o de principios de interpretación que operen en forma mecánica (21). Tampoco se justifican lógicamente la analogía y la reducción teleológica.

Como pone de manifiesto Mir Puig, no sirve, a su vez, la contrastación empírica como forma de control (22). En este punto tendría ventajas la concepción que de la ciencia jurídica tiene Ross. Así, al señalar éste como tarea de la ciencia predecir las decisiones de los jueces, estaría en situación de controlar empíricamente lo acertado de su pronóstico. Sin embargo, ningún dogmático negará, como pone de manifiesto E. v. Savigny en sus observaciones a Albert, que existen soluciones judiciales incorrectas, no

(20) Cfr. el trabajo de este autor citado en la nota 6.

(21) Cfr. A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit., p. 129. Para un análisis de las implicaciones valorativas de esos razonamientos, vid. N. BOBBIO, *Sobre los criterios para resolver las antinomias*, en *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Torres, 1980, pp. 349-364.

(22) Cfr. S. MIR PUIG, *Sobre la posibilidad y límites...*, cit., p. 16.

admitiendo con ello que la decisión judicial se constituya en el criterio que mida la verdad o la falsedad de sus afirmaciones (23).

Una cierta forma de control empírico podría ser posible si la ciencia jurídica aceptase que el objetivo último de la interpretación no es otro que el de averiguar cuál fue la voluntad histórico-psicológica del legislador. Pero esta teoría subjetiva de la interpretación no es hoy dominante e incluso entre los partidarios de la misma, como señala Larenz, se efectuaron ciertas correcciones que la aproximaban a la teoría dominante hoy de la interpretación objetiva (24). A su vez, cabría un cierto control empírico si se admitiese que el criterio de verdad o falsedad de las afirmaciones de la ciencia jurídica depende de su coincidencia con la opinión mayoritaria. Pero ninguna doctrina minoritaria está dispuesta a reconocer que es falsa su postura por el hecho de no coincidir con la doctrina dominante (25).

B) Las proposiciones de la ciencia jurídica no son controlables porque en realidad no se limita a *describir* normas. Si en sus inicios, cuando se hablaba de la ciencia del Derecho como una ciencia normativa, se tuvo un especial cuidado en precisar que ella no debía expresar normas, sino que tenía que limitarse a describirlas, un análisis más real de la actividad de los dogmáticos —acorde con los postulados de la filosofía de la ciencia actual— ha puesto claramente de manifiesto que éstos no sólo describen el Derecho positivo, sino que formulan reglas no contenidas en las leyes (26) y deciden, en ciertos casos, cuál es el sentido de un texto legal en base a criterios valorativos (27).

Cuando Kelsen se ocupaba de la interpretación, señalaba que «la pregunta de cuál sea la posibilidad "correcta", en el marco del Derecho aplicable, no es —según los supuestos previos— ninguna pregunta dirigida al conocimiento del Derecho positivo, no es una pregunta teórico-jurídica, sino que es un problema político» (28). Esta tarea política es la que debía asumir el juez en la sentencia, de ahí que su actividad fuese considerada creadora de Derecho y no dirigida al conocimiento del mismo. Por ello, al pretender constituir Kelsen a la ciencia del Derecho en una verdadera actividad científica, tuvo especial cuidado en advertir que «la interpretación *jurídico-científica* (29), no puede sino ex-

(23) Cfr. E. v. SAVIGNY, *Die Jurisprudenz im Schatten des Empirismus. Polemische Anmerkungen zu Hans Albert: Erkenntnis und Recht*, en «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 1972, p. 101.

(24) Cfr. K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., p. 314.

(25) Cfr. S. MIR PUIG, *Sobre la posibilidad y límites...*, cit., p. 16.

(26) Cfr. E. v. SAVIGNY, *Die Jurisprudenz im Schatten des Empirismus*, cit., p. 98.

(27) Lo que Aarnio denomina *opiniones sobre normas* frente a las *proposiciones sobre normas*. Cfr. A. AARNIO, *Sobre la racionalidad de la racionalidad*, cit., p. 3.

(28) Cfr. H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (trad. R. J. Vernengo de la 2.ª ed. de 1960), México, Univer. Nacional Autónoma de México, 1979, p. 353.

