

## Begründen und entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts, Nomos

Por José Manuel Cabra Apalategui

Bäcker, Carsten. *Begründen und entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts, Nomos*, Baden-Baden, 2008, 328 págs.

José Manuel Cabra Apalategui

Universidad de Málaga

jcabra@uma.es

Fecha de presentación: 04/06/2010 | De publicación: 30/06/2010

1. Quizás con la excepción de Ronald Dworkin, pocas obras de la Filosofía del derecho reciente han generado tal cantidad de literatura secundaria como la de Robert Alexy. Tan numerosos como los estudios críticos –entre los que podemos mencionar los trabajos de Neumann<sup>1</sup>, Weinberger<sup>2</sup>, Hilgendorf<sup>3</sup>, Gril<sup>4</sup>,

“Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation”, en Krawietz, W. / Alexy, R., *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlín, Duncker & Humblot, 1983, pp. 159-232; Id., *Rechtslogik* (2ª ed.), Berlín, Duncker & Humblot, 1989; Id. “Der Streit um die praktische Vernunft. Gegen Scheinargumente in der praktischen Philosophie”, *ARSP. Beiheft* 51 (1991), pp. 30-46; Id., “Basic Puzzles of Discourse Philosophy”. *Ratio Juris* 9 (1996), pp. 172-181; Id., “Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy. Some Critical Comments and Constructive Proposals”, *Ratio Juris* 12 (1999), pp. 336-353.

<sup>3</sup> Hilgendorf, E., *Argumentation in der Jurisprudenz. Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, Berlín, Duncker & Humblot, 1991; Id.,

<sup>1</sup> Neumann, U., *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986.

<sup>2</sup> Weinberger, O., “Die Rolle des Konsenses in der Wissenschaft, im Recht und in der Politik”, *Rechtstheorie. Beiheft* 2 (1981), pp. 147-165; Id.,

Christiansen<sup>5</sup> o Engländer<sup>6</sup> son los desarrollos, especificaciones y modificaciones internas a la propia teoría discursiva del derecho. En este segundo apartado es preciso mencionar los estudios de Günther<sup>7</sup>, que modifican la tesis del caso especial; Buchwald<sup>8</sup>, sobre el concepto de

---

“Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln”. *Rechtstheorie* 27 (1995), pp. 183-200.

<sup>4</sup> Gril, P., “Alexys Version einer Transzendentalpragmatischen Begründung der Diskursregeln im Unterschied zu Habermas”, *ARSP* 83 (1997), pp. 206-216; Id., *Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie. Eine Untersuchung zu Jürgen Habermas und Robert Alexy*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998.

<sup>5</sup> Christensen, R., “Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des Gesetzpositivistischen Textmodells”, en Müller, F. (Hsgr.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, pp. 47-91; Id., *Was heißt Gesetzesbindung?*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989; en colaboración con Hans Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.

<sup>6</sup> Engländer, A., “Zur begrifflichen Möglichkeit der Rechtspositivismus. Eine Kritik des Richtigkeitsargument von Robert Alexy”, *Rechtstheorie* 28 (1997), pp. 437-485; Id., “The Failure of Discourse Theory. Critical Remarks on Habermas’ Moral and Legal Cognitivism”, *Associations* 4 (2000), pp. 223-251; Id., *Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie del Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

<sup>7</sup> Günther, K., *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1988; Id., “Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral”, *ARSP. Beiheft* 45 (1992), pp. 36-76; Id., “Critical Remarks on Robert Alexy’s ‘Special-Case Thesis’”, *Ratio Iuris* 6 (1993), pp. 143-156; Id., “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa* 17-18 (1995), pp. 271-302.

<sup>8</sup> Buchwald, D., *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung. Zur Theorie der juristischen Vernunft*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

fundamentación jurídica; Sieckmann<sup>9</sup>, sobre la estructura de las normas jurídicas, en especial la diferencia entre reglas y principios; Clérico<sup>10</sup> y Bernal<sup>11</sup>, que profundizan en el principio de proporcionalidad; Tschentscher<sup>12</sup>, en relación con la naturaleza procedimental de la teoría discursiva del derecho; o Klatt<sup>13</sup>, que recurre a la filosofía del lenguaje de Robert Brandom para analizar la posibilidad y alcance de los argumentos semánticos en la argumentación jurídica. Junto a estos, cabría mencionar también algunos trabajos colectivos de reciente publicación<sup>14</sup>.

