

El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas

Por JUAN CARLOS VELASCO ARROYO
Instituto de Filosofía del CSIC. Madrid

El derecho o, mejor dicho, la *práctica jurídica*, es esencialmente una serie de procedimientos discursivos que sirven de cauce a operaciones interpretativas y argumentativas. Argumentar es, en definitiva, el quehacer central de los juristas, de tal modo que de pocas actividades sociales se puede predicar un carácter más marcadamente argumentativo que de aquellas relacionadas con el derecho. Los desacuerdos que a menudo se producen entre los distintos operadores jurídicos son desacuerdos interpretativos que se saldan mediante argumentos, es decir, por medio de proposiciones encadenadas de tal manera que de ellas se sigue una determinada conclusión. Al respecto resulta ilustrativa la doctrina adoptada por el Tribunal Constitucional alemán: «La interpretación del derecho constitucional tiene el carácter de un discurso en el que [...] haciendo valer razones y contrarrazones se llega finalmente a las mejores razones» (BVerfGE, 82, 30 [38-39], II, 1990). Esta doctrina podría, en principio, extenderse al conjunto del derecho, esto es, a todas las prácticas argumentativas que tienen lugar en los distintos momentos de la actividad jurídica, entre los que cabe destacar tres ámbitos: la actividad legislativa productora del derecho positivo; la dogmática como ámbito privilegiado de reflexión teórica de los juristas profesionales; y, por supuesto, la acción judicial en el marco codificado de un proceso como lugar más representativo de la aplicación del derecho. Este artículo versará esencialmente sobre la argumentación en el ámbito de la aplicación del derecho.

Entre los diferentes operadores jurídicos, los jueces son ciertamente quienes han desarrollado unos hábitos argumentativos más depurados. Hábitos, en cualquier caso, mucho más persuasivos que las exposiciones de motivos de los textos legales, por no hablar ya de las tan a menudo infundadas motivaciones con que los órganos administrativos suelen contestar las demandas de los ciudadanos. Sólo la dogmática jurídica presenta un nivel argumentativo comparable. A ello contribuye la obligación que tiene el juez de justificar sus decisiones ¹. Para el juez, a contrario que para el legislador, no vale la máxima *auctoritas, non veritas facit legem*, sino la inversa *veritas, non auctoritas facit iudicium* (*cfr.* Ferrajoli, 1995, 35-37). El Tribunal Constitucional alemán, en una sentencia anterior, exigía también a los jueces que basaran sus decisiones «en argumentaciones racionales» (BVerfGE 34, 269 [287], 1973), y de este modo señalaba implícitamente la vinculación existente entre el carácter argumentativo de la praxis jurídica y la noción de racionalidad. Esta exigencia de racionalidad de la argumentación jurídica, coincidente con la expresada en la Constitución Española en el sentido de que las sentencias sean siempre motivadas (art. 120.3), no vendría dada tan sólo por el estatuto científico de la jurisprudencia, sino sobre todo por la pretensión de *legitimidad* que acompaña a las decisiones judiciales. Si esto último es así, el tema aquí tratado resultaría entonces relevante no sólo para los profesionales del derecho, sino también para todo ciudadano interesado por el buen funcionamiento de las cosas públicas (*cfr.* Alexy, 1989, 19).

Es preciso tener en cuenta que los modos propios de la argumentación jurídica han ejercido una enorme sugestión en la reflexión filosófica y a lo largo de la historia se han presentado a menudo como modelo o matriz del razonamiento práctico general. Pero las influencias también se han dado en la dirección opuesta: así, el actual auge de la teoría de la argumentación está estrechamente relacionado con las diversas tentativas de *rehabilitación del uso práctico de la razón*, esto es, con los empeños por devolver a la razón la facultad de hablar sobre los asuntos prácticos relativos a la organización de la convivencia humana. So capa de rigor intelectual, la filosofía positivista –imperante socialmente desde el siglo pasado– ha solido concebir la pretensión de objetividad que guía el quehacer científico como neutralidad valorativa. El efecto de esta actitud no ha sido otro que una preocupante abstinencia moral que amenaza con dejar a los individuos desarmados de argumentos con los que afrontar racionalmente los continuos retos

¹ El término «decisión judicial» es ambiguo, pues hace referencia tanto al «acto de decidir» –con sus innegables implicaciones psicológicas de difícil objetivación– como al «contenido o resultado de ese acto de decidir», que puede y debe ser objeto de justificación racional. A lo largo de este artículo se utiliza el término en esta última acepción, de manera que se obviará el «contexto de descubrimiento» y las «razones explicativas» de la decisión. La atención se fijará, por el contrario, en el «contexto de justificación» y en las «razones justificativas» aducidas por el operador jurídico.

prácticos de la vida. Frente a esta estrecha noción de racionalidad encarnada por el positivismo, las teorías de la argumentación suministran instrumentos conceptuales mucho más idóneos para resolver los numerosos problemas del quehacer humano. Presuponen, en definitiva, algo sumamente valioso: que existe la posibilidad de elección razonable basado en la deliberación intersubjetiva.

A lo largo de este artículo se tratará, en primer lugar, de exponer alguna de las razones que explican el auge de la teoría de la argumentación jurídica y su posición central en la actual teoría del derecho (I); a continuación se presentan los rasgos principales de la teoría desarrollada por Robert Alexy, que en estos momentos se ha convertido en la teoría estándar (II); y, finalmente, se hará una revisión crítica de la misma introduciendo especialmente algunas correcciones propuestas por Klaus Günther (III).

I. SOBRE LA NATURALEZA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Afirmar, como se ha hecho anteriormente, que la práctica jurídica presenta un fuerte carácter argumentativo y que además está sujeta a condiciones de racionalidad no implica, empero, sostener que los procesos argumentativos jurídicos están sometidos exclusivamente a las reglas de la lógica, al menos, de la lógica deductiva moderna o lógica simbólica². De la naturaleza no estrictamente lógica del razonamiento jurídico se ha sido consciente a lo largo de la historia del derecho. Esto no impidió, sin embargo, que en ciertos momentos se llegara a pensar que el proceso de decisión jurídica estaba determinado exclusivamente por los textos legales vigentes y que los jueces, en consecuencia, podrían resolver todas las controversias mediante la rígida aplicación de las reglas y principios del derecho. Esa creencia derivó con el tiempo en una concepción dogmática de la aplicación del derecho según la cual la decisión jurídica se sigue de modo necesario y aporoblemático de las normas en vigor. A la formación de esta doctrina no le era ajeno el pensamiento cartesiano y su tendencia a identificar lo racional con la razón deductiva, con el *more geometrico* de pensar. Así, la labor judicial se reduciría presuntamente a realizar una determinada operación mental conocida como *silogismo judicial* (un caso de aplicación del *modus barbara*, aunque también podría formalizarse como un caso del cálculo de la lógica de predicados), que según suele describirse, se limita a derivar una sentencia o fallo (la conclusión lógica) a partir de una norma o conjunto de normas (la premisa mayor), tras la subsunción de los hechos relevantes (la premisa menor) bajo el supuesto regulado por