(29) Lo señalado en cursiva es nuestro.

poner los significados posibles de una norma jurídica (...), el escritor que en un comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única "correcta" no cumple una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política» (30). Sólo operaría científicamente el dogmático que se limitase a señalar cuáles son los significados posibles de una determinada norma (31), sin decidir acerca de cómo debe ser entendida. Pero la ciencia del Derecho tradicional no sólo opta por la interpretación que le parece más correcta, sino que, como se ha señalado, crea normas que no encajan exactamente dentro del marco semántico posible de determinados textos legales.

Por todo ello, una caracterización estricta de lo que se entiende por «ciencia» debería llevar a negar este calificativo a la actividad de los juristas. Si se llega a tal conclusión y se sostiene que sólo puede proporcionar un auténtico conocimiento del Derecho la sociología jurídica, como ciencia empírica, tal vez los filósofos del Derecho deberían ocuparse del análisis del conocimiento elaborado por los sociólogos. Si, pese a todo, siguen ocupándose de la ciencia del Derecho tradicional, quizá se pruebe con ello lo poco relevante que es en realidad discutir acerca del carácter científico o no de una determinada ocupación. Lo que en mi opinión, sí tiene interés es *describir* adecuadamente cómo opera la dogmática e intentar *explicar* por qué y en qué condiciones es posible una actividad de estas características. Esta será precisamente, la clase de investigación que me propongo realizar más adelante partiendo del *aspecto pragmático* del Derecho (32).

Sin embargo, los juristas insisten en la científicidad de sus proposiciones tal vez porque, al menos hasta ahora, la palabra «ciencia» posee una carga emotiva favorable (33). De ahí la necesidad de mostrar que sus elecciones basadas en valoraciones no son totalmente arbitrarias y se hallan sometidas a un control

(30) Cfr. H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 356.

(31) O bien, como propone Tarrello, deberían limitarse a exponer cómo se ha entendido una determinada norma en el pasado o prever cómo se entenderá más adelante. Cfr. G. Tarrello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 61 ss.

(32) En este sentido comparto el punto de vista de J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», 1985, p. 315 s. De acuerdo, también con A. CALSAMIGLIA, *Sobre la Dogmática jurídica: presupuesto y funciones del saber jurídico* en «A.C.F.S.», núm. 22 (1982), p. 236.

(33) Cfr. C. S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, pp. 12 s. Me parece más acertada esta suposición que la que formula M. Atienza, siguiendo a M. Jori, cuando, al constatar que Hart no se ha preocupado de construir una teoría de la ciencia jurídica, sostiene que en los países del *common law* las profesiones jurídicas gozan de un alto prestigio de forma que no se siente mucho la necesidad de justificar la labor de los juristas. Cfr. M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, cit., pp. 249 y 281. No estoy de acuerdo con este planteamiento porque creo que si esta polémica no se ha dado en los países del *common law* ha sido por la poca elaboración teórica sobre el Derecho allí existente, a diferencia de la situación alemana durante el siglo XIX.

racional. Si el cuestionamiento del carácter científico de la ciencia del Derecho ha permitido desvelar que ésta no prescinde de las valoraciones (34), se trata ahora de mostrar qué tipo de control puede ejercerse sobre las mismas. Se alude frecuentemente al control intersubjetivo que, en el plano filosófico más general, es postulado por la teoría del consenso de Habermas como criterio de verdad (35). Aunque este criterio, como señala Weinberger, no sea admisible en el marco de las ciencias, tal vez pudiese ser útil en los ámbitos de la política y del Derecho (36). De ello nos ocuparemos en el siguiente apartado.