El libro de Carsten Bäcker es el último trabajo de la que ya podría denominarse la “Escuela de Kiel”, ciudad en cuya universidad Alexy ejerce su magisterio, y es, en este sentido, un estudio discipular ejemplar: se desenvuelve estrictamente dentro del marco conceptual desarrollado por Alexy en su *Teoría de la argumentación*

---

<sup>9</sup> Sieckmann, J-R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990; Id. *Recht als normatives System: die Prinzipientheorie des Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2009.

<sup>10</sup> Clérico, L. *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001.

<sup>11</sup> Bernal, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2005 (2ª ed.).

<sup>12</sup> Tschentscher, A., *Prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2000; Id., “Der Konsensbegriff in Vertrags- und Diskurstheorien”, *Rechtstheorie* 33 (2002), pp. 43-59.

<sup>13</sup> Klatt, M., *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 2004; Id. “Semantic Normativity and the Objectivity of Legal Argumentation”, *ARSP* 90 (2004), pp. 51-65.

<sup>14</sup> Pavlakos, G (ed.), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007; Sieckmann, J-R. (Hrsg.) *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos, 2007; Clérico, L. / Sieckmann, J-R. (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos, 2009. Está anunciado para otoño de este año un volumen, dirigido por Matthias Klatt, con el título de *Institutional Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, en Oxford University Press.

*jurídica*<sup>15</sup> y otros escritos posteriores, al tiempo que lo somete a revisión con miras a una reformulación que permita superar las críticas que, con acierto, se han dirigido contra la Teoría del discurso práctico general y su variante jurídica.

El libro aborda un problema fundamental: la decisión jurídica o el juicio jurídico (*juristische Urteil*). Frente a los modelos decisionistas (Kelsen) o cognoscitivistas (Dworkin), Bäcker sostiene que el mejor modo de abordar el problema de la decisión jurídica es el modelo argumentativo (discursivo) de Alexy. Su planteamiento, como el del maestro, consta de dos partes: una, dedicada a la teoría del discurso práctico general, y otra, a la teoría del discurso jurídico. La primera es una discusión eminentemente filosófica acerca de la concepción alexiana de la razón práctica, mientras que la segunda es más bien conceptual y se concentra en la plausibilidad de la tesis del caso especial (*Sonderfallthese*), según la cual, la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general.

Es habitual referirse a la teoría del discurso como un planteamiento unitario cuyos referentes más visibles y significados son Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas. Si bien es cierto que, en términos generales, con la denominación de “discursiva” se encuadra a una teoría dentro de los márgenes de una determinada concepción de la verdad y de la corrección práctica, asociados a la filosofía del lenguaje y a la teoría de la argumentación racional, es necesario precisar que entre las distintas teorías discursivas existen

divergencias en cuanto a su fundamentación y alcance<sup>16</sup>. Es el caso de las tesis de Robert Alexy, que, compartiendo los presupuestos fundamentales de la teoría del discurso, desarrolla una versión propia con un objetivo específico: poner de manifiesto la relación de la argumentación jurídica y de los modernos sistemas jurídicos con la concepción de la razón práctica defendida en la teoría del discurso. Y viene esto a cuento porque la obra de Alexy, además de verse afectada en diversa medida por las objeciones que de manera general se han formulado contra aspectos fundamentales de la teoría del discurso, debe hacer frente también a las críticas específicas provenientes de los filósofos del derecho. El libro de Bäcker se centra especialmente en el segundo tipo de críticas y su valor reside, precisamente, en que, partiendo de un profundo conocimiento de la obra de Alexy, y mediante un meticuloso y detallado examen de las muchas objeciones planteadas a lo largo de estos años, es capaz de reformular –en mi opinión, de un modo bastante satisfactorio– algunos aspectos de la teoría alexiana del discurso sin desfigurarla por completo hasta hacerla irreconocible.