² No obstante, hay quienes consideran que el razonamiento jurídico, en cuanto proceso argumentativo justificatorio de una decisión, es esencialmente un proceso deductivo: v. gr. ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991.

la ley ³. Una dudosa inferencia normativa, en realidad, pues al menos una de las premisas y la conclusión son normas y esta circunstancia resulta difícilmente asimilable por una lógica bivalente como es la lógica simbólica. Además, según esa misma concepción, el juez sería, empleando la famosa expresión de Montesquieu, la «boca muda» de la ley ⁴, de tal manera que no tendría que hacer otra cosa que establecer los hechos, para que la consecuencia jurídica prevista en la norma se produjera de una manera automática.

Si en la práctica se constata la imposibilidad de proceder de este modo ⁵, en el orden teórico, al abandono de la visión «logicista» del método jurídico contribuyó enormemente la filosofía del lenguaje contemporánea. A ella se debe la concepción del derecho como un conjunto de enunciados lingüísticos denominados «normas» y la distinción, hoy igualmente trivial, entre *principios* y *reglas*, como especies de ese género común ⁶. Obviamente, este enfoque filosófico va más allá y, entre otras cosas, ha puesto de manifiesto la indeterminación característica del lenguaje jurídico y la consiguiente discrecionalidad del intérprete. Aunque ciertamente el lenguaje del derecho no carece de un cierto afán de rigor, el uso de las normas jurídicas no está exento de una cierta ambigüedad y de un grado de vaguedad o imprecisión imputable a la «textura abierta» de todo lenguaje. Mediante este tecnicismo se pretende expresar, haciendo uso de la terminología de Frege, el hecho de que la extensión o referencia de los términos no está prefijada de antemano por la intensión o sentido de los mismos. De ahí, que resulte inevitable que surjan «zonas de penumbra» que hacen difícil señalar la referencia de los enunciados que disfrutan de relativa autonomía

³ La versión emblemática del denominado «silogismo judicial» se remonta a un pasaje que data de 1766: «En todo delito debe hacerse por el Juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no a la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez, por fuerza o voluntad, quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre. No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones» (BECCARIA, 1988, 31-32).

⁴ «Los Jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley» (MONTESQUIEU, 1993, lib. XI, cap. VI, 112). Antes Montesquieu había señalado que «de esta manera el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo» (*ibidem*, 108), mostrando así su preferencia por el cognoscitvismo jurisdiccional frente a cualquier rastro de decisionismo o voluntarismo judicial.

⁵ El esquema de aplicación del derecho «basado en la idea del juicio como silogismo perfecto y del juez como boca de la ley, tiene una intrínseca debilidad política debida, entre otras cosas, a que es totalmente inaceptable desde el punto de vista epistemológico y, por consiguiente, jurídicamente impracticable» (FERRAJOLI, 1995, 23).

⁶ Los principios son, según la caracterización de Alexy, «normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados». Por su parte, las reglas, son «normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser siempre sólo o cumplidas o incumplidas» (ALEXY, 1998, 143-114). Sobre la configuración más o menos «abierto» o «cerrado» de las condiciones de aplicación de estos diferentes tipos de normas, *cfr.* PRIETO SANCHÍS, 1992; ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996, 26-44.

semántica. Hay que tener en cuenta además que si la «textura abierta» del lenguaje es ya considerable en el caso de las reglas, resulta un obstáculo aún mayor si cabe a la hora de especificar el contenido de los principios jurídicos –que, como es sabido, a partir sobre todo de la obra de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, han sido rehabilitados como piezas elementales de la práctica jurídica–. Teniendo presente este hecho, la sola ayuda del instrumental lógico parece a todas luces insuficiente para realizar esa operación ineludible, y previa a cualquier aplicación directa del derecho, que es la interpretación jurídica entendida como la labor de reducción de la incertidumbre semántica de las normas mediante la atribución de un determinado sentido.

El razonamiento jurídico no es un proceso cuasi-mecánico, sino algo bastante más sutil: en primer lugar, porque el derecho no es un sistema axiomático susceptible de someterse a un cálculo lógico exhaustivo; y, en segundo lugar, porque a la hora de aplicarlo hay que hacer necesariamente uso de complejas artes hermenéuticas tanto en el contexto de justificación de las decisiones, como, por supuesto, en el contexto de descubrimiento o selección de las premisas fácticas y normativas, esto es, en la determinación de las cuestiones de hecho y de derecho. O, dicho ahora con palabras de Habermas (1992, 597), las leyes y demás normas jurídicas «no tienen nunca una forma semántica tal que de ellas resulten una determinación que sólo deje al juez una aplicación algorítmica. Como demuestra la hermenéutica filosófica, las operaciones interpretativas en la aplicación de las reglas comportan siempre operaciones constructivas que desarrollan el Derecho».

Aunque sobre el carácter no estrictamente deductivo de la argumentación jurídica parece existir en nuestros días un consenso bastante generalizado entre los cultivadores de la metodología jurídica⁷, hay quienes piensan, no obstante, que en los casos prácticos más usuales, los denominados «casos fáciles» (Dworkin, 1984), que parecen contar con una solución predeterminada no discutida, el proceso argumentativo sí que se ajustaría a un sencillo esquema lógico. Pero, en realidad, como afirma Bayón (1996, 43, nota 14), «el conjunto de operaciones mentales que realiza el juez no se agota nunca en una mera inferencia deductiva. En particular, no tiene nada que ver con la lógica la operación de *subsunción* que lleva a establecer que el caso individual que juzga constituye un supuesto del caso genérico al que se refiere la norma que aplica. [...] La lógica tiene que ver con las relaciones entre proposiciones [...], es decir, entre *entidades lingüísticas*, no con relaciones entre el lenguaje y el mundo». Parece entonces que sería un sano ejercicio de higiene mental evitar la confusión entre el estudio de la estructura del razonamiento y el difícil análisis del tránsito desde el razonamiento teórico hasta el momento de la acción o intervención en el mundo de los hechos.

⁷ Valga como botón de muestra la siguiente cita: «La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos y probados» (Alexy, 1989, 23).