III

Si se parte de que el jurista en su tarea de reelaboración del material jurídico recurre a valoraciones (37), es preciso preguntarnos sobre la *naturaleza de los juicios de valor*. Es decir, es conveniente saber si esas valoraciones (38) son puras apreciaciones subjetivas del intérprete que escapan a todo control racional o si, por el contrario, pueden *fundamentarse y justificarse racionalmente*. Como señala Alexy sería un error creer que estas valoraciones dejan el campo libre a las convicciones morales subjetivas del intérprete. Una tal conclusión, añade, sólo sería obligada si no fuese posible su objetivización. Las propuestas en este sentido han sido varias. Para algunos, deberían tomarse en consideración los valores admitidos por la comunidad o por determinados círculos sociales (39). Ante este planteamiento Alexy se

(34) Aunque como descripción de lo que piensan algunos juristas es adecuado sostener que mediante la interpretación «se pretende describir los usos lingüísticos de la comunidad (...), usos que, en ocasiones, no coinciden con los sentidos que las oraciones jurídicas han recibido o van a recibir» (Cfr. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *El Derecho como dogma*, Madrid, Tecnos, 1984 p. 27) no es una descripción exacta de la labor que realizan efectivamente, pues el intérprete, normalmente, selecciona uno de los usos en base a criterios valorativos.

(35) Cfr. J. HABERMAS, *Vorbereitende Bemerkungen su einer Theorie der kommunikativen Kompetenz*, en J. HABERMAS-N. LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt A. Main, Suhrkamp, 1971, pp. 123 s.

(36) Cfr. O. WEINBERGER, *Die Rolle des Konsenses in der Wissenschaft, im Rech und in der Politik*, en «Rechtstheorie», 1981, Beiehft, 2, pp. 161 s.

(37) En este sentido se manifiestan, entre otros K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, cit. pp. 139 s.; R. ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. München, C. H. Beck, 1974, p. 76; K. LAURENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., pp. 203 s.

(38) Según Alexy el recurso a las valoraciones viene determinado por: 1) La vaguedad del lenguaje del Derecho; 2) La posibilidad de conflictos normativos; 3) El hecho de que existan casos que requieren una regulación jurídica, pero no les es aplicable ninguna de las normas existentes; 4) La posibilidad en casos especiales de decidir en contra del texto de una norma. Cfr. R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. Main, Suhrkamp, 1979, pp. 17 s. Como se ve Alexy alude en: a) a la elección por el intérprete de un determinado sentido dentro del marco semántico posi-

muestra crítico no sólo porque puede ser difícil, aun con ayuda de las ciencias sociales, saber cuáles son estos valores y cuáles deben prevalecer en caso de divergencia, sino también porque no es admisible que una convicción normativa por el hecho de ser ampliamente compartida pueda ser el fundamento de una decisión (40). La referencia empírica no es, pues, un recurso suficiente.

La segunda posibilidad de objetivización consistiría en proponer que los valores a tener en cuenta sean los valores propios del ordenamiento jurídico (41). Sin duda han de ponderarse estas valoraciones, pero como criterio de decisión tampoco bastan. Como manifiesta Alexy, el contexto valorativo del orden jurídico no es algo que pueda servir de criterio inamovible de la decisión, pues en las normas jurídicas cristalizan puntos de vista valorativos distintos y no es claro, a veces, cuál es el valor que expresa una norma (42). No significa esta objeción que los valores contenidos en el ordenamiento jurídico no sean relevantes en orden a la decisión, sino que se hace necesario determinar con más precisión las formas y las reglas en base a las cuales ellos pueden ser utilizados para justificar las decisiones (43).

Para una tercera corriente de opinión los valores que deberían servir de base a la decisión son las normas del Derecho natural o el orden de valores objetivos que existe independientemente del Derecho. Esta solución comporta algunos problemas. En primer lugar, presupone la aceptación de ciertas premisas filosóficas discutibles, en segundo lugar, no parece fácil poder deducir de este orden de valores proposiciones normativas concretas (44).

Podría sostenerse, por último, que las valoraciones deben deducirse de los conocimientos empíricos. Esta propuesta debe rechazarse porque es imposible obtener de conocimientos empíricos, por muy importantes que sean, proposiciones normativas sin incurrir en la conocida, y hoy temida, falacia naturalista (45).

Se hace necesario, pues, seguir profundizando en estos problemas y adentrarnos en el campo de la llamada *metaética o ética*

ble de una norma; b) a las antinomias; c) a las lagunas; d) a la reducción teleológica. No debe, sin embargo, olvidarse que son muchos los casos en los que no plantea problemas saber cuál es la interpretación de un texto.