2. En la primera parte del libro se abordan tres grandes discusiones en relación con la teoría del discurso práctico general: (i) el problema de la fundamentación de las reglas del discurso a partir de los presupuestos del lenguaje; (ii) la relación entre los discursos ideales y los discursos reales o, en otras palabras, el problema de la aplicabilidad y alcance de la teoría; y (iii) el problema de si es posible hablar de una fundamentación última en el contexto de la teoría del discurso. La respuesta a todas estas cuestiones pasa por un debilitamiento de la teoría, esto es, por la reconstrucción de una teoría menos ambiciosa en dos aspectos centrales: la condición universal e irrenunciable de sus presupuestos, por un lado, y

<sup>15</sup> Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2. Auf., 1991 [hay traducción española, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1989].

<sup>16</sup> Son notorias las discrepancias entre Apel y Habermas respecto de algunos extremos de la ética discursiva; cfr. Apel, K-O., *Apel versus Habermas. Elementos para un debate*, trad. Norberto Smilg, Granada, Comares, 2004.

la corrección definitiva e infalible de sus resultados, por otro.

(i) Como es sabido, los teóricos del discurso defienden una concepción procedimental de la corrección práctica, según la cual, un enunciado normativo es correcto si es o puede ser el resultado de un procedimiento argumentativo, esto es, un discurso. Alexy formula una serie de reglas<sup>17</sup> que deben guiar la participación en estos discursos si han de tenerse por racionales. Algunas de ellas, como el principio de no contradicción, o cualesquiera otras que operan en todo razonamiento monológico, no plantean problemas de fundamentación: son, más bien, condición necesaria para poder hablar de un razonamiento propiamente dicho. Las dificultades se presentan en relación con aquellas normas pragmáticas que incorporan al discurso los principios de igualdad de trato, ausencia de violencia y universalidad (“reglas de razón” en el esquema alexiano). Para la fundamentación de estas reglas, Alexy recurre a una argumentación compleja que incorpora un argumento pragmático-trascendental y un argumento utilitarista<sup>18</sup>: según el primero, los principios mencionados, y con ello las reglas del discurso, están implícitos en las reglas del lenguaje, más precisamente, en las reglas que definen los distintos actos de habla; así, quien afirma algo (y es imposible que nadie, en condiciones normales, no lo haga alguna vez en su vida) presupone ciertas reglas que son condición de posibilidad de la misma afirmación, como la pretensión de verdad o corrección de lo afirmado, la pretensión de fundamentabilidad de lo afirmado, la obligación de hacerlo si se nos pide hacerlo y, como consecuencia de ello, la igualdad de trato,

<sup>17</sup> *Theorie der juristischen Argumentation*, op. cit. (nota 15), pp. 361-364.

<sup>18</sup> Alexy, R. “Diskurstheorie und Menschenrechte”, en Id. *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, pp. 127-164.

ausencia de violencia y universalidad del discurso. La segunda parte, el argumento utilitarista, va dirigido a aquellos que no tienen el menor interés por hacer afirmaciones en los términos descritos. Quien se encuentre en esa posición todavía tiene razones para seguir, aunque sea cínicamente, las reglas del discurso: la existencia de un gran número de personas con un interés genuino en la corrección y en la verdad. El argumento utilitarista es un argumento esencialmente empírico. Las objeciones y réplicas suelen consistir en la construcción de escenarios hipotéticos (por ejemplo, la ocupación del poder por un fanático religioso) en los que la argumentación de Alexy resulta poco plausible. Para cada una de estas objeciones, Bäcker ofrece una respuesta convincente que salva argumento utilitarista.

De la discusión del primer argumento, el argumento pragmático-trascendental, Alexy no sale tan bien parado. La cuestión de fondo de este argumento es la naturaleza de las reglas del lenguaje; una cuestión esencial para la teoría del discurso. Todas las variantes –política, moral, etc.- de esta teoría descansan en un mismo presupuesto, a saber, el de que nuestros usos lingüísticos están regidos por una serie de reglas que funcionan como condición de posibilidad del entendimiento y cuyo seguimiento por los hablantes no es cuestión de voluntad. El problema es si las reglas del lenguaje –y no cualesquiera reglas, sino las mencionadas más arriba, que establecen la obligación de fundamentación racional frente a cualquier interlocutor– tienen el carácter de presupuestos trascendentales del lenguaje. Bäcker llega aquí a la misma conclusión a la que antes había llegado Engländer<sup>19</sup>: la dicotomía que contrapone el carácter necesario e irrenunciable (trascendental) de las reglas del lenguaje por los hablantes, por un lado, y la total disponibilidad de las mismas, esto es, su inexistencia en cuanto reglas vinculantes de algún modo más allá del fin práctico de hacerse entender, por otro lado, es sencillamente falsa, porque no es exhaustiva. Cabe una tercera