Los primeros intentos destinados a afinar el análisis de las argumentaciones jurídicas se orientaron a mediados de este siglo hacia la *lógica jurídica*, entendida bien como una lógica específica de los juristas, bien como una lógica propia del derecho como sistema normativo ⁸. Entre los representantes más conspicuos de esta tradición que pretendía apurar las posibilidades de la lógica en el razonamiento jurídico se cuentan tanto Ulrich Klug (*Juristische Logik*, 1951), como Georges Kalinowski (*Introduction a la logique juridique*, 1965). Klug (1961), en particular, recopila y analiza los argumentos especiales empleados en el derecho para elaborar una teoría de la lógica jurídica. Aunque en escritos posteriores Klug llega a admitir la irrelevancia de la lógica en determinados casos ⁹, su obra constituye una de las tentativas más convincentes de aplicar los instrumentos de la lógica formal deductiva al análisis de las formas típicas del razonamiento jurídico. Esa lógica jurídica no ha sabido, sin embargo, dar una respuesta acertada a algunos de los problemas más acuciantes planteados al razonamiento jurídico: la carencia de información factual a la hora de decidir un caso (lagunas de conocimiento) y la ausencia o falta de previsión normativa aplicable al caso contemplado (lagunas o vacíos normativos). Ni tampoco ha sabido enfrentarse con la falta de coherencia de los Ordenamientos legales positivos, en los que existe la posibilidad nada remota de que se generen conflictos o dilemas, como ocurre con las llamadas antinomias legales (disposiciones que proporcionan soluciones normativas contradictorias al mismo supuesto de hecho) ¹⁰. Y, por si esto fuera poco, en el ámbito jurídico abundan las cuestiones que aparentemente permiten más de una salida y que requieren, sin embargo, llegar a una respuesta que se configure como solución práctica. Ante la imposibilidad de dar cuenta de todos estos fenómenos sólo mediante el instrumental técnico de la lógica simbólica, se ha producido una *rebelión contra el formalismo jurídico*, contra la ilusión de certeza y aplicabilidad mecánica del derecho. Tal *rebelión antiformalista*, que reproduce muchos argumentos propios del realismo jurídico, ha conducido a numerosos estudiosos de estos temas a la elaboración de teorías que podrían denominarse *paralógicas*, las más de las veces completamente *ad hoc*, entre las que ocupan un lugar destacado la *tópica jurídica* de Theodor Viehweg y la *nueva retórica* de Chaïm Perelman.

La obra de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz* (1953) debe entenderse como una forma inequívoca de singularizar el tratamiento de

⁸ Aunque se ha intentado trazar una línea divisoria que separe los estudios sobre la «lógica de los juristas», entendida como investigaciones sobre el razonamiento de los juristas, de los estudios sobre la «lógica del derecho», en el sentido de investigaciones sobre la estructura lógica de las proposiciones jurídicas (cfr. BOBBIO, 1965, 22-23), parece obvio que los límites entre ambas parcelas son bastante fluidos (cfr. GARCÍA AMADO, 1988, 188-191).

⁹ Así, reconoce que «existen contextos en los cuales, no obstante la relevancia de la respectiva argumentación para la decisión, es irrelevante que aquélla sea contradictoria o que de alguna otra manera viole las leyes de la lógica» (KLUG, 1989, 83).

¹⁰ Sobre las antinomias y las lagunas como escollos clásicos a las pretensiones de coherencia e integridad del Ordenamiento jurídico, cfr. BOBBIO, 1991, 116-219 y 221-252.

los problemas de la argumentación como algo distinto del «espíritu deductivo sistemático», de lo estrictamente apodíctico, para conducirlo hasta el terreno de lo *dialéctico*, del arte de disputar o de la «técnica del pensamiento problemático» (cfr. Viehweg, 1986, 24, 38 y 54). Por su parte, la *nueva retórica* de Perelman ha desempeñado durante mucho tiempo la función de modelo alternativo que, frente a la tradición más formalista representada por Klug, trataba de dar cuenta del proceso de decisión allí donde la lógica y, en particular, los razonamientos analíticos o deductivos, no resultan suficientes. La teoría de la argumentación pasaba a entenderse como una teoría general del discurso persuasivo, que como tal no podía descuidar las relaciones pragmáticas entre el orador y el auditorio ¹¹. Estas teorías alternativas adolecen, no obstante, de una debilidad común: pues una cosa es reconocer que el puesto de la lógica deductiva en el derecho es limitado y otra muy diferente es sostener que la lógica no juega ningún papel en la argumentación jurídica. Esta debilidad no es periférica ni lateral, sino central, y debe ser por tanto solventada.

Con el objeto de encontrar un salida a esta dificultad y de dar cuenta de manera satisfactoria del carácter hermenéutico-argumentativo de la praxis jurídica, numerosos teóricos del derecho se han dedicado en los últimos años a construir modelos destinados a detallar los procesos discursivos que tienen lugar en la práctica real del variopinto mundo del derecho (las denominadas teorías empíricas o descriptivas), así como a analizar la estructura de los argumentos jurídicos (las llamadas teorías analíticas) o bien a establecer los *patrones* o cánones de la argumentación racional, tanto en lo relativo a su corrección formal como en lo relativo a su rectitud material o racionalidad de sus premisas (teorías prescriptivas o normativas) ¹². Entre las diversas propuestas teóricas destacan dos que, en principio, pretenden ser simultáneamente descriptivas, analíticas y normativas: las teorías de Neil MacCormick y Robert Alexy. Aunque elaboradas en el seno de dos culturas jurídicas bien diferentes como son la tradición anglosajona del *common law* y la dogmática jurídica germánica, sostienen tesis muy semejantes entre sí: ambas teorías defienden que el argumentar jurídico no es una actividad que se diferencie radicalmente del argumentar moral o del práctico en general, sino tan sólo por su mayor grado de institucionalización y formalización. En poco tiempo han logrado convertirse, como afirma Atienza (1992, 11), en el modelo «estándar» de la argumentación. Dado el mayor grado de formalización de la teoría de Robert Alexy, paso a continuación a exponerla en sus rasgos generales.

¹¹ El empeño de Perelman por otorgar a la (nueva) retórica un lugar en la práctica argumentativa le lleva a oponerse a aquellos que consideran que «desde el momento en que hay controversia y los métodos “lógico-experimentales” no pueden restablecer el acuerdo de los espíritus, se está en el *campo de lo irracional*, que sería el de la deliberación, la discusión, la argumentación» (PERELMAN, 1989, 770).

¹² Una completa visión de conjunto sobre esta serie de teorías puede encontrarse en ATIENZA, 1991. Ahí se ofrece un pormenorizado análisis de la tópica de Theodor Viehweg, la nueva retórica de Chaim Perelman, la lógica informal de Stephen Toulmin y las concepciones de Neil MacCormick y de Robert Alexy, además de un avance de la teoría del propio autor.