(39) Así, K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., pp. 159 s. El mismo, *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales* (tra. J. J. Gil Cremades), Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1968, pp. 225 s.; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. Main, Athenäum Fischer, 1972, p. 9; M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. Berlin, Duncker & Humblot, 1976, p. 96.

(40) Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit., p. 27 s.

(41) En este sentido, K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., pp. 286 s.; 334 s.

(42) Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit., p. 29.

(43) *Ibidem*.

(44) Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit., p. 30.

(45) Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit. p. 31.

analítica para determinar si es *posible* una fundamentación racional de los juicios de valor. La respuesta vendrá, sin duda, condicionada por la naturaleza que se atribuya a estas proposiciones. Cabe por ello sostener que cualquier teoría sobre su fundamentación presupone una teoría del lenguaje normativo (46). Examinaremos a grandes rasgos algunas de las teorías que se han expuesto.

De entre las llamadas teorías descriptivas cabría hacer mención del naturalismo y del intuicionismo. Debe entenderse, según Moore, por teorías naturalistas aquellas que propugnan un especial modo de acceso a la ética: «Este método consiste en sustituir "bueno" por alguna propiedad de un objeto natural o de una colección de objetos naturales. Y en reemplazar, por ende, la ética por alguna ciencia natural» (47). Las ciencias sustitutivas podrían ser la psicología, la sociología o cualquier otra ciencia. Así tanto daría que bueno se definiese como amarillo o fuerte, o productor de placer, o deseado o sentido, para que se calificase a una teoría que así operase de naturalista (48).

Como puede verse, lo que diferenciaría a las distintas posiciones naturalistas entre sí es que cada una considera diferentes los hechos a los que se refieren los juicios de moralidad. Mientras que algunos autores consideran que los juicios éticos describen sentimientos o deseos de alguna o una pluralidad de personas, otros sostendrán que aluden a ciertos hechos como producir placer, causar dolor, etc. Si la tarea de la ética, desde esta perspectiva, consiste en traducir proposiciones normativas a proposiciones descriptivas, la siempre amenazante cuestión de la derivación del deber ser del ser se resolvería de forma satisfactoria para el ser (49).

No es por ello de extrañar que las objeciones, que el propio Moore dirige a las teorías naturalistas, se basen en que éstas cometen la «falacia naturalista». El argumento con el que fundamenta su crítica es el de la pregunta abierta (50). Sin duda puede parecer plausible afirmar que si alguien piensa que A es bueno está pensando que A es de las cosas que deseamos, pero siempre cabe seguir adelante y preguntarse, ¿es bueno desear A? Así el que podamos hacer este tipo de pregunta respecto a los hechos con los que se pretende definir los términos éticos significa que éstos no pueden coincidir con aquéllos.

Aunque la crítica de Moore a las posiciones naturalistas ha sido contestada, parece razonable admitir que suministra un buen argumento para sostener que no es posible una total identificación entre expresiones normativas y expresiones descriptivas. De

(46) Cfr. R. ALEXI, *Theorie...*, cit., p. 53.

(47) Cfr. G. E. MOORE, *Principia Ethica* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1959, p. 37.

(48) Cfr. G. E. MOORE, *Principia Ethica*, cit., p. 38.

(49) Cfr. R. ALEXI, *Theorie...*, cit., p. 55.

(50) Cfr. G. E. MOORE, *Principia Ethica*, cit., pp. 14 s.

ahí que sea posible mantener que el discurso moral no se reduce a un discurso empírico. Partiendo del supuesto de que las expresiones «bueno» o «devido» no son definibles a través de expresiones empíricas, algunos autores opinan que, no obstante, siguen refiriéndose a hechos: hechos no naturales. Esta sería la tesis del *intuicionismo*. Recibe el nombre de intuicionismo porque entiende que esas entidades no naturales se conocen a través de la intuición. Se discute dentro de esta doctrina qué tipo de entidades son esas que pueden ser conocidas a través de la intuición. De ahí que Moore, intuicionista, considere que la cuestión fundamental de la ética sea la de definir lo que es «bueno» (51), o, mejor dicho, su interés básico es el descubrir cuál es la naturaleza del objeto o idea que se representa con la palabra «bueno», pues al expresar ésta una noción simple —no compleja— no puede ser reducida a partes más simples. Pero, para Moore, «así como no se puede explicar a nadie, por los medios y formas que sea, qué es lo amarillo si no se lo conoce, tampoco se puede explicar qué es lo bueno» (52).