<sup>19</sup> *Diskurs als Rechtsquelle?*, op. cit. (nota 6), p. 58.

posibilidad<sup>20</sup>: que las reglas que rigen nuestros usos lingüísticos sean el resultado de una evolución espontánea de nuestras prácticas comunicativas, de la que no pueda predicarse el carácter necesario, pero tampoco su disponibilidad para los hablantes. En definitiva, como sostiene Bäcker, las reglas del lenguaje son “necesarias en sentido relativo” (*relative notwendige*) a una práctica lingüística (pp. 75-76).

(ii) La segunda cuestión importante que aborda Bäcker es el problema de la aplicabilidad y el alcance de la teoría del discurso como criterio de corrección práctica. Según Alexy, un enunciado normativo está justificado si es, o puede ser, el resultado de un procedimiento discursivo sujeto a reglas de racionalidad. Estas reglas, sin embargo, no pueden ser completamente realizadas, lo que le lleva a distinguir entre los discursos ideales, desarrollados en condiciones ideales (lo que significa total ausencia de límites temporales, de participación, de disponibilidad de información, de intercambio de roles, límites lingüísticos, prejuicios y violencia) y los discursos que tienen lugar en el mundo real. Por definición, los discursos ideales son irrealizables y los reales no son racionales.

Para Bäcker, la imposibilidad fáctica de los discursos ideales los convierte en meros criterios hipotéticos de corrección: un modelo discursivo de dos niveles –el ideal y el real– no es capaz de dar cuenta del potencial justificativo de la teoría del discurso, e intenta salvar este problema con un modelo discursivo de tres niveles (*Drei-Ebenen-Modell des Diskurses*, pp. 117 y ss.): el ideal del discurso, los principios del discurso y los discursos reales. Con la interposición de un nivel intermedio basado en el concepto de los

principios, Bäcker incorpora un concepto fundamental de la teoría discursiva del derecho: los principios como mandatos de optimización, de donde resultaría el siguiente postulado de optimización de las condiciones del discurso: “si aspira a alcanzar el máximo de racionalidad, debe hacerse todo lo posible para optimizar las condiciones de los discursos reales en los términos de los principios del discurso” (p. 165).

En mi opinión, no está claro que la fórmula de Bäcker –que aquí sólo ha sido esbozada– solventa el principal problema que planteaba el anterior modelo de Alexy, que es la necesidad de una valoración externa que determine si se ha alcanzado o no el grado de optimización suficiente como para legitimar los resultados de los discursos.

(iii) Como es sabido, la “filosofía negativa” del racionalismo crítico sostiene la imposibilidad de una “justificación última” (*Letztbegründung*) del conocimiento: según el principio del falibilismo, las hipótesis científicas no pueden ser verificadas o demostradas, sino únicamente refutadas o falsadas; todo intento de fundamentación está abocado al dogmatismo, al razonamiento tautológico, o a un regreso al infinito. Esta situación, que Hans Albert<sup>21</sup> ha denominado como el *Trilema de Münchhausen*, representa un reto para la Teoría del discurso, que se resiste a admitir la inevitabilidad de estas tres alternativas igualmente indeseables y frustrantes –la interrupción arbitraria del proceso de fundamentación (dogma), la argumentación circular (tautología) o una sucesión son fin de razonamientos justificatorios (regreso al infinito)– cuando se busca una fundamentación última de nuestros juicios y normas morales, políticas o jurídicas.

Bäcker duda de que sea satisfactoria la solución ofrecida por Alexy a este problema, a saber: sustituir la exigencia de una fundamentación ininterrumpida de una proposición mediante otra proposición por una serie de exigencias en la actividad de

<sup>20</sup> Esta es la vía explorada por el lingüista Rudi Keller en su libro *Sprachwandel*, que lleva el sintomático subtítulo de “De la mano invisible en el lenguaje” (Keller, R. *Sprachwandel. Von der unsichtbaren Hand in der Sprache*, Tübinga, A. Francke, 2003, 3ª ed.).