II. LA TEORÍA DEL DISCURSO PRÁCTICO COMO MODELO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El libro básico de Alexy a este respecto, *Teoría de la argumentación jurídica*, ha de encuadrarse entre los diversos intentos de construir modelos de racionalidad que sirvan de guía para la toma de decisiones prácticas en la esfera jurídica. Desde su publicación en 1978, Alexy ha ido desarrollando y precisando su teoría en numerosos artículos, pero sin modificarla en lo fundamental. Con respecto a otras teorías de la argumentación jurídica, el depurado modelo construido por Alexy tiene la particularidad de partir no de las argumentaciones reales tal y como tienen lugar en las diversas instancias jurídicas (especialmente en los órganos aplicadores del derecho), sino de una teoría general de la argumentación práctica para luego descender al mundo jurídico. En su búsqueda de un paradigma para la teoría de la argumentación jurídica, Alexy no encuentra uno más apropiado que la teoría general del discurso práctico racional elaborada por Habermas. Así, y aunque Alexy construye su teoría sobre la base de una discusión con diversas teorías analíticas (entre otros, Wittgenstein, Austin, Stevenson, Hare o Toulmin), así como con la nueva retórica de Perelman, la *teoría discursiva* constituye su principal referente hasta tal punto que, como afirma Atienza (1981, 178), «la teoría de Alexy viene a significar, por un lado, una sistematización y reinterpretación de la teoría del discurso práctico habermasiana y, por otro lado, una extensión de esta tesis al campo específico del Derecho». Habría que precisar, no obstante, que ésta no es la única aplicación posible del modelo habermasiano al mundo jurídico.

Antes de proseguir sería conveniente aclarar la noción de «discurso», sobre la que se volverá de modo repetido a lo largo de este artículo. La idea, en principio, parece sencilla: un *discurso*, en el sentido técnico aquí seguido, es un acto lingüístico entre varios participantes con opiniones contrapuestas que, con el fin de llegar a resultados válidos, se atienen a determinadas reglas (*cf.* Habermas, 1987a, 43-69). En esta peculiar actividad lingüística se convierten en tema explícito las pretensiones de validez que se han tornado problemáticas a lo largo de la comunicación, de tal modo que la investigación de su posible justificación constituye el objetivo perseguido en común. De hecho, cualquier pretensión de validez es una invitación al debate. Cuando las pretensiones de validez cuestionadas no pueden ser dilucidadas de modo argumentativo, las únicas salidas que quedan son o bien un comportamiento de carácter estratégico¹³, o bien la ruptura de la comunicación

¹³ En las denominadas acciones estratégicas no se busca tanto el acuerdo común como el éxito individual. Un caso ejemplar de actuar estratégico es la negociación de compromisos (y no, en cambio, aunque pueda parecer lo contrario, la vista de una causa civil o penal, en donde sí existe un afán de rectitud normativa): «La negociación de compromisos no se halla al servicio de un desempeño estrictamente discursivo de pretensiones de validez, sino del ajuste de intereses no susceptibles de universalización, y ello

(*cf.* Habermas, 1992, 44). Y en la práctica, el abandono de la actitud comunicativa abre el paso a la confrontación abierta. Por el contrario, el discurso argumentativo, como el encarnado en los procedimientos jurídicos, representa una vía cooperativa y pacífica de resolución de los conflictos, ya que «la única presión permitida en el discurso es la del mejor argumento; y el único motivo admitido, el de la búsqueda cooperativa de la verdad» (Habermas, 1982, 313).

Cuando en medio de una interacción comunicativa entre varios hablantes uno sostiene un determinado enunciado está dando a entender implícitamente la posesión de razones suficientes para que dicho enunciado sea aceptado por los demás interlocutores, de tal suerte que si esta pretensión es puesta en duda por alguno de ellos puede pasar a justificarla de modo explícito. Esto vale tanto para el discurso teórico como para el práctico. La diferencia entre uno y otro tipo de discurso estriba en que la pretensión de validez problematizada en el discurso teórico es la de verdad y su justificación se realiza aduciendo *hechos* como razones, mientras que en el discurso práctico la pretensión de validez es la rectitud o corrección normativa y su defensa se lleva a cabo mediante la invocación de *normas* socialmente compartidas ¹⁴.

Un «discurso práctico» surge, pues, cuando se pone en cuestión la pretensión de rectitud normativa de los actos de habla regulativos o prescriptivos (entre los que se encuentran las órdenes, las promesas, las propuestas o recomendaciones prácticas y, también, la reivindicación de los derechos). Al plantear una pretensión de rectitud normativa el hablante se obliga a justificar que su juicio práctico es normativamente correcto. Lo que se convierte en objeto de examen discursivo no es la pretensión de rectitud directamente ligada al acto de habla, sino *la pretensión de validez* de la *norma subyacente* (*cf.* Habermas, TAC: CEP, 363-364). Cualquier acto de habla puede ser criticado como *no válido* en el sentido de *no correcto* en relación a los contextos normativos vigentes (en esto estribaría, por ejemplo, el sentido de la pregunta jurídica por la legalidad de una norma) o criticando, más radicalmente, la propia legitimidad de la norma que presupone.

Lo decisivo en los discursos no es tanto que se cuestionen reglas, sino que los discursos se llevan a cabo siguiendo determinadas reglas. Los discursos son un tipo de juego de lenguaje. Los juegos de lenguaje, como cualquier clase de juego (*v. gr.*, las tres en raya, el ajedrez, el mus), son actividades intersubjetivas guiadas por reglas, lo cual no implica que todo en el juego esté previamente determinado: «Estas reglas», sin embargo, «no determinan, de ninguna manera, el resultado

sobre la base de un equilibrio de posiciones de poder» (HABERMAS, 1987a, vol. I, 60). De todas formas, hay una serie de fenómenos que no pueden ser fácilmente clasificados como discurso o como acción estratégica (*cf.* ALEXY, 1989, 212).