Al intuicionismo se le han hecho también objeciones. La más contundente, tal vez, sea la de que, cuando se constata que diversas personas sostienen evidencias distintas, no puede ofrecerse criterio alguno que pruebe la corrección de unas frente a las otras. Es decir, ¿cómo podemos distinguir una intuición verdadera de lo bueno de una falsa si el único criterio de contrastación de la evidencia es la propia intuición? (53).

Mas, el reproche común al naturalismo y al intuicionismo es el de que no pueden explicar el carácter esencialmente dinámico del discurso moral, o sea, que éste «compromete al hablante con ciertas actitudes o cursos de la acción» (54). Las expresiones que se utilizan en las proposiciones normativas no agotan su función en describir algo, sino que su función es, principalmente, otra. Para el *emotivismo* los juicios de valor se utilizan no para describir hechos sino para *influir* en el comportamiento de otro. Las expresiones morales son instrumentos de influencia psicológica, por lo que junto a una función cognitiva desempeñan una función emotiva. Quien ofreció una versión definitiva de esta posición fue Stevenson. Según Hudson, para Stevenson, en todo discurso moral pueden descubrirse unos rasgos peculiares: 1) En él se muestran verdaderos acuerdos y desacuerdos; 2) Si alguien reconoce que algo es «bueno», tiene tendencia a perseguirlo lo que denomina «magnetismo» de los términos morales; 3) En el ámbito de este discurso no son suficientes los métodos de contrastación empíricos (55).

(51) Cfr. G. E. MOORE, *Principia Ethica*, cit., p. 5.

(52) Cfr. G. E. MOORE, op. cit., p. 6.

(53) Cf. W. D. HUDSON, *La filosofía moral contemporánea*, Madrid, Alianza, 1974, p. 108.

(54) Cfr. W. D. HUDSON, *La filosofía*, cit., p. 116.

(55) Cfr. W. D. HUDSON, op. cit., p. 118.

El que sean posibles los acuerdos y desacuerdos viene determinado por una distinción previa: la no identificación entre una creencia y una actitud. Así, dos personas pueden estar de acuerdo en las consecuencias que puede tener la realización de una acción —tener las mismas creencias frente a ella— y tener distintas actitudes hacia la misma. Es la diferencia de actitud la que condiciona que una la recomiende y otra la rechace. O bien puede ocurrir que discrepen respecto a las creencias pero estén de acuerdo en cuanto a las actitudes (56). En relación con el segundo rasgo del discurso moral cabría decir que la función cognitiva de los juicios morales va referida a la expresión de las creencias, mientras que la función emotiva, a la de las actitudes. Por último, el método empírico sería insuficiente en esta materia puesto que sólo se pueden dar razones para justificar las creencias, mientras que en la adopción o no de una cierta actitud sólo pueden crearse causas para influir en dicha actitud (57).

Esta posición está, también, sujeta a críticas. La más radical sostiene que su admisión conduciría a una destrucción de la moralidad. Pero, como señala Hudson, la teoría emotivista, como teoría de la moralidad, implica lógicamente su existencia. Por ello no es de extrañar que muchos emotivistas mostraran con hechos que tomaban en serio los problemas morales: Ayer, marchando en manifestación contra el «apartheid» y Russell protestando contra la fabricación de armas nucleares (58). Tampoco es correcto calificar a los emotivistas de subjetivistas ya que, en palabras del propio Ayer, «rechazamos la concepción subjetivista de que llamar recta a una acción o buena a una cosa equivale a decir que es generalmente aprobada, porque no es autocontradictorio afirmar que algunas acciones que son generalmente aprobadas no son rectas, o que algunas cosas que son generalmente aprobadas no son buenas. Y rechazamos la posición subjetivista alternativa de que quien afirma que una cierta acción es recta, o que una cosa es buena, está diciendo que él la aprueba, porque un hombre que confesase que en alguna ocasión aprobó lo que era malo o erróneo no estaría en contradicción consigo mismo» (59).