<sup>21</sup> Albert, H. *Traktat über kritische Vernunft*. Mohr. Tübingen. 1991 (5ª ed.), p. 15.

fundamentación (reglas de la discusión racional)<sup>22</sup>; o dicho de otro modo, sustituir la certeza por la racionalidad de los resultados. La objeción –anticipada por Gril<sup>23</sup>– es bien sencilla: las reglas del discurso racional también deben ser fundamentadas. En el fondo, se trata de la naturaleza misma de la fundamentación; ahora bien, “¿cómo podría conducir la pregunta acerca de la naturaleza de la fundamentación o de las exigencias en la actividad de fundamentación a una respuesta fundamentada?” (p. 168). La pregunta conduce, necesariamente, a un razonamiento circular que confirmaría la inevitabilidad del Trilema planteado por Albert.

La salida que parece proponer Bäcker, de hecho, se acerca mucho a las tesis del racionalismo crítico. Se trata de una renuncia a la fundamentación última de las reglas del discurso, que “en lugar de un punto archimédico, [ofrecen] un punto popperiano del conocimiento” (p. 169-70). Ninguna de las reglas del discurso es incuestionable, pero no todas son revisables al mismo tiempo; y, en la medida en que los discursos reales no pueden ser sino una optimización, en función de las circunstancias reales, del ideal del discurso a través de los principios del discurso (modelo de tres niveles), los resultados del mismo solo podrán alcanzar un estatus de racionales –y, por tanto, revisables–, pero no de verdaderos<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> *Theorie der juristischen Argumentation*, op. cit., p. 223.

<sup>23</sup> *Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie*, op. cit. (nota 4), p. 136.

<sup>24</sup> Esta versión debilitada de la teoría del discurso como teoría de la verdad o la corrección práctica, escapa a las críticas de Wellmer y Lafont a las tesis de Habermas; vid. Lafont, C., *The Linguistic Turn in the Hermeneutic Philosophy*, MIT Press, Cambridge (Mass), 1999, pp. 292 y ss.; Wellmer, A. *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*, trad. Fabio Morales, Antropos / Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 1994, p. 340 y ss. Una excelente visión de conjunto sobre este asunto puede verse en Fabra, P.,

3. La segunda parte del libro tiene por objeto la teoría alexiana del discurso jurídico, o lo que es lo mismo, la “tesis del caso especial” (*Sonderfallthese*). Si en la revisión de la teoría del discurso práctico general llevada a cabo en la primera parte Bäcker cuestiona algunos de los aspectos centrales de las tesis de Alexy, en relación la teoría del discurso jurídico la coincidencia es casi absoluta. Bäcker analiza en detalle las objeciones que se han dirigido contra cada una de las tesis que fundamentan la tesis del caso especial, a saber: 1) que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, 2) que en estas discusiones se formula una pretensión de corrección, y 3) que estas discusiones tienen lugar bajo condiciones limitadas establecidas por el derecho –material y procesal– vigente; y concluye que ninguna de ellas cuestiona su plausibilidad.

Bäcker, por tanto, no lleva a cabo una revisión de la tesis del caso especial, sino que, tomando en consideración las enmiendas realizadas sobre todo a la teoría del discurso práctico general, reformula el contenido de la pretensión de validez formulada en los discursos jurídicos; esto es, responde a la pregunta de qué tipo de pretensión formulan los jueces en sus decisiones. Conforme al modelo de tres niveles de discurso desarrollado más arriba, Bäcker rechaza que el contenido de esta pretensión pueda ser la de una única respuesta correcta, ni siquiera entendida como idea regulativa, sino que sostiene que “el juez tiene que formular la pretensión corrección relativa de sus decisiones” (p. 306), como consecuencia de “las limitaciones en el rendimiento de los discursos, que, al fin y al cabo, están limitados por nuestras capacidades cognitivas y la condición contingente e histórica de las reglas que los regulan” (p. 307). Y ello supondría también admitir que los jueces *deciden* cuando se enfrentan a diversas respuestas (relativamente) correctas, esto es, discursivamente

*Habermas: Lenguaje, Razón y Verdad. Los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

# CEFD

posibles. Precisamente, “la limitación en la mayor medida posible de este componente volitivo o decisionista del juicio jurídico (*juristischen Urteil*) debe ser el objetivo de toda teoría de la argumentación jurídica racional” (p. 308).