¹⁴ El saber implicado en uno y otro discurso es distinto: en nuestras afirmaciones de enunciados verdaderos el saber depende de la existencia de determinados estados de cosas en el mundo objetivo; en nuestra defensa de normas el saber depende de la existencia de intereses generalizables compartidos por todos los individuos en el mundo social (*cf.* HABERMAS, 1991, 130).

de la argumentación en todos los casos, sino que excluyen de la clase de los enunciados normativos posibles algunos (como discursivamente imposibles), y, por ello, imponen los opuestos a éstos (como discursivamente necesarios)» (Alexy, 1989, 36-37). Alexy persigue de este modo situarse en un punto intermedio entre el determinismo y el decisionismo, entre el dogmatismo y el total relativismo (cfr. Alexy, 1989, 37). No se trata de condicionar de entrada el pluralismo valorativo de las sociedades contemporáneas, pues eso invalidaría la teoría procedimental por puro desconocimiento de la realidad epocal. Precisamente por tener presente esta dificultad dicha teoría no se interesa tanto por cuál sea el resultado al que se llegue como por el hecho de que se siga el procedimiento adecuado, ya que presupone que la corrección del proceso se transfiere siempre al resultado (v. gr., el clásico caso de una división en porciones iguales en donde quien corta el pastel toma el último pedazo). La formulación de un conjunto de reglas elementales de juego tiene para la teoría del discurso el marcado propósito de lograr un procedimiento capaz de diferenciar las justificaciones válidas de las proposiciones normativas de aquellas otras justificaciones consideradas inaceptables.

Los principales elementos de la teoría de Alexy surgen de trasladar o adaptar las normas del discurso práctico general al ámbito particular de lo jurídico. Esto se compadece bien con la tesis de partida de esta teoría, esto es, con la idea de que la argumentación jurídica representa *un caso especial del discurso práctico general*, esto es, una modalidad institucionalizada de la argumentación moral. La argumentación jurídica es un tipo de discurso práctico porque en ella se discuten cuestiones que se refieren a la praxis humana y porque se plantea la pretensión de rectitud normativa. Y representa un caso especial porque la argumentación se desarrolla en unas determinadas condiciones propias del marco jurídico que restringen el alcance de la rectitud normativa: ha de vincularse a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática elaborada por la ciencia jurídica (cfr. Alexy, 1989, 205-213). Y, es más, el ejercicio de la argumentación jurídica está limitado en la práctica por la presión derivada de la escasez de tiempo disponible para llegar a una decisión y por las condiciones de saber incompleto.

Pero si, según las teorías procesales, la admisibilidad racional de una decisión depende del seguimiento de ciertas reglas, el problema estribaría ahora en cómo fundamentar esas reglas que precisan el procedimiento. Y, lo cierto es que Alexy sólo ha formulado un conjunto de reglas, pero de ningún modo las ha fundamentado de modo concluyente¹⁵. Se limita a indicar que para que el procedimiento discursi-

¹⁵ Es cierto que ALEXY (1989, 178-184) considera que existen cuatro modelos posibles de fundamentación de las reglas de la argumentación, aunque ninguno resulta concluyente: 1.ª, una fundamentación técnica o instrumental (las reglas en cuestión son las más apropiadas para la consecución de un objetivo); 2.ª, una fundamentación empírica (son las seguidas de hecho en una comunidad). Ésta es salida ofrecida por el último Rawls: ya que el procedimiento no puede surgir de la nada, lo más conveniente será que de alguna manera refleje y se apoye en las concepciones morales y políticas socialmente

vo *P* resulte operativo se debería tener en cuenta algunas precisiones ulteriores referentes a los participantes en la argumentación y a las condiciones en que ésta debe llevarse a cabo. Con este fin, Alexy ha enunciado algunos requisitos de la argumentación que considera reglas de carácter cuasi-trascendental, pues alega que no se trata simplemente de convenciones, más o menos contingentes, sino de presupuestos inexcusables, de tal manera que sin ellos no es posible esa forma de comunicación (*cf.* Alexy, 1989, 102).

Las reglas que definen el discurso práctico racional conforman, en realidad, un conjunto abigarrado de diversa índole. Existen reglas que valen sólo en el discurso práctico y reglas que valen también en otros juegos de lenguaje. Hay órdenes, prohibiciones y permisiones. Algunas reglas reclaman estricto cumplimiento, otras encierran exigencias que solamente pueden ser satisfechas aproximadamente. Hay reglas de la lógica, reglas acerca de los derechos de participación e intervención oral, sobre cargas de argumentación, diversas variantes de la idea de universalidad, reglas para el examen del surgimiento de convicciones normativas y formas de argumentos deductivos.

De entre todo el conjunto de 22 reglas consignado por Alexy voy a detenerme aquí tan sólo en tres grupos de reglas: las denominadas fundamentales, las de razón y las de la carga de la prueba. Como ya he indicado, estas reglas proceden, en principio, del discurso práctico general, aunque según la tesis de Alexy también valen para el caso especial del discurso jurídico. El primero de estos tres grupos de reglas, las reglas fundamentales, se refiere a *la esfera lógica de los productos*. La argumentación es considerada aquí desde su finalidad de «producir argumentos» pertinentes que convezan en virtud de sus propiedades intrínsecas. Coinciden con las reglas de la lógica mínima, indispensables para la comprensión semántica de los contenidos enunciados, pues también las leyes de la lógica rigen en el discurso práctico. La validez de este primer grupo es considerada por su autor como «condición de posibilidad de toda comunicación lingüística en la que se trate de la verdad o de la corrección» (Alexy, 1989, 185). En él se incluye el principio de no contradicción (regla 1.1) y, como corresponde a la noción del discurso práctico general, el principio de universalización (reglas 1.3 y 1.3').

compartidas, esto es, en las convicciones de las sociedades democráticas occidentales (*cf.* John RAWLS: «La idea de un consenso por superposición», en BETEGÓN y De PÁRAMO [coords.], 1990, 63-85); 3.^a, una fundamentación estipulativa o definitoria (son las reglas que definen un juego de lenguaje concreto); y 4.^a, una fundamentación pragmático-trascendental (son las reglas que constituyen las condiciones de posibilidad de la comunicación). Dado que admite que todos estos modos tienen sus dificultades, lo único que procede según Alexy es combinarlos, sin considerar que esto pueda suponer un obstáculo para la solvencia de su teoría. Lo cierto es que Alexy muestra una clara afinidad por el modelo habermasiano (aunque en su variante «débil»), y por eso, según mi interpretación, no considera preciso seguir argumentando, porque vale con remitirse a los trabajos de Habermas en favor de la última modalidad de fundamentación apuntada. Aunque considero que nunca está de más hacer la advertencia de que Habermas tampoco pretende aportar una fundamentación última, en el sentido de ya no mejorable.