La objeción que sí cabe hacer a esta teoría es que concibe en términos estrictamente psicológicos el discurso moral. Pues si lo que es propio de esta clase de discurso es el que sirva de causa para crear ciertas predisposiciones emocionales en otra persona, es posible argumentar que también los enunciados descriptivos pueden conseguir los mismos efectos psicológicos y que éstos varían de persona a persona. En opinión de Hudson el error del

(56) Vid. también, A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, cit., pp. 298 s.

(57) Cfr. C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 365.

(58) Cfr. W. D. HUDSON, op. cit., pp. 135 s.

(59) Cfr. A. J. AYER, *Lenguaje, verdad y lógica*, Barcelona, Martínez Roca, p. 121.

emotivismo —que servirá de punto de partida al prescriptivismo— es: «a) que confunde las razones de la acción con las causas de la acción; b) que confunde la fuerza perlocucionaria del lenguaje con el significado» (60).

Así, Hare —*prescriptivista*—, basándose en Austin y en el segundo Wittgenstein, llevará a cabo el análisis de los imperativos (61) y de los términos valorativos (62) y llegará a la conclusión de que los juicios morales implican imperativos (63). El que los juicios morales impliquen imperativos no significa que los juicios de valor sean equivalentes a imperativos. ¿Por qué no son iguales? Porque ante un juicio de valor cabe siempre preguntar por las razones que lo justifican, posibilidad que viene propiciada por el sentido descriptivo de los términos valorativos, lo que no se hace ante un imperativo. A su vez otra diferencia entre ellos es que los juicios de valor son universalizables. Así quien exterioriza un juicio moral está presuponiendo una *regla* que determina lo que es una razón para un juicio moral, regla que debe aceptar aún en el caso de que en una situación determinada pudiese perjudicar sus propios intereses (64).

Las objeciones al prescriptivismo han sido varias. Nosotros, en base a Alexy, nos ocuparemos de las que le formula K. Baier, un exponente de la teoría del «punto de vista moral» (65). Según Baier, el prescriptivismo, igual que el emotivismo, no puede explicar cómo es posible el discurso racional en materia ética. Su único avance respecto del emotivismo es el que ponga de manifiesto que los juicios morales son universalizables en el sentido que presuponen una regla que fundamenta este juicio y que deberá aceptarse aun cuando perjudique los intereses del que la alega. Pero pese a esta universalización esta concepción no puede excluir juicios valorativos que consideramos incorrectos. Así uno puede sostener en base a una cierta regla que todos los psicópatas deben ser eliminados y siendo él psicópata aceptar su propia muerte.

Por ello Baier sostiene que lo específico de la pregunta moral es el cuestionarnos qué es lo que es mejor hacer. Lo que realmente importa es mostrar las mejores razones que pueden servir para justificar la realización de una acción. Esas mejores razones se obtienen a partir de deliberaciones (66). Hay dos estadios en todo proceso deliberativo. En un primer momento se fija cuál

(60) Cfr. W. D. HUDSON op. cit., p. 155.

(61) Donde establece la distinción entre el «frástico» y el «neústico» para sostener que los imperativos y las aserciones tienen una parte en común —lo que denomina «frástico»— y una parte diferente —el «neústico»—.

(62) Distinguirá Hare en los términos valorativos un significado prescriptivo y un significado descriptivo. El significado descriptivo se refiere a las peculiaridades en base a las cuales algo es caracterizado como «bueno».

(63) Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit., p. 84.

(64) Cfr. R. ALEXY, op. cit., p. 107.

(65) Cfr. R. ALEXY, op. cit., pp. 124 s.

(66) Cfr. R. ALEXY, op. cit., p. 124. Las deliberaciones se refieren tanto a la autoreflexión como a la confrontación entre varios hablantes.

puede ser una razón para sostener una determinada afirmación normativa. Siguiendo a Hare acepta, también, que son reglas lo que convierte a algo en fundamento. En un segundo momento, cuando se sopesan las razones que hay a favor o en contra —como es habitual—, deben presuponerse reglas que establezcan cuáles, de entre las reglas manejadas, deben tener prioridad (67). La elección viene determinada por el punto de vista moral, que se configura «por un conjunto de reglas, criterios o condiciones a los que deben ajustarse los juicios morales para poder ser aceptados como tales» (68). ¿Cuáles son estas condiciones? Las hay de dos clases, formales y materiales.