El segundo grupo de reglas, *la esfera dialéctica de los procedimientos*, no se refiere a los aspectos sintácticos y semánticos, sino a los supuestos pragmáticos que han de observar los participantes en el discurso. Se aborda especialmente la cuestión de la carga de la prueba y en relación a ella Alexy formula una regla que concibe como básica pues garantiza la racionalidad de la discusión y que denomina *regla general de la argumentación*: «Todo hablante debe fundamentar, si se le exige, lo que afirma, a no ser que pueda alegar razones que justifiquen rechazar una fundamentación» (Alexy, 1989, 167-168). Como puede observarse, en esta regla se asume el hecho de que en los discursos reales no se exige que el hablante aporte previamente una fundamentación de todas sus aserciones, sino tan sólo su disponibilidad para una discusión abierta y sin restricciones.

El tercer grupo de reglas hace referencia al *círculo retórico de los procesos*. Esta esfera se compone también de reglas pragmáticas que tienen como principal función excluir las posibilidades de distorsión comunicativa. Aspiran a inmunizar los procesos argumentativos de los efectos de la represión política y de la desigualdad social. Para ello se articula el reconocimiento de exigencias tan básicas como la igualdad de derechos de todos los participantes y la ausencia de coacción. Son reglas que garantizan la igualdad de los participantes en una acción orientada hacia el entendimiento, y revelan las estructuras de una situación discursiva no amenazada por la represión y la discriminación –sólo estaría permitida, en definitiva, la coacción llevada a cabo por la fuerza del mejor argumento–.

Esa forma de comunicación relativamente tan infrecuente que es el discurso argumentativo apunta tendencialmente en su organización interna a condiciones ideales. No es de extrañar que Alexy se manifieste así, pues en gran medida comparte la intuición habermasiana de que la verdad y, *mutatis mutandis*, la corrección normativa, deben entenderse como «aceptabilidad racional en condiciones ideales» (Lafont, 1997, 244). De ahí que su teoría no sea sino la formalización de esas suposiciones que, según Habermas, conforman la *situación ideal de habla*¹⁶. Este constructo contrafáctico se caracteriza por una distribución simétrica de las oportunidades y derechos de participación, es decir, por la ausencia de cualquier tipo de obstáculos, externos o internos, que puedan impedir la comunicación: «las exigencias de simetría y libertad planteadas por Habermas», sostiene Atienza (1991, 182), «constituyen el contenido de las reglas del discurso racional que Alexy denomina *reglas de razón*». La relación de simetría entre todos los participantes en el discurso (aquello que los áticos

¹⁶ «Llamo ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no sólo no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación. La situación ideal de habla excluye las distorsiones sistemáticas de la comunicación. Y la estructura de la comunicación deja de generar coacciones sólo si para todo participante en el discurso está dada una distribución de simétrica de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla» (HABERMAS, 1989: 153). *Cf.* también, HABERMAS, 1989, 150-158.

denominaban *isegoría* o «igualdad en el ágora») es una condición de posibilidad no ya trascendental, sino pragmática, del marco institucionalizado de la comunicación. No hay una auténtica comunicación si, de manera generalizada y recíproca, no se reconocen a todos los mismos derechos. Ninguna norma puede ser reconocida como válida si no es el resultado de una deliberación colectiva en la que la participación en igualdad de oportunidades de todas las personas se encuentre suficientemente garantizada. La consecución de un consenso ideal es, pues, la meta del proceso discursivo. En descargo de Alexy debe señalarse que esta propensión idealizante es compartida por otras teorías de la argumentación jurídica: recuérdese la noción del «espectador imparcial» de MacCormick, la de «auditorio universal» de Perelman o la apelación de Dworkin a un «juez Hércules». De modo semejante, la construcción de Alexy propugna también un ideal regulativo de corrección destinado a evaluar las pretensiones de validez del discurso jurídico en tanto que un subapartado del discurso práctico general.

El sistema normativo implícito en la lógica de la argumentación podría concebirse como un *código de mínimos*. En la práctica, este código coincidiría básicamente con la moral postconvencional de principios, pues incorpora unos derechos básicos que delimitan un ámbito de actuación del individuo reconocido y protegido intersubjetivamente¹⁷. Los preceptos normativos de la comunicación pretenden tener un alcance universal, pues exige una igual consideración de todos los individuos.

III. UNA CRÍTICA A ALEXY: Y DE LA «APLICACIÓN» DE LAS NORMAS, ¿QUÉ?

Tras presentar hasta aquí los trazos generales de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, así como sus principales consecuencias normativas, es ahora el momento de realizar un balance crítico. En su haber debe ponerse ciertamente el indudable mérito de haber explicitado el estrecho nexo existente entre la argumentación jurídica y el discurso práctico general. Esto no impide, sin embargo, que pue-

¹⁷ «Se puede suponer que no sólo todos los principios morales pueden ser considerados como reglas de la argumentación moral, sino también que numerosas reglas del discurso moral pueden ser considerados como principios morales» (ALEXY, 1989, 100). En todo caso se trata de normas no creadas *ex nihilo*, sino del bagaje sociocultural disponible: «Las presuposiciones pragmáticas de la argumentación que analiza Alexy (así, la idea de la simetría de los participantes) y de las que parte Habermas para la justificación de la regla de universalidad (y, consiguientemente, del postulado discursivo *D*) están transidas de una normatividad que se supone y pre-interpreta a la luz de asunciones normativas materiales concretas esa regla de universalidad» (THIEBAUT, 1992, 195). Se trata, pues, en gran medida, de sacar a la luz lo que ya está dado como supuesto.

da dirigirse contra la misma algunas objeciones que afectan a su núcleo central. En primer lugar, no es cierto que sea, como pretende, una teoría al mismo tiempo empírica-descriptiva, analítica y prescriptiva-normativa, pues, en realidad, es primordialmente prescriptiva a la hora de exponer las reglas y formas del discurso práctico general y resulta descriptiva a la hora de exponer las reglas y formas del discurso jurídico. Y, en segundo lugar, tampoco parece cierta la tesis, tan enfáticamente sostenida por Alexy, de que la argumentación jurídica –en el sentido en que él la concibe– sea un caso especial del discurso práctico en general, sino tan sólo, como ha mostrado Klaus Günther, un caso especial del discurso práctico de fundamentación, pues si se la examina con detenimiento, su objeto específico es la justificación de los procesos de fundamentación de normas, olvidándose de los procesos de aplicación, que también constituyen una tarea propia de la racionalidad práctica. Las reglas consignadas por Alexy pueden concebirse, de hecho, como un despliegue pormenorizado del principio de universalización, que es el principio que regula los procesos discursivos de fundamentación y justificación. Sin embargo, este principio, como señala Günther, no agota el sentido normativo de la imparcialidad que subyace a la noción de juicio justo y que el derecho como tal pretende encarnar. Además, resulta estéril a la hora de indicar qué se debe hacer en una situación concreta. Los discursos de aplicación exigen una dinámica argumentativa diferente, pues si en el contexto del «discurso de fundamentación» el problema se centra en la *corrección de la norma jurídica*, en el contexto del «discurso de aplicación» el tema se ciñe a la aclaración y justificación de la *corrección de la decisión jurídica*.

Alexy ha contestado a la objeción de Günther aduciendo que aunque sea legítimo diferenciar entre la fundamentación y la aplicación de normas, en la práctica no es tan claro que la distinción entre ambos tipos de discursos resulte esencial. Más bien resulta irrelevante porque, en su opinión, todo discurso de aplicación encierra en sí ya un discurso de fundamentación (*cfr.* Alexy, 1995). Pero aquí sería oportuno recordar que la teoría de la argumentación jurídica desarrollada por Alexy es, como reza el subtítulo de su obra básica sobre el tema, una *teoría del discurso racional entendida como teoría de la fundamentación jurídica* y que, por tanto, no está concebida, por lo menos en principio, para dar respuesta al problema de la aplicación de las normas. Ahí se encuentra, sin duda, su fortaleza, pero también su debilidad.

La réplica de Alexy en el sentido de que los discursos de aplicación se encuentran ya contenidos en el discurso de fundamentación remite al ideal de «norma perfecta». Ésta sería una norma que «podría regular su propia aplicación, porque todas sus posibles aplicaciones individuales habrían sido tema del discurso y la adecuación de su aplicación pertenecería al significado de su validez» (Günther, 1995, 279). Günther, sin embargo, se manifiesta en contra de la reducción de la adecuación de las normas a su validez: «en los casos de colisión más

interesantes no se trata de la *validez* sino de la *adecuación* de una norma aplicable *prima facie*. El ideal de una norma perfecta subsume por error el concepto de adecuación en aquel otro de validez» (Günther, 1995, 284).

El problema de la aplicación de las normas no es sólo identificar qué normas superan un criterio de validez universal, sino encontrar en cada caso particular, tras la completa descripción de sus circunstancias relevantes, la norma o normas aplicables. Y la aplicabilidad de la norma no puede estar determinada de antemano, sino tan sólo su validez *prima facie*. La corrección normativa de una decisión es más bien relativa a la ocasión, a la circunstancia concreta: éste es el sentido del *principio de la adecuación* propuesto por Günther como guía en los procesos de aplicación de las normas, que es donde hay que desplegar toda la fuerza argumentativa de las razones disponibles. Este principio guarda a su vez una cierta afinidad con el sentido aristotélico de la prudencia y está abierto, por tanto, a la interpretación contextual de las circunstancias relevantes de cada caso.

La propuesta central de Günther podría resumirse en los siguientes términos: «Un enunciado normativo singular sólo puede pretender ser correcto si se apoya en una norma válida y en su adecuada aplicación» (Günther, 1995, 302). En consecuencia, un juicio práctico particular puede ser considerado correcto sólo si se apoya en normas válidas, ya sean reglas o principios, y si además se aplican adecuadamente a la situación concreta (*cf.*, *ibidem*, 227). En definitiva, cuando tratamos de la aplicación de normas no podemos hablar de normas válidas con independencia de la comprensión de las situaciones concretas. En los numerosos supuestos en los que la justificación lógico-deductiva de la decisión es insuficiente, el intérprete ha de acudir a otros requisitos tales como el criterio de «universalidad», así como a los principios de «consistencia» y de «coherencia», que precisan el sentido de las premisas normativas en relación con el conjunto del sistema jurídico (*cf.* Günther, 1995).

Por su parte, Alexy (1989, 274-277) mantiene la tesis de que las reglas y formas del discurso práctico general coinciden no sólo parcial, sino estructuralmente, con las reglas y formas de la argumentación jurídica. Esto no parece, sin embargo, fácil de conciliar con la pretensión de validez débil que subyace al discurso jurídico, pues como afirma el propio Alexy: «con las afirmaciones y decisiones jurídicas no se pretende que éstas sean sin más correctas, sino sólo que sean correctas bajo el presupuesto del orden jurídico vigente; ello ocurre, sin que se puedan fundamentar racionalmente, teniendo en cuenta la ley, el precedente y la dogmática» (Alexy, 1989, 314). En virtud de este rasgo del discurso jurídico, Klaus Günther (1995, 296-300) niega la coincidencia entre ambos tipos de discurso al advertir que una «fundamentación racional en el marco del Ordenamiento jurídico vigente», como repetidamente señala Alexy (1989, 208, 213 y 274), no puede ser por definición una fundamentación de validez, tal como prescribe el discurso práctico general, porque forzosamente se ha de dar por sentado la vali-

dez de las normas o del Ordenamiento jurídico en su totalidad. Dado que en tales discursos se presupone «*ex definitione* la validez de las normas» que se han de aplicar, la argumentación de los operadores jurídicos debe concebirse como un «caso especial del discurso moral de aplicación» (Günther, 1995, 300).

Contra la pretensión de universalidad de la teoría de la argumentación jurídica elaborada por Alexy, aunque no sólo contra esta teoría, puede objetarse con cierto fundamento su marcado carácter particularista o provinciano. Aunque pretende ser un código mínimo con validez universal, constituye en realidad una forma particular de moralidad, la occidental, disfrazada bajo capa de neutralidad: «la moralidad mínima prescrita por estas teorías es simplemente una forma abstraída, y no muy lejana, de la cultura democrática contemporánea» (Walzer, 1996, 44-45). El procedimentalismo del que hace gala Alexy ciertamente pretende surtir de reglas generativas mínimas capaces de producir distintas formas normativas más detalladas, concretas y válidas localmente. Sin embargo, como afirma Walzer (1996, 44-45) «el mínimo procedimental resulta más que mínimo [...] La moralidad tenue ya es bastante densa». No es evidente que el procedimiento general y abstracto de la teoría de la argumentación jurídica sea compatible con formas sociales y culturales diversas. Las reglas del juego argumentativo constituyen de hecho una forma de vida no universalizable.