La primera condición formal es que la acción se juzgue en base a reglas y no a intereses propios de los sujetos que intentan conseguir ciertas finalidades. Como segunda condición formal debe añadirse que tales reglas sean válidas para todos y por tanto dotadas de un carácter abierto y «enseñables» con carácter universal. De ello extrae diversas consecuencias, p. ej., que la generalización de una norma moral no ha de conducir a que nadie deba cumplirla. No podría, por ello, sostenerse la siguiente regla: «Solicita ayuda cuando lo necesites pero tú no socorras a nadie que lo necesite» (69). En cuanto a las condiciones materiales subraya Baier tres criterios. El primero se satisface si el cumplimiento de una regla contribuye de forma inmediata al bien común de todos. El segundo es el de la reversibilidad, que ha de manejarse cuando el primero no es aplicable por existir conflictos de intereses entre los afectados. Según este criterio el comportamiento que se cuestiona debe ser aceptado tanto por el sujeto activo como por el sujeto pasivo. La tercera condición supone admitir que un comportamiento está prohibido cuando su cumplimiento generalizado tiene consecuencias funestas.

Adoptar el punto de vista moral significa que «el sujeto no asume una posición egoísta, actúa sobre la base de principios (lo que implica que no hace excepciones no previstas en los mismos principios), está dispuesto a universalizar tales principios y, al hacerlo, toma en cuenta el bien de todos por igual» (70).

Alexy no cree que las condiciones propuestas por el punto de vista moral basten como criterios para juzgar los juicios morales (71). En cuanto a los formales, el principio de la «enseñabilidad» universal (*universal teachability*) podría no evitar juicios morales de dudosa corrección (p. ej., las normas de segregación racial). Tampoco los materiales son definitivos. Así las ventajas inmediatas para todos pueden ser perfectamente compatibles con enormes desigualdades en el reparto de las mismas. El principio

(67) Cfr. R. ALEXY op. cit., p. 126.

(68) Cfr. R. ALEXY, op. cit., p. 127.

(69) Cfr. R. ALEXY, op. cit., pp. 129 s.

(70) Cfr. C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, cit., p. 373.

(71) Cfr. R. ALEXY, op. cit., pp. 131 s.

de reversibilidad no impide que el judío nazi postule la extinción de los judíos y él mismo acepte su exterminio. Por último, también plantea problemas el que se consideren prohibidas aquellas acciones cuya realización general conlleva desastrosas consecuencias, pues al no especificarse que son las consecuencias desastrosas no se sabe cuándo hay que aplicarlo (72).

Convenimos con Alexy (73) en que de los hasta ahora expuesto pueden desprenderse las conclusiones siguientes:

La función del lenguaje moral no se agota, como cree el naturalismo y el intuicionismo, en la descripción de objetos, propiedades o relaciones empíricas o no empíricas. Por ello las proposiciones normativas no pueden ser controladas ni en función de entidades empíricas ni con el método de las ciencias empíricas.

Aun aceptando este punto de partida, ello no significa inclinarse por el emotivismo. Al sostener éste que los juicios morales expresan sentimientos no toma en consideración que los juicios de valor o de deber están normalmente unidos a la idea de corrección. Así cuando se afirma que una conducta es buena o no es buena se inicia entre la gente una discusión en la que se intenta dar razones a favor y en contra de las justificaciones que se ofrecen a las tomas de posición. Puesto que en esta discusión sobre juicios valorativos puede verse sólo un intento de influir en los que en ella participan, se hace necesario saber si pueden darse reglas que permitan establecer cómo se distinguen buenos argumentos de malos argumentos.

Con estas reglas se quiere evitar el regreso al infinito o la decisión última injustificable, que no pueden evitarse si se sostiene, como Alexy, que el fundamento de un juicio normativo es una regla, pero que ésta, a su vez, se fundamenta en otra de carácter más general y así sucesivamente. Estas reglas suministrarían las exigencias de la actividad justificadora y su fijación correspondería a una teoría de discurso racional. Puesto que se refieren también al comportamiento de los hablantes podrían considerarse reglas pragmáticas (74). El atenerse a estas reglas no garantiza la definitiva certeza de todos los resultados sino «que el resultado obtenido se caracterice como racional. Con ello racionalidad no es equivalente a certeza definitiva» (75).

Esta teoría del discurso racional se inscribe en un marco más amplio, el de la teoría del discurso. Pueden darse distintas teorías del discurso según sean empíricas, analíticas y/o normativas. Será empírica en el supuesto que se ocupe de constatar y explicar qué clases de argumentos se utilizan en ciertos grupos, los efectos de los mismos y las opiniones que tengan sobre su validez. Será

(72) Ejemplos interesantes basados en este último principio pueden hallarse en el libro de N. HOERSTER, *Utilitaristische Ethik und Verallgemeinerung*, München, Karl Albert, 1971, pp. 41 s.

(73) Cfr. R. ALEXY, op. cit., pp. 221 s.

(74) Cfr. R. ALEXY, op. cit., p. 223.

(75) Cfr. R. ALEXY, op. cit., p. 224.

analítica cuando se pregunte acerca de la estructura lógica de los argumentos que se utilicen. Será *normativa* cuando intente justificar y fundamentar criterios para la racionalidad del discurso (76). De lo dicho se desprende con cierta claridad que la teoría del discurso racional es una teoría del discurso normativo.

En conclusión, pues, un enunciado normativo será correcto cuando se haya obtenido a través de un determinado *procedimiento*: el *discurso racional*. De ahí que la teoría del discurso racional pueda ser caracterizada como una teoría *procedimental* (77).

No examinaré las reglas y formas de este discurso que con gran claridad propone Alexy en su trabajo (78), ni cómo pueden fundamentarse para evitar un regreso al infinito (79). Sólo quería mostrar que por esta vía se facilita, en el marco de la teoría de la Justicia, la posibilidad de controlar opciones valorativas que, tomando en cuenta las aportaciones de las ciencias, sirvan para enjuiciar el orden jurídico positivo. Somos conscientes, sin embargo, que las verdades prácticas así obtenidas no serán más que, como dice Gil Cremades, «hipótesis revisables, modificables continuamente» (80). En las aportaciones de Pérez Luño en torno a los Derechos humanos podemos ver ya un reflejo de esta nueva perspectiva (81).

Entiendo la ciencia del Derecho como una *forma histórico-concreta de institucionalización del discurso racional*. Por ello se halla sujeta a una serie de condicionamientos y presupuestos reales —no puramente ideales— que considero de enorme interés analizar. He aquí un programa de investigación ya iniciado en otros países y que me gustaría desarrollar en el nuestro. El objetivo de este trabajo es mucho más modesto. Se consideraría alcanzado si hubiese logrado contribuir a avivar entre nosotros la discusión sobre aquellas condiciones de las que depende la racionalidad del discurso jurídico.

(76) Cfr. R. ALEXY, op. cit., p. 225.

(77) Cfr. R. ALEXY, op. cit., pp. 32 s.; 263 s. El mismo, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, en E. GARZÓN VALDÉS (Compilador), *Derecho y filosofía*, Barcelona, Editorial Alfa, 1985, p. 44.

(78) Cfr. R. ALEXY, *Theorie...*, cit., pp. 361-364.

(79) Las propuestas han sido varias. Me parece en extremo sugerente la de K. O. APEL en *El «a priori» de la Comunidad de comunicación y los fundamentos de la ética. El problema de una fundamentación racional de la ética en la era de la ciencia*, en *La transformación de la filosofía*, II, cit., pp. 363 s.; 375 s.; 379 s.; 399 s.; 403 s.; El mismo, *¿Es posible distinguir la razón ética de la racionalidad estratégica?*, en *Estudios éticos*, Barcelona, Editorial Alfa, 1986, pp. 27-103.

(80) Cfr. J. J. GIL CREMADES, *Razón práctica y razón jurídica*, en «A.C.F.S.», número 17 (1977), p. 24.

(81) Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 181.