En la teoría de Alexy hay elementos que desmienten tanto el carácter neutral de las normas del procedimiento discursivo como su misma pretensión de universalidad. Sus reglas y formas de la argumentación jurídica no sólo coinciden con los principios de una moral postconvencional, sino básicamente con las reglas del Estado democrático de derecho, pero idealizándolas, por lo que cabe decir que «su teoría de la argumentación cumple, entre otras, una función ideológica consistente en justificar –de manera acrítica– un determinado modelo de Derecho» (Atienza, 1991, 231). En realidad, tanto la teoría discursiva del derecho de Jürgen Habermas, como la concepción de la justicia propuesta por John Rawls y, de manera aún más obvia, la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, proceden a partir de una forma concreta de vida en común que no es otra que su propia experiencia del sistema democrático, caracterizado por la garantía de los derechos, la división de poderes y el control judicial de la legalidad. A partir de estas piezas normativas tan densas en contenido cultural estos autores hacen una especie de destilado del que se obtiene unas reglas en forma de procedimientos. Pero si de lo que se trataba era de fundamentar o justificar nuestras prácticas políticas y jurídicas, no parece muy lógico, sino más bien una trampa, afirmar su bondad porque se adecúan a unas reglas que hemos obtenido a partir de esas mismas prácticas sociales. Lo máximo que cabe decir entonces es que una práctica concreta se adecúa o no a sus principios inspiradores. Es decir, la teoría de la argumentación jurídica como teoría procedimental no tiene más valor, ni menos, que el que se desprende de su función de crítica interna de los sistemas jurídicos y

judiciales ya dados. De hecho, la justificación de cualquier decisión judicial no puede ser identificada como una fundamentación última del fallo. Sólo busca adecuar la sentencia a un horizonte normativo dado, que explícita o implícitamente ya ha sido aceptado socialmente. Por ello, la argumentación judicial tiene siempre un carácter penúltimo, al estar sujeto a la voluntad del legislador, que constituye el criterio supremo en el sistema. Su justificación se establece en el marco de un Ordenamiento jurídico, que en su totalidad apenas suele ser impugnado, excepto, claro está, en los momentos revolucionarios. Por ello, argumentar una decisión jurídica –en el sentido de justificarla intersubjetivamente– quiere decir, en el mejor de los casos, que dicha decisión asegura el sentido de la justicia propia de un determinado sistema jurídico y, por ende, de una determinada comunidad. Estos elementos rebajan sensiblemente la pretensión de universalidad y objetividad de las teorías procedimentales y ponen de manifiesto su dependencia tanto de determinadas constelaciones históricas contingentes como de ciertas comunidades locales.

En este marco no universal, sino localmente delimitado, una teoría del discurso jurídico como la avanzada por Alexy, aporta ciertamente elementos positivos. Así, mediante la introducción de componentes racionales en el procedimiento legislativo y en el judicial, se contribuye a «la paulatina reducción de la inseguridad en el resultado» (Utrera García, 1995, 377) de las decisiones judiciales que afectan al actuar concreto de los ciudadanos. El valor de la seguridad jurídica pretende precisamente poner remedio a esa necesidad tan humana de «saber a qué atenerse» para poder dar una estructura y un sentido a los planes particulares de acción.

Las reglas de la argumentación jurídica no eliminan el margen de maniobra de los Jueces y demás operadores jurídicos dedicados a la aplicación del derecho, pero sí contribuyen a reducir los elementos de discrecionalidad. La obligación de razonar las decisiones en términos del derecho vigente, vinculando el juicio particular al sentido de justicia de un Ordenamiento jurídico, pone las cosas en su lugar (*cfr.* Bayón, 1996). Un lugar intermedio entre dos extremos igualmente rechazables. Por un lado, el activismo judicial, el denominado «gobierno de los jueces», el que éstos se erijan en legisladores choca frontalmente con la idea del Estado de Derecho, es decir, con la apuesta civilizatoria por un «gobierno de las leyes» frente a un «gobierno de los hombres». Y, por otro lado, la idea opuesta de que el completo sometimiento del juez a la ley implica la completa anulación de toda su capacidad intelectual no deductiva, tampoco tiene un adecuado asiento en el derecho del Estado constitucional moderno. Dicho derecho se concibe como un sistema normativo no sólo de reglas, que como tales gozan de una presunción *prima facie* de aplicabilidad, sino también de principios a la luz de los cuales aquéllas deben ponderarse en cada situación, especialmente en los frecuentes casos dudosos.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio (1991): «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en *idem*, *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid, 303-328.
- ALEXY, Robert (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid.
(1995): *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Francfort.
- ATIENZA, Manuel (1986): *Sobre la analogía en el Derecho*, Cívitas, Madrid.
(1991): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1996): *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- BAYÓN, Juan Carlos (1996): «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional», en *Jueces para la democracia*, núm. 27 (1996), 41-49.
- BECCARIA, Cesare (1988): *De los delitos y las penas*, Alianza, Madrid.
- BOBBIO, Norberto (1965): *Derecho y lógica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
(1991): *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid.
- DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- FERRAJOLI, Luigi (1988): *Derecho y razón*, Trotta, Madrid.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1988): *Teorías de la tópic jurídica*, Cívitas, Madrid.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (1993): *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid.
- GÜNTHER, Klaus (1988): *Der Sinn für Angemessenheit*, Suhrkamp, Francfort.
(1995): «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», en *Doxa*, núm. 17-18, 271-302.
- HABERMAS, Jürgen (1982): *Conocimiento e interés*, Taurus, Madrid.
— (1987a): *La teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid.
— (1987b): *Escritos políticos*, Península, Barcelona.
— (1989): *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid.
— (1991): *Erläuterungen zur Diskursethik*, Suhrkamp, Francfort.
— (1992): *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Francfort.
- KALINOWSKI, Georges (1973): *Introducción a la lógica jurídica*, EUDEBA, Buenos Aires.
- KLUG, Ulrich (1961): *Lógica jurídica*, Sucre, Caracas.
(1989): «Problemas de la lógica de la argumentación jurídica en el proceso judicial», en *idem*, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, Alfa, Barcelona, 75-86.
- LAFONT, Cristina (1997): «Verdad, saber y realidad», en J. A. GIMBERNAT (ed.), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 239-260.
- MACCORMICK, Neil (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- MONTESQUIEU (1993): *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid.
- MUGUERZA, Javier (1994): «El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal (una reflexión ético-jurídica sobre la ley y la conciencia)», *Doxa*, núm. 15-16, vol. II, 535-560.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, L. (1989): *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1992): *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid.

- THIEBAUT, Carlos (1992): *Los límites de la comunidad*, CEC, Madrid.
- TUORI, Kaarlo (1988): «Ética discursiva y legitimidad del Derecho», en *Doxa*, núm. 5, 47-67.
- ÚTRERA GARCÍA, Juan Carlos (1995): «Apuntes sobre la teoría de los derechos fundamentales de R. Alexy», en *Derechos y libertades*, núm. 4, 355-379.
- VIEHWEG, Theodor (1986): *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid.
- (1991): *Tópica y filosofía del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- WALZER, Michael (1996): *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Alianza, Madrid.
- WELLMER, Albrecht (1988): «Razón, utopía y dialéctica de la ilustración», en *Habermas y la modernidad* (colectivo), Cátedra, Madrid.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1988): *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona.