

CUATRO ARGUMENTOS SOBRE LA FALACIA COGNOSCITIVISTA *

Juan Daniel Elorza Saravia

Universidad de Salamanca

RESUMEN. En este trabajo se recurre a cuatro argumentos con el fin de sostener que la posición metaética de la teoría estándar de la argumentación jurídica —el *objetivismo moral*— se sustenta en la comisión de una falacia que aquí se denominará «falacia cognoscitivista». Ésta consiste en la obtención infundada de conclusiones de *deber-ser* a partir de premisas del *valer* (*valores* o *juicios de valor*), y correlativamente, en la postulación de *valores morales* a partir de *deberes jurídicos*, esto es, la determinación de los juicios de valor desde las normas positivas. El embalaje teórico de dicha falacia es la tesis de la *unidad de la razón práctica*, como una fusión de diferentes dimensiones y momentos de nuestra «vida moral» en un solo *continuum*: el razonamiento jurídico. En el ámbito de las teorías del derecho constitucional-discursivas —de las cuales la de R. ALEXY sería el mejor ejemplo—, esta fusión significa la equiparación entre los *principios jurídico-constitucionales* (normas jurídicas) aplicables a los casos concretos y los *valores morales* (preferencias axiológicas) relevantes a los mismos. Esta equiparación hace que la teoría de la argumentación —inicialmente concebida como una herramienta de validación moral de las decisiones jurídicas— devenga una herramienta acrítica de *legitimación política del poder* en los Estados Constitucionales.

Palabras clave: Falacia cognoscitivista, valores, objetivismo moral, cognoscitivism ético, argumentación jurídica, principios constitucionales, legitimación del poder.

Four arguments on Cognitivist Fallacy

ABSTRACT. In this work the author resorts to four arguments in order to assert that moral objectivism —as the meta-ethic position of Standard Theory of Legal Argumentation— is based on the commission of a fallacy, referred here as a «Cognitivist Fallacy». This fallacy consists in the unfounded passage from value premises (*values* or *value judgements*) to *Ought* conclusions, and the correlative postulation of *moral values* based on *legal oughts*, namely the determination of value judgements out of positive legal norms. The theoretical expression of this fallacy is the *Unity of Practical Reason* thesis, as a sort of fusion of diverse dimensions of our «moral life» in a same *continuum*: the legal reasoning. In the context of Constitutional-Discursive Theory of Law —particular R. ALEXY’S—, this fusion results in putting *constitutional principles* applicable in concrete cases (as positive law) at the same level than *moral values* relevant to those cases (as axiological preferences). Drawing an equivalence between these concepts enables Theory of Legal Argumentation —initially intended as a tool for moral validation of legal decisions— to turn into a system for uncritical political legitimization of power within contemporary Constitutional States.

Keywords: Cognitivist Fallacy, values, moral objectivism, cognitivism, legal argumentation, constitutional principles, legitimization of power.

* Fecha de recepción: 23 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 31 de octubre de 2013.

Este artículo fue presentado como trabajo final en el Máster de Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Sus ideas principales son extraídas de mi tesis doctoral, aún inédita, titulada «Crítica de los valores jurídicos», dirigida por R. DE AGAPITO SERRANO, y defendida en 2012 en la Universidad de Salamanca ante un tribunal compuesto por J. MUGUERZA (presidente), M.ª Á. AHUMADA, M. ATIENZA, F. BALAGUER CALLEJÓN, y M. Á. RODILLA. De hecho, puede considerarse este escrito como la respuesta a algunas de las objeciones formuladas por el profesor M. ATIENZA en ese acto de defensa.

La mayoría de las actuales teorías del derecho de inspiración constitucional-discursiva suscriben como posición meta-ética el *objetivismo moral*, es decir, consideran que un haz de valores —cuya corrección se verifica racionalmente— son universalmente predicables para todos los seres de razón, independientemente del contexto en que éstos se desenvuelvan. Esta posición es el presupuesto de toda una corriente de teoría jurídica que asume al derecho como algo que está necesaria y conceptualmente *vinculado* con la moralidad. Es decir, que para quienes pertenecen a esta corriente, el discurso jurídico es una especie de discurso moral con ciertas particularidades. En el ámbito del razonamiento jurídico aplicativo del derecho esta posición se traduce en la equiparación práctica entre *principios* (normas jurídico-constitucionales) y *valores* (preferencias morales). Teniendo en cuenta las anteriores premisas, en lo sucesivo me referiré a las teorías del derecho que las hagan suyas con el nombre de *Iusmoralismo Constitucional-Discursivo*. Pero en vista de lo farragoso que resulta este rótulo, abreviaré con sus iniciales: ICD; sigla que utilizaré tanto para referirme a la corriente teórica como a aquellos estudiosos que la profesan¹.

La posición ética desde la que parte este escrito es una *concepción no normativa de los valores*, según la cual, éstos componen un «paradigma para preferir lo mejor». Como conformadores de un «paradigma», ellos no pueden desagregarse en unidades de valor o en conjuntos de valores específicos, como los mal llamados «valores jurídicos», cuya discutible juridicidad haría preferible nombrarlos como *valores jurídicamente relevantes*. Por otro lado, y sin desconocer la existencia de los principios y de las normas morales, cuando aquí se hable de «principios» se estará haciendo referencia a aquellos principios jurídico-constitucionales que son tenidos por normas jurídicas válidas dentro de los ordenamientos de derecho en los Estados Constitucionales. En suma —y a pesar de lo simplificada que pueda parecer esta caracterización con tintes de dicotómica— aquí los **valores** han de entenderse como *preferencias morales* (expresadas en proposiciones axiológicas) y los **principios** como *normas jurídicas* (expresadas en proposiciones deontológicas). Asimismo, es necesario aclarar que en estas páginas se manejará un *concepto amplio de norma jurídica*, que incluye también —y muy especialmente— a las prescripciones de los jueces, producto de sus razonamientos jurídicos.

Mi tesis central en este escrito es que cuando en las argumentaciones jurídicas se equiparan las preferencias morales a las normas jurídicas —según el ideario cognoscitivista de la *unidad de la razón práctica* (jurídica, moral y política)— se incurre

¹ Ante la inconveniencia e imprecisión que presentan etiquetas como la de *neoconstitucionalismo* (que resulta bastante engañosa) o la de *post-positivismo* (que con similares razones podría reemplazarse también por *post-iusnaturalismo* o *post-realismo*), en mi tesis doctoral he sugerido —sin mayores intenciones de que llegue a hacer carrera— la denominación de «**Iusmoralismo Constitucional-Discursivo**». Rótulo éste que, a pesar de ser tan poco sonoro, resulta más técnico y completo, pues comprende los elementos más importantes de la corriente de pensamiento jurídico a la que se refiere. Por una parte, contiene tanto la referencia a la tesis de la *unidad de la razón práctica* (de ahí lo de **iusmoralismo**), como el ámbito institucional de actuación que es el constitucionalismo (de ahí lo de **constitucional**), y también la referencia al método utilizado y a su ámbito de racionalidad (de ahí lo de **discursivo**). Considero que esta denominación resulta, con mucho, más precisa que las que hoy utiliza la doctrina para designar el mismo conjunto de fenómenos. Y aunque en nuestro medio el profesor GARCÍA AMADO ha venido utilizando el término «iusmoralismo», él suele usarlo con carga peyorativa —como un epíteto que califica y no como una denominación que determina— y sin distinguir a este paradigma jurídico de otras formas de iusmoralismo, como el iusnaturalismo, con el cual éste modelo mantiene importantes diferencias que no se pueden olvidar, incluso si la intención fuese criticarlo.

en una falacia que aquí llamaré «Falacia Cognoscitivista». Con ello no me refiero a un argumento falaz en concreto, sino a un proceder argumentativo que en abstracto considero lógicamente viciado. Con este nombre pretendo englobar tanto la obtención infundada de conclusiones de deber desde premisas de valor, como la determinación de la moralidad de una proposición a partir de la normatividad jurídica. Es decir, el tránsito de ida y vuelta entre normas jurídicas y valores morales. Sostengo que este tipo de equiparación práctica entre normas y valores, así como el presupuesto del objetivismo moral, no son imprescindibles para el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica, sino que responden a una elección personal de los teóricos que las practican, y, en cambio, sí lastran las perspectivas de desarrollo del constitucionalismo democrático a favor de los derechos y libertades de los individuos. Y es que la recurrente comisión de esta falacia hace que las teorías ICD, pensadas como una herramienta de *validación moral* de las decisiones jurídicas, resulten bastante proclives de convertirse en un expediente de *legitimación* (acrítica) del *statu-quo* imperante en los Estados Constitucionales contemporáneos. Las anteriores afirmaciones se apoyarán en cuatro argumentos que expondré por separado.

ARGUMENTO 1

La equiparación de los principios jurídicos a los valores morales es un «caso especial» de la tesis de la vinculación conceptual entre derecho y moral. Esta equiparación puede atentar contra la función que cumplen los propios principios en la aplicación judicial del derecho. Se propone que la relación entre ambos términos sea entendida mejor como una «articulación posible» en cada caso, y no como una vinculación necesaria y permanente.

Por regla general, cuando en los escritos de derecho Constitucional o Teoría de derecho, o en los discursos políticos contemporáneos, y hasta en las charlas de barrio se utiliza la expresión «principios», se agrega, casi como un apéndice necesario, la palabra «valores». La virtualidad persuasiva de este tándem de nociones inspiradoras se ha hecho innegable. Se habla de principios y valores constitucionales, de ponderación de principios y valores, de la defensa de los principios y valores de un sistema jurídico, de juzgar conforme a nuestros principios y valores, de atentado contra los principios y valores, etc. Asimismo, cuando los autores deben tocar el tema de los valores jurídicos, la primera idea que manifiestan es su evidente «vinculación» con los principios. En la inmensa mayoría de los casos, este maridaje entre los dos conceptos implicados carece de explicación, pero como la doctrina los repite sin cesar, él pasa a la conciencia de quienes trasiegan por estos escritos como si fuera un verdadero axioma del saber jurídico-constitucional (axiomas de los que existen tantos otros en el estudio del derecho). Teniendo en cuenta que los conceptos de principios y valores pertenecen a diferentes dimensiones de la racionalidad práctica; a saber, la deontológica y la axiológica respectivamente, cabe entonces preguntarse ¿Cuál es entonces la naturaleza de ese inexplicado *vínculo* entre ambos conceptos?

Antes de nuestra dworkiniana *fiebre del oro* por los principios, lo que hoy llamamos «reglas», en ese entonces normas a secas, eran las encargadas de poner a los valo-

res morales en contacto con la realidad jurídica. Cualquier sistema jurídico y cualquier norma eran vistos como expresión de un valor o de un contenido valorativo preferido o de un sistema de valores compartido. Pero con el arribo de los principios a los sistemas jurídicos, la teoría del derecho descubrió una manera de hacer efectivas las valoraciones morales de una manera más generalizada: prescindiendo de las limitaciones que antes estipulaba el supuesto de hecho concreto propio de las reglas. Y es que el espectro fáctico en el que podían desplegarse los valores estaba condicionado por el supuesto de hecho de las reglas jurídicas, elaboradas bajo una caracterización lógica propia del modelo silogístico. De estas limitaciones escapaba el concepto de principio, pues su carácter normativo no depende del hecho de prescribir conductas determinadas². Por ello, hizo carrera la idea de que la tarea primordial del principio es *abrir el ordenamiento jurídico* a los contenidos valorativos preferidos por un colectivo social en un momento dado. Permitiendo así, por vía de la interpretación, su realización en una esfera fáctica; esto es, en los procesos judiciales que deciden sobre el futuro de las personas de carne y hueso.

Así, cuando se hace referencia a la *vinculación* de principios y valores, se está expresando una relación de una *norma de derecho* con una *preferencia moral*, pero esta relación no podría explicarse con independencia de su objetivo, la finalidad en la que ella cobra sentido. Como es sabido, según las teorías de la argumentación, lo que se aplica en los casos concretos no puede ser un principio, sino una *regla de preferencia condicionada*, obtenida a partir de una ponderación de principios. Es la regla la que, en últimas, garantiza la protección *concreta* del bien incluido *abstractamente* en el principio³. El objetivo del principio, entonces, es *generar* reglas para los casos particulares, de cara a hacer posible su aplicación. En otras palabras, el principio, que cobra toda su fuerza en el *ámbito de identificación* del derecho, está destinado a desaparecer como tal en el *ámbito de la aplicación*, para dar paso a la regla que resulta de la ponderación.

De este modo, si se acepta una teoría estructural de las normas como la de DWOR-KIN o ALEXY (la diferencia estructural entre reglas y principios) y la teoría de la ponderación, sería consecuente aceptar también que la relación entre *valores y principios*, al nivel del razonamiento jurídico, no puede entenderse sin la presencia de la *regla*, ya que en ella se concreta la norma o decisión resultante. Se podría sostener, entonces, que los principios son normas de transición; son traductores del contenido axiológico de los valores a una regla jurídica aplicable⁴.

Utilizaré un símil eléctrico: de la misma manera en que un transformador no tiene sentido sin una fuente de energía, el principio carece de importancia sin «los» valores que lo alimentan. Asimismo, este transformador tampoco es útil sin una aplicación de

² Esta es precisamente la tan machacada discusión sobre el carácter normativo de los principios basada en su vaguedad, cuestión que está de suyo superada en el Estado constitucional y que no es objeto de este estudio. Al respecto puede verse el primer capítulo de la obra conjunta de los profesores M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996. También el texto de L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*, Colección Cuadernos y Debates, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, 27 y ss.

³ Vid. J. RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000, 41-42.

⁴ Digo «norma de transición» en la medida en que para los casos particulares el principio comienza y se acaba en la operación interpretativa del decisor jurídico.

la corriente en la cual dicha energía se requiera ya transformada; y, análogamente, el principio sólo cobra importancia para la obtención de las reglas en las cuales verterá el contenido moral en la forma de un supuesto de hecho concreto (preferencia condicionada) aplicable al caso particular. Al igual que en mi ejemplo eléctrico son necesarios los tres elementos de esta relación para que pueda existir una aplicación útil de la energía eléctrica a un uso particular, los tres términos de la concreción axiológica son necesarios para que se pueda hablar de una aplicación jurídica razonable de una preferencia moral. Sin la regla, y sin todos los límites que a ésta le son predicables dentro del ordenamiento jurídico, la relación entre principios y valores queda reducida al papel. Y es que la regla tiene un engaste institucional y unos requisitos de adecuación más estrictos que el principio.

Teniendo presente el argumento de la necesidad de un tercer elemento en esta relación, en estas páginas se mantiene la *tesis de la no-equiparación entre principios y valores*. Se sostiene entonces que la «equiparación» de valores y principios, que la doctrina afirma tan desprevenida como axiomáticamente, debe ser entendida más bien como una suerte de «articulación», que en ningún momento es necesaria ni permanente, sino meramente *contingente y eventual*. Tal articulación sólo tiene sentido cuando consideramos el concepto de *regla* como un tercer integrante de dicha relación. Así las cosas, la *regla* es la que determina las características de esta relación y evita que ella devenga una «equiparación». Esto es así, al menos si se pretende que una *preferencia moral* sea susceptible de «concretarse» en una *regla jurídica* y pueda llegar a ser aplicada a un caso particular por un juez; pero no necesariamente tiene que ser de esta manera en la relación abstracta de identificación del contenido valorativo de un principio. Es entonces a partir de la regla como puede considerarse que la penetración de lo axiológico en lo deontológico no puede ser ni aleatoria ni indiscriminada —ni decidida por las convicciones morales particulares del operador jurídico como participante en una argumentación—, sino que debe atenerse al contexto jurídico determinado por el ordenamiento en su conjunto⁵. Los límites y requisitos a los que ha de ajustarse la regla jurídica resultante constituyen la garantía de que el ámbito de la *aplicación* del derecho no se funda con el ámbito de la *creación* del mismo.

Si el nivel de los principios es la garantía de la pretensión de corrección, es solamente porque ellos transmiten al ordenamiento el mensaje moral del nivel de los valores, pero ese mensaje no viene vertido en normas. Los principios son los operadores de traducción a términos deontológicos de una *preferencia axiológica por lo mejor* (con contenido jurídica, moral y políticamente deseable). Pero ello no significa que esos dos niveles de la razón práctica se superpongan en todo momento, ni que se impliquen mutua y necesariamente. Lo que en el nivel de los valores puede ser considerado como *bueno*, en el de las normas puede ser sumamente inconveniente, o incluso, indebido; y lo que en el ámbito normativo principal puede parecer *debido* o digno de aplicación, desde un punto de vista axiológico puede ser considerado censurable y hasta aberrante.

⁵ Hablar de «reglas» es hablar de *voluntad*, es hablar de *poder* (jurídico-institucional, si son reglas de derecho, pero al fin y al cabo, poder). La relación entre normas (en este caso normas principales) y valores es una relación de poder, pues es a través de éste como se puede pasar de lo «preferido como bueno» a «lo debido» u obligatorio. La cuestión aquí es que para los ICD el acento se pone en la justificación racional de ese poder, y yo sostengo que la *equiparación entre principios y valores* no constituye justificación alguna.

Según lo anterior, creo que hablar de «vinculación» entre valores y principios es hablar de un *caso especial* de la vinculación entre moral y derecho; y en ese sentido, significaría establecer entre los dos términos una relación abstracta⁶. Aunque, si se quiere que esta relación se materialice en decisiones jurídicas concretas, hace falta incluir en ella el concepto de regla. Pero si lo que se pretende con la idea de vinculación es equiparar los valores a las normas, se estaría excluyendo uno de los tres términos de esta articulación. Y es que el término «vinculación» sugiere la idea de *permanencia*, como si el principio y el valor se movieran y mantuvieran juntos; como si el valor de la igualdad —por ejemplo— estuviese anejo al principio jurídico-constitucional de igualdad. Pero en realidad no ocurre así: para ponderar entre principios opuestos el operador jurídico podría recurrir a los valores más disímiles; nada le exige que, en los casos particulares, para determinar el «óptimo» grado de prevalencia del *principio de igualdad* tenga que recurrir necesariamente al *valor de la igualdad*, y, ni siquiera preferentemente a él. El juez, puede decidir apoyándose en otros valores de su paradigma de preferencia moral que resulten relevantes al caso concreto. Con esto quiero decir que la noción de «vinculación» tiene el problema de sugerir la idea de *correspondencia* y de *permanencia*, como si cada vez que se invoque un principio constitucional dado se estuviera invocando con él un acervo axiológico que le pertenece. Si, como aquí sostengo, la pretendida vinculación entre principios y valores es para la teoría de la argumentación jurídica un *caso especial* de la vinculación entre derecho y moral, mi propuesta se dirige a que la relación entre ambos se plantee no en términos de una vinculación dada (o necesaria), sino de una «articulación posible». Creo que el concepto kantiano de «**posibilidad**» puede ser aquí bastante más adecuado que otros de los que se sirve la doctrina, tanto en este tema como en el más general de las relaciones entre el derecho y la Moral⁷.

Sería muy fácil indagar cuántos principios constitucionales (o iusfundamentales⁸) rigen dentro de un sistema jurídico, pero ¿sería igual de fácil decir en cuáles valores se inspira éste realmente? Y no me refiero a los intentos estipulativos de algunas Constituciones con los llamados «Valores Superiores» que —a pesar de su nombre— continúan siendo unas normas con forma de principio con pretensión teleológica⁹. Lo que la doctrina suele llamar valores jurídicos son, por regla general, una suerte de

⁶ Aquí habría que recordar que, así como al hablar de «bueno» no necesariamente se hace referencia a «bueno en sentido moral», hablar de «valores» no es sinónimo de hablar de moral; los valores morales son sólo uno de los muchos tipos de posiciones axiológicas posibles. Pero para quien asuma el discurso del ICD, la dimensión moral de la axiología es la que resulta privilegiada con respecto a cualquier otra.

⁷ Por detrás de la interpretación más difundida de la ética kantiana en clave deontológica, hay que tener en cuenta que la pregunta recurrente de KANT es: ¿cómo es posible? Sin embargo, la indagación por la «posibilidad» generalmente pasa desapercibida ante la indagación por el «deber» que se desprende de centrar la atención en el *imperativo categórico*, poniendo en segundo lugar el sustrato en el que éste puede ser exigible: la libertad individual y la autonomía de la voluntad que son condición de la posibilidad de exigencia del imperativo.

⁸ Esta observación no sería aceptada por aquella vertiente del positivismo jurídico actual que sostiene que la diferencia entre principios y reglas es meramente *aplicativa*, esto es, que una norma es un principio si el operador jurídico toma una *decisión técnico-moral* de someterla a ponderación. En este sentido, las tesis de Juan Antonio García Amado resultan reveladoras. Según éstas, no sería posible saber cuántos principios existen efectivamente en un sistema jurídico, pues casi todas las normas, en función de cómo sean aplicadas, tendrán la virtualidad de ser convertidas en principios. J. A. GARCÍA AMADO, «Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico, un análisis (parcial) de la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy», en *Principios jurídicos, análisis y crítica*, en R. LETELIER, F. CARBONELL y R. COLOMA (eds.), *Legalpublishing*.

⁹ J. D. ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos*, Parte I, 233-241.

valores morales que resultan jurídicamente relevantes, «de manera habitual», para los casos concretos o para la «justificación habitual» del sistema jurídico-político. Pero la habitualidad de esa relevancia tiene que ver más con la formulación tan general con la que nos los representamos que con una pretendida *correspondencia justificativa necesaria* entre los niveles deontológico y axiológico. En el caso de valores como justicia, libertad, igualdad, o dignidad humana, sería muy extraño que todas las posibles colisiones de principios no tuvieran que ver con alguno o con varios de ellos. Pues, como se ha venido diciendo aquí, los valores constituyen el «paradigma para preferir lo mejor» en cada caso, y, por ello, es una ficción hablar de ellos como un orden o jerarquía dada de una vez por todas. Pues ese orden no es *a priori*, es más bien una «jerarquía móvil y *ad-hoc*». Lo que suele suceder es que cuando se recurre a los valores con ánimo de justificar —de un modo reconstructivo— decisiones ya tomadas, la decisión suele presentarse como adecuada a una supuesta jerarquía axiológica previa (de origen doctrinario), en la que el caso puede enmarcarse¹⁰. En suma, las regularidades en las decisiones prácticas —el hecho de decidir en casos similares con base en la misma ordenación del paradigma de preferencia— son una forma de estabilización de la conciencia moral. De tal modo, lo que solemos llamar «jerarquías de valores» no tienen nada de normativo, no son más que regularidades fácticas; sumas de casos que no instauran un orden de preferencia fijo.

Concebir los valores como normas —aparte de pasar por alto su naturaleza axiológica— hace innecesaria la presencia del principio, puesto que la esencia de este último se manifiesta en su objetivo, a saber: concretar el contenido axiológico de valores jurídicamente relevantes (en un momento dado y para un caso determinado) en una regla jurídica aplicable en una situación concreta. Por ese motivo, la equiparación entre valores y principios que llevan a cabo las teorías principialistas —como el ICD— tiene la paradójica virtualidad de atentar contra los propios principios, o, por lo menos, de desfavorecer la función para la que ellos fueron diseñados. Entre otras cosas porque la apelación a valores tiene mayor fuerza persuasiva en nuestras sociedades que la apelación a principios.

ARGUMENTO 2

Con su teoría del derecho, R. ALEXY diseña un «isomorfismo estructural» entre el modelo de los valores y el modelo de los principios con el objeto de asimilar ambos conceptos prácticos a la noción de normas susceptibles de ser ponderadas.

Con este segundo argumento me referiré a una teoría de la argumentación particular, la del alemán R. ALEXY, quien se ocupa de este punto de manera expresa, cuando intenta establecer los fundamentos de la ponderación de principios iusfundamentales. La ventaja que tiene tomar la construcción alexyana como referencia es que este autor hace un importante esfuerzo de sistematización teórica (también calificado por algunos como «manía clasificatoria alemana») en el que quedan reflejados muchos aspectos que en otros autores ICD simplemente resultan supuestos, o que terminan por hacer

¹⁰ La idea justificativa de *jerarquía de valores* es bastante parecida —aunque en el ámbito moral— a la idea de «subsunción» defendida por los positivistas para la aplicación en el ámbito jurídico-normativo.

suyos sin una reflexión suficiente. Si bien es cierto que, ni todos los teóricos de la argumentación van a la grupa de ALEXY ni todos los llamados neoconstitucionalistas comparten enteramente sus tesis, sí se puede decir que en éste aspecto el cognoscitivismo ético del profesor de Kiel resulta paradigmático de la posición metaética que mantienen los objetivistas morales.

ALEXY parte de la base de una evidente vinculación entre los principios y los valores, pero, como intentaré mostrar, esta evidencia parece circunscribirse al ámbito de las expresiones lingüísticas que hacen referencia a ambas posiciones, y no a su aspecto conceptual. El profesor de Kiel funda la «evidencia» de esta vinculación en el hecho de que, al igual que se puede hablar de colisiones y/o ponderaciones de principios, también cabe hacerlo de colisiones y/o ponderaciones de valores. Asimismo se puede verificar una equivalencia entre la *realización* de estos y el *cumplimiento* de aquellos. De esta suerte, el Tribunal Constitucional bien podría —y de hecho lo hace— reformular los enunciados sobre los principios que son relevantes para los casos que llegan a su conocimiento en enunciados sobre valores sin pérdida de contenido¹¹. Las razones que ALEXY cita como fundamento para esta transposición entre valores y principios se refieren a la práctica jurídica; pero podrían resultar un poco engañosas, ya que prescinden del aspecto «conceptual» de ambos modelos, ateniéndose sólo a las características externas de los valores y los principios en relación con otros valores o principios, según sea el caso.

El autor acepta que la diferencia entre el modelo de valores y el de principios radica en su diversa naturaleza dentro de la categoría de los «conceptos prácticos», esto es, que pertenecen a diferentes dimensiones de la racionalidad práctica. Y aunque decir esto ya es decir mucho, ALEXY —parapetado en la unidad del razonamiento práctico— no le da mayor vuelo a esta cuestión. Recurre a la clasificación de los conceptos prácticos realizada por G. H. VON WRIGHT, en la que éstos aparecen agrupados en tres clases: conceptos *antropológicos*, *deontológicos* y *axiológicos*¹². Respecto a los primeros, en los que no me detendré en este momento, habría que decir que por ser todos aquellos referidos a la voluntad, interés, necesidad, decisión y acción, son frecuentemente utilizados para caracterizar los objetos de la ponderación¹³. Los conceptos *deontológicos* son aquellos que en su formulación encarnan un mandato, permisón, prohibición o derecho a algo, y se supone que son reductibles a la noción deóntica fundamental de *deber ser*. Por su parte, los conceptos *axiológicos* se caracterizan porque no vienen referidos a lo que debería ser, sino que se circunscriben al ámbito de *lo bueno* o de *lo mejor* y a sus diferentes manifestaciones (no necesariamente morales). La variedad de los conceptos axiológicos resulta de la variedad de los criterios de acuerdo con los cuales algo puede ser calificado como *bueno*¹⁴.

¹¹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. GARZÓN VALDEZ, Colección el derecho y la justicia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, 138.

¹² Estos tres grupos de conceptos conforman el marco dentro del que se mueven las polémicas básicas de la filosofía práctica y las discusiones jurisprudenciales.

¹³ ALEXY cita como ejemplo una serie de pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que los conceptos antropológicos son usados de manera más recurrente que los axiológicos y deontológicos, *ibid.*, 140.

¹⁴ R. ALEXY, *Teoría De los derechos fundamentales*, *op. cit.*, 140. Aunque ALEXY no entre en estas precisiones, ha de tenerse en cuenta que para G. H. VON WRIGHT la axiología no está referida exclusivamente —y ni siquiera preferentemente— al ámbito de la moral. «La bondad *moral* no es una forma de lo bueno a la

Si nos basamos en una comprensión de los principios constitucionales como mandatos (mandatos de optimización), tenemos que éstos forman parte del campo deontológico, mientras que los valores, por su naturaleza de «paradigma para preferir lo mejor» (o lo bueno), pertenecerían al campo de lo axiológico. A primera vista, el hecho de que el ámbito jurídico se ocupe de *lo debido* haría preferir el modelo de principios sobre el de valores. De cualquier modo, el hecho de acreditar la pertenencia de los valores a un ámbito de la razón práctica no implica ninguna caracterización de los mismos; y cuando ALEXY manifiesta expresamente su intención de intentarla se pierde en una maraña de categorizaciones en el uso del vocablo «valor», que hacen pensar que más que en una precisión analítica está interesado en fijar una *opción semántica* capaz de ser integrada en el concepto de «norma»¹⁵.

De manera bastante hábil, el autor va reconduciendo las dos figuras, *principio* y *valor*, a un terreno metodológico común: el de la ponderación. Pero como este mecanismo es referido a «normas» con una determinada estructura, ALEXY se pone a la tarea de urdir lo que llamaré «isomorfismo estructural entre el nivel de los principios y el nivel de los valores». La idea central de esta estrategia parece ser lograr una caracterización tan similar de ambas esferas de la razón práctica que no quede más remedio que concluir que la axiológica es el necesario correlato de la deontológica, y, aunque cada una se sitúe en un ámbito diferente de la racionalidad práctica, ambas tendrían en el razonamiento jurídico su natural lugar de encuentro (o de confusión). Se legitima de esta manera el «hecho» (bastante frecuente) de que la ponderación tenga lugar sin red normativa, es decir, que lo que el juez utilice como material ponderable en sus decisiones jurídicas sean sus «valores morales relevantes» al caso, y no las «normas jurídicas aplicables» al mismo, y luego presente una serie de argumentos justificatorios para la regla que surge de tal ponderación.

Como una maniobra para ampliar el campo de acción de su método de ponderación, sostiene que «la aplicación de criterios de valoración (valores) entre los cuales hay que ponderar responde a la aplicación de principios»¹⁶. Así, si nos ubicamos en el ámbito de la ponderación, se nos permitirá movernos de lo valorativo a lo jurídico-normativo con toda la libertad que nos permita este método que les es común a los dos

par que ciertas otras formas básicas de ella; el llamado sentido moral de «bueno» es un sentido derivativo o secundario». De los diferentes sentidos de «lo bueno» surge el título de la obra de G. H. VON WRIGHT, *The Varieties of Goodness* (1963). Versión castellana: *La diversidad de lo bueno*, D. GONZÁLEZ LAGIER y V. ROCA (trads.), Marcial Pons, 2010. En este sentido *vid.* también FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía, «voz: Bien»*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, 337 y ss.

¹⁵ De manera similar a lo ocurrido con el concepto de norma, ALEXY, que a lo largo de toda su *Teoría de la argumentación jurídica* asumió el lenguaje como una cuestión de actos de habla, resaltando su aspecto «pragmático», llegados a la *Teoría de los derechos fundamentales* parece cambiar radicalmente la orientación de su discurso hacia el aspecto «semántico», sin dar razón de ello. Me aventuro a sostener que este cambio se debe a que desde una perspectiva pragmática no es posible diferenciar entre principios y reglas —pues ambos son actos de habla regulativos—, por lo que recurre al aspecto del significado para poder apuntalar dicha distinción que es capital para su teoría del derecho. Este tema se desarrolla con detalle en mi tesis doctoral aún inédita. *Vid.* J. D. ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos*, Parte III, 213-234.

¹⁶ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, 144. De aquí que ALEXY dé idéntico tratamiento al modelo de valores y al de principios con el objeto de crear un *isomorfismo* entre ambos, permitiendo pasar de un nivel a otro con gran facilidad. Recurso éste que no deja de parecer un poco artificioso si nos situamos en el terreno moral, donde *lo debido* y *lo mejor* no tienen por qué coincidir. *Vid.* J. D. ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos*, Parte III, *op. cit.*, 235-247.

terrenos. La teoría alexyana permite utilizar la misma romana con el mismo pilón para pesar objetos con magnitudes muy distintas. Considero que es desde aquí desde donde ALEXY pretende derivar artificiosamente un *isomorfismo* entre el modelo de los valores y el de los principios, a los que configura como idénticos estructuralmente, englobándolos a ambos bajo el concepto semántico de «norma».

El profesor alemán trata de apuntalar esta identidad estructural reservando la categoría de los «criterios de valoración» (o sea de los valores) sólo para aquellos criterios susceptibles de ser sopesados, mientras que aquellos que no puedan sopesarse —es decir, aquellos cuya aplicación excluya la ponderación¹⁷— serán tratados en el nivel axiológico de idéntica manera que en el deontológico son tratadas las reglas (*aut-aut*). A estos últimos ALEXY los llama «reglas de valoración». Así se completaría el esquema: las normas jurídicas del nivel deontológico, con su estructura *reglas/principios*, serían la traducción exacta de las «normas axiológicas» y su estructura análoga de *reglas de valoración/criterios de valoración (valores)*¹⁸.

Esto significa que la distinción entre reglas y principios es predicable en la teoría de ALEXY tanto del nivel axiológico como del deontológico. Con este isomorfismo se asegura el autor un salvoconducto argumentativo para poder pasar de un nivel a otro con la mayor facilidad. Pero este salto tiene también una cara oscura, puesto que se estaría tentado a suponer que de la identidad *estructural y metodológica* también puede desprenderse una identidad en el resultado de las valoraciones axiológicas y las ponderaciones de principios constitucionales. Sostengo que esta posición puede llegar a generar problemas en términos de la legitimidad real de las decisiones jurídicas, ya que «lo mejor» y «lo debido» no tienen por qué coincidir necesariamente.

Como suele hacer en todos sus escritos, ALEXY ejemplifica sus complejas tesis mediante situaciones sencillas y cotidianas; en este caso utiliza la valoración del nivel de seguridad de un coche. La sencillez de este ejemplo permite comprender fácilmente la cuestión; el único problema es que lo que funciona impecablemente con automóviles o cosas por el estilo no es igualmente válido para las relaciones derecho/Moral, que es a lo que ALEXY finalmente pretende llegar¹⁹. Pero además es claro que lo que funciona para el derecho no necesariamente funciona en la moral. Entiendo que cualquier ICD que salga en defensa de esta posición puede argüir la tesis de la *unidad del razonamiento práctico*, sin embargo, para sostener que el discurso jurídico es un *caso especial* del discurso práctico general debe subsistir alguna «especialidad» que diferencie a éste de aquél, y esa especialidad se diluye en el isomorfismo al que me refiero.

¹⁷ Un criterio excluye la posibilidad de la ponderación cuando se dice expresamente que algo es *bueno* si cumple determinadas características fijadas previamente en una decisión. Es lo que HARE llamaría los juicios concretos de valoración. R. M. HARE, *El lenguaje de la moral*, G. CARRIÓ y E. RABOSI (trads.), México, Universidad Autónoma de México, 1975, 117-133.

¹⁸ R. ALEXY, *Teoría De la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, M. ATIENZA e I. ESPEJO (trads.), Madrid, Colección el derecho y la justicia, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 145.

¹⁹ Considero que los ejemplos de ALEXY y HARE de los criterios de valoración de acuerdo a los cuales un automóvil puede ser calificado como «bueno», puede funcionar en el campo de la lógica, en donde las proposiciones, sean jurídicas o no, tienen una forma lingüística similar; pero no es así en el campo de las decisiones jurídicas, donde las proposiciones tocan, a la vez, con los derechos fundamentales de las personas.

Se puede entender con facilidad que en el ámbito jurídico una regla funcione del modo *aut-aut*, porque hay otra regla superior (con carácter de meta-regla) que así lo prevé. Pero en el terreno de la axiología, y particularmente de la axiología moral, ¿qué meta-regla podemos encontrar? La única posibilidad es la de una meta-regla impuesta (o supuesta) por un *poder moral superior* que determinara cuáles reglas de valoración hay que aplicar. Creo que estaría de más advertir sobre los riesgos que acarrea obrar bajo el presupuesto de la existencia de tal *poder*. Sería preferible permitir que se rompiera el isomorfismo teórico creado para justificar el salto de un nivel a otro a través de ése «trampolín metodológico» en que se convierte la ponderación.

Generalmente, en todas las situaciones iusfundamentalmente relevantes se presenta una incompatibilidad entre dos o más criterios de valoración, a ninguno de los cuales es posible renunciar; ante la imposibilidad de una decisión basada en la metrificacón sólo queda ponderar. Ello significa que una situación que, según uno de los criterios en juego, es calificada como «buena» o «la mejor», únicamente puede serlo *prima facie*; y cuál sea definitivamente *la mejor situación* es algo que sólo puede obtenerse como resultado de una valoración total, en la que entren a sopesarse todos los criterios relevantes (y vigentes) de valoración²⁰. En esa medida, lo que ALEXY parece querer significar con las reglas de valoración sólo podría comprenderse en el ámbito de los valores morales como *reglas prima facie*, cuya naturaleza de reglas se pierde ante la introducción de otra regla o criterio.

De cualquier modo, ALEXY advierte, marginalmente, que la terminología que utiliza es sólo un intento sistemático de dar nombre a fenómenos de los que no puede predicarse un sentido generalmente aceptado, dada la pluralidad de usos del lenguaje²¹. Mi circunspección al respecto se refiere a que, en una teoría eminentemente lingüística como ésta, el uso de los términos no puede obedecer sólo a consideraciones sistemáticas, porque la asignación de significados va haciendo carrera; y en mayor medida si se circunscribe una concepción semántica de las normas. Lo que cabría preguntarse a propósito de esta concepción de la significación normativa es si el isomorfismo que ALEXY construye entre los modelos de principios y de valores —aceptado de lleno por la corriente ICD— opera igual en el nivel de los enunciados normativos que en el nivel de las normas. Porque, como puse de relieve antes, todo parece indicar que esta equiparación doctrinal de las dos figuras prescinde del aspecto conceptual en favor del aspecto técnico o el uso emotivo del lenguaje. No se puede olvidar que cuando ALEXY habla de principios —aparte de referirse a normas con una configuración técnica definida— se está refiriendo también a principios de derecho fundamental, lo que hace que su argumentación goce de una fuerte carga emotiva. Y ante quién argumenta aprovechando la emotividad de los derechos u otros grandes ideales no hay nada mejor que el análisis conceptual²².

²⁰ *Ibid.*, 147.

²¹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., 145 (nota 175).

²² M. ATIENZA, *La guerra de las falacias*, Alicante, Librería Compás, 1999, 54.

ARGUMENTO 3

Es necesario advertir de los riesgos que entraña la confusión entre la argumentación de principios jurídico-positivos y la argumentación de valores morales. Advertencia que podría ayudar a evitar que la corriente de pensamiento ICD se convierta en un expediente teórico que habilite al juez, en sus razonamientos jurídicos, para regatear entre la moral positiva (contenida en los principios jurídicos) y la positivación de la moral (resultante de asimilar los valores morales a normas).

Según lo anterior, el modelo de valores y el modelo de principios son para ALEXY estructuralmente idénticos, reduciéndose la diferencia entre ambos a un solo punto —que aunque él pretenda minimizar tiene implicaciones de gran alcance—, y es que principios y valores se distinguen «sólo» por su carácter deontológico y axiológico respectivamente. Ello quiere decir que lo que en el modelo de los valores es «*prima facie* lo mejor» en el de los principios es «*prima facie* lo debido», y lo que en el modelo de valores es «definitivamente lo mejor», en el de los principios es «definitivamente lo debido». No existe entonces —según el autor— dificultad alguna en «pasar» de la constatación de que una determinada solución es *la mejor* desde el punto de vista del derecho constitucional, a la constatación de que ella es *la debida* iusconstitucionalmente²³.

Si se tiene en cuenta que para ALEXY, y para los defensores de la versión discursiva de la ética normativa, «lo mejor» hace referencia a un *mejor de carácter normativo*, entonces, lo *mejor* desde el punto de vista del derecho constitucional será automáticamente convertido en lo *debido* iusconstitucionalmente, pues la *asimetría práctica* —el mayor escollo de esta conversión— ya estaría solucionada en los presupuestos de la teoría. En este trabajo se sostiene que la aceptación de esta conversión es un *presupuesto* del objetivismo moral que hace posible que en las argumentaciones jurídicas se parta indiferentemente de un modelo de valores o un modelo de principios.

El autor recurre a algunos casos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal para apoyar estas afirmaciones; pronunciamientos de esos que, por su pedagógica configuración, le sirven para explicar varios fenómenos iusfundamentales²⁴. Aquí la finalidad de ALEXY es demostrar que el Tribunal en algunas ocasiones argumenta utilizando de manera intercambiable expresiones sobre valores o principios, y viceversa, sin modificar por esto el sentido de cualquiera de las partes de la sentencia²⁵. A mi juicio, la estrategia aquí se presenta bastante engañosa, pues si recurrir al uso impreciso de las expresiones problemáticas por parte de los órganos jurisdiccionales constituyera prueba teórica de algo, con ello se podría probar casi cualquier cosa. Al respecto, sólo quisiera puntualizar que las sentencias de las que echa mano ALEXY para ejemplificar

²³ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.*, 147.

²⁴ El caso del semanario *Der Spiegel* (BVerfGE. 20, 162); la resolución sobre la duración de la prisión preventiva (BVerfGE. 36, 264). En ellos el Tribunal pasa fácilmente de una argumentación sobre principios a una argumentación sobre valores y viceversa.

²⁵ *Ibid.*, 139. Para establecer alguna claridad el autor emplea la palabra «conflicto» para referirse a la situación en la cual dos valores se encuentran en pugna, reservando el término «colisión» para el mismo fenómeno en los principios. Aunque no es fácil establecer que siempre use estos vocablos en tal sentido, al menos es un intento pedagógico de discernir los dos niveles.

el uso intercambiable de expresiones axiológicas y deontológicas corresponden a una etapa del Tribunal Constitucional Federal en la que se recurrió a este tipo de argumentación con suma liviandad. Y es que aún no se habían solucionado todos los problemas conceptuales que acarrea la comprensión del catálogo de los derechos fundamentales como un *orden objetivo de valor*²⁶. Es decir, que son pronunciamientos de transición con respecto a la etapa conocida como «jurisprudencia de los valores»²⁷.

Ahora bien, según ALEXY, para escoger el modelo de referencia para el razonamiento jurídico habría que tener en cuenta ciertas circunstancias: que el derecho de lo que se ocupa es de lo *debido* y no de lo *bueno*, que el nivel de los principios expresa ese carácter de deber-ser que se predica de lo jurídico, y además, que el nivel de los principios se presta menos a equívocos y falsas interpretaciones que el nivel de los valores. Por estas tres circunstancias el autor propone preferir el modelo deontológico que permiten los principios, y con el cual se estaría más cerca del ámbito del *deber-ser* que es el propio del derecho. Sin embargo, cabe suponer que esa opción es un recurso argumental al servicio de la lógica; porque la manera en que se configura la correspondencia estructural de los conceptos de principio y valor parece provenir de una exigencia de los enunciados prácticos para su formalización.

Las relaciones de la teoría de ALEXY con la lógica siempre han sido harto complejas. Por un lado, es innegable que la *tesis de la pretensión de corrección* significa rodear el problema de la verdad y la falsedad —frente al que surgió la lógica deóntica—, y en esa medida la teoría del discurso podría prescindir de muchas de las implicaciones lógicas del análisis de las proposiciones jurídicas; máxime cuando el mecanismo de aplicación que propone la teoría alexyana se presenta como alternativa (en los llamados casos difíciles) al mecanismo que tradicionalmente había alentado la lógica subsuntiva. Pero, por otro lado, la obra del profesor alemán surge en un escenario fuertemente dominado por la filosofía analítica, donde los estudios lógicos tienen un papel preponderante. Esa tensión explica que en ocasiones el maestro alemán eche mano de reflexiones propias de reputados autores del campo de la lógica como EDWARDS, FRANKENA, o VON WRIGHT. Aún así, no deja de sorprender un tanto que la posición de Alexy al respecto del tema que nos ocupa termine siendo tan similar a la del mayor exponente del «prescriptivismo», el autor inglés R. MERVIN HARE, para quien la ética no es otra cosa que el estudio lógico del lenguaje moral²⁸. La similitud a la que aludo

²⁶ Sobre los problemas conceptuales de comprender a los derechos fundamentales como decisiones axiológicas *vid.* J. D. ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos*, Parte I, 187-210.

²⁷ La llamada «jurisprudencia de los valores» es aquella etapa del Tribunal Constitucional Federal Alemán en la que el conjunto de los derechos fundamentales de la Constitución alemana pasan a ser interpretados como un «orden objetivo de valor» con validez para todos los ámbitos del derecho. Esta etapa estuvo marcada por una serie de sentencias en las que el tribunal revisaba varias situaciones originadas en el régimen nacional-socialista. Sin embargo, el pronunciamiento culminante de esta época lo constituye el famoso «Caso Lüth», que es con el que realmente se puede comenzar a hablar del *razonamiento jurídico-principial* como un *razonamiento moral-valorativo*. Aunque el Tribunal recogió las velas de estas interpretaciones ante la lluvia de críticas de los más autorizados constitucionalistas, la jurisprudencia de los valores se convirtió en la puerta que abrió el razonamiento jurídico real a esta equiparación entre principios iusfundamentales y valores. La teoría de la argumentación de Alexy adquirió una importancia inusitada, llenando un vacío práctico de la judicatura constitucional, pues aunque también contenía muchos elementos de esa equiparación, su formulación técnica ayudó a darles a los mismos un aspecto racional.

²⁸ Esa es la idea que se articula desde el prefacio hasta la última línea la obra más conocida de este autor, R. M. HARE, *El lenguaje de la moral*, *op. cit.*, 6.

surge de que HARE, al efectuar por separado el análisis de los términos imperativos y los términos valorativos (*Value-words*), concluye que los juicios morales tienen relaciones de implicación con los imperativos²⁹. O lo que es lo mismo: que los juicios de valor necesariamente *implican* normas.

Desde su *Teoría de la argumentación jurídica*, ALEXY se había mostrado atraído por la idea de HARE de que en la gran mayoría de los casos pueden calificarse como juicios de valor tanto las proposiciones del tipo «X es bueno», como las del tipo «X se debe hacer»³⁰. Para el filósofo de Oxford la diferencia entre este tipo de proposiciones no pasaría de ser una mera cuestión terminológica, puesto que la función básica de los juicios morales es la orientación de la conducta³¹. En ese sentido, la verdadera distinción en el análisis del lenguaje moral se da entre dos significados, el *descriptivo* y el *valorativo*, puesto que dentro de este último queda comprendido —por implicación— el significado prescriptivo (solución equivalente a la que se revisaba antes a propósito de la ética normativa). Ello se explica porque, para HARE, la posibilidad de racionalidad del discurso moral depende del principio de *universalización*, al que se suma el principio de *prescriptividad*³². Lo esencial de la argumentación moral no es entonces la deducción de juicios singulares a partir de principios, sino la aceptabilidad de sus consecuencias lógicas, dentro de las cuales se cuentan la formulación de las normas imperativas implicadas en los juicios de valor³³.

Esta visión de la moral, en función de la formalización, debilita la distinción conceptual entre lo *bueno* y lo *debido*, entre la *recomendación* y el *imperativo*, entre la *preferencia* y el *deber*. Los valores pasan a ser así otro tipo de normas (con aspecto de pauta o criterio según ALEXY), y los contenidos de la axiología involucran en contenidos normativos. En consonancia con estos estudios de la vertiente lógica de la metaética, el afán de ALEXY es elaborar una explicación estructural de las posiciones iusfundamentales capaz de funcionar dentro de su modelo procedimental de argumentación racional. Así, su interés se circunscribe a la búsqueda de una identidad en la estructura formal —un *isomorfismo* como lo llamo aquí— de los niveles axiológico y deontológico, sin preocuparse por el específico contenido material de los dos diferentes tipos de proposiciones, que él supone como «normas». Sin embargo, el contrasentido en esta deliberada omisión es que el objetivo último del autor viene siendo el de proporcionar

²⁹ A partir del análisis de los términos «bueno» y «deber», inflando sus apreciables semejanzas, HARE construye la base de su imperativismo, a saber, que los juicios de valor (como guías para actuar) implican imperativos: «Para guiar elecciones y acciones un juicio moral tiene que ser tal que si una persona asiente a él, tiene que asentir también a una oración imperativa derivable de dicho juicio»... «Así, decir que los juicios morales guían acciones y decir que implican imperativos, viene a ser en gran medida lo mismo», R. M. HARE, *op. cit.*, 161 y ss., especialmente 168-169.

³⁰ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, 74 (nota 134).

³¹ Para HARE, que construye su teoría prescriptivista al margen de AUSTIN, esta función de guía de la conducta de los juicios morales puede realizarse mediante tipos de actos de habla completamente distintos. R. M. HARE, *Freedom and Reason*, 70, cit. por ALEXY, *Teoría de la argumentación*, 78.

³² R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, 83.

³³ Aquí cabe ver una diferencia con ALEXY, puesto que la racionalidad de un juicio moral no depende de la justificación, sino de la aceptabilidad de las consecuencias lógicas, entre otras cosas porque las decisiones morales no pueden ser objeto de una justificación completa, en la medida en que siempre se terminará llegando en el proceso justificatorio a la *forma de vida*. Y según HARE —en clara consonancia con WITTGENSTEIN— una forma de vida no es susceptible de justificarse, uno solo puede adoptarla o no, e intentar vivir según ella. *Ibid.*, 90.

herramientas a la argumentación con miras a la aplicación de los derechos fundamentales; y si hablamos de aplicación, el contenido material de las normas no puede ser pasado por alto ¿Qué es aplicado sino un contenido normativo?

Teniendo en cuenta el *isomorfismo alexyano* de los ámbitos deontológico y axiológico, puede entenderse que el autor mantiene la «equiparación entre principios y valores» a partir del ejercicio de la argumentación jurídica. En otras palabras, aunque ALEXY considere que se trata de dos categorías diversas de la razón práctica, no ve ninguna diferencia sustancial en argumentar jurídicamente desde una u otra. A mi juicio, equiparar —aunque no identificar— lo axiológico con lo deontológico tiene la consecuencia de romper el frágil dique que separa el contenido *indeterminado* (aunque determinable) del principio y el contenido *impredictible* del valor³⁴.

En acento principal de estas páginas ha de ponerse en la advertencia de los riesgos que entraña esta confusión entre la argumentación de principios jurídico-positivos y la argumentación de valores morales. La primera, por basarse en la *moral legalizada* (incluida en normas positivas), tiene detrás suyo un acervo doctrinal y práctico-jurídico que disciplina su aplicación, mientras que la segunda es una espita abierta a la *legalización de la moral* que carece de él. Esto es, que el juez en sus razonamientos jurídicos queda teóricamente autorizado para regatear entre la *moral positiva* y la *positivación de la moral*. Sin embargo, para los autores ICD, no hay nada que advertir al respecto, pues ellos gustan de repetir orgullosos que «la función censora de la moralidad expresada en los valores resulta fundida dentro del derecho». Considero esta afirmación éticamente indeseable y además peligrosa. Y es que aunque esta equiparación procedimental de dos esferas argumentativas diferentes tenga la noble pretensión de poner en marcha un progresivo reforzamiento moral de los contenidos del derecho (entendido como discurso), su peligro radica en que con ello pone en marcha también una progresiva juridificación de los procedimientos de decisión en materia moral. Unos procedimientos regidos por una idea de justificación basada en el cumplimiento de una serie de reglas técnicas. De esta suerte, el reforzamiento moral del derecho es correlativamente un debilitamiento jurídico de la moral; un menoscabo de la autonomía moral de los individuos³⁵.

Como ya se ha dicho, esta equiparación no es una particularidad exclusiva de la teoría alexyana, sino que se encuentra presente como punto de partida en toda la corriente argumentativa del derecho que abraza el cognoscitivism ético, pues sus autores confían en que el *criterio de la universalización* funcione de idéntica manera con las normas que con los valores. Ellos confían en la existencia de unos valores que se suponen racionales y «correctos» per se, y no, como se sostiene aquí, que ellos se tienen como tales sólo a partir de su justificación y sólo en el ámbito de referencia de esa justificación; en el contexto en que ella se practica. En el tema que nos ocupa, la labor explicativa de ALEXY sobre las diferencias entre principios y valores en el razonamiento jurídico está puesta al servicio de su teoría procedimental de la argumentación (y

³⁴ La terminología de *indeterminación e impredictibilidad* es utilizada por M. ARAGÓN REYES, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, Temas clave de la Constitución española, 1989, 92 y ss.

³⁵ En la Parte II de mi tesis doctoral analizo en extenso este proceso bidireccional, utilizando las metáforas de «impregnación moral del derecho» y de «infiltración del derecho en la Moral». Vid. J. D. ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos*, Parte II, capítulos 1 y 2.

específicamente dirigida a demostrar la posibilidad de ampliación moral de las pautas con las que se pondera), pero nada dice al respecto ni de las consecuencias que puede acarrear la *sustitución* de las argumentaciones jurídicas por las morales en el ámbito del derecho, ni de las consecuencias que pueden presentarse por la *suplantación* de los argumentos morales por argumentos jurídicos en el campo de la ética³⁶.

ARGUMENTO 4

La falacia cognoscitivista consiste en la reducción del «valer» al «deber» y la consecuente determinación del valor (moral) a través del deber (jurídico)

Como puede advertirse, no pretendo con este escrito dirigirme hacia las variadas proyecciones y desarrollos de las teorías de la argumentación jurídica, sino, por el contrario, retroceder hacia sus presupuestos más elementales, pues es desde allí desde donde se puede entender la función que los ICD asignan a los valores tanto en la fundamentación del derecho como en la justificación de las decisiones jurídicas. En ese camino inverso es hora de retroceder hasta un viejo pero irresoluto problema de las teorías éticas, problema sobre el cual la ética discursiva de cuño universalista ha tendido un conveniente velo analítico, que le ha permitido seguir de largo como si ya estuviese solucionado: me refiero al problema de la legitimidad lógica de sus conclusiones.

La particular articulación entre derecho aplicable, moralidad objetiva y racionalidad discursiva, propuesta por las teorías de la argumentación jurídica, termina resolviéndose en lo que se conoce como *cognoscitivism ético*. Esto es, la errónea idea de que los juicios de orden práctico (morales, jurídicos o políticos) son susceptibles de ser considerados verdaderos o falsos —de la misma manera que podrían serlo los juicios científicos— utilizando para ello la herramienta de la *pretensión de corrección*. En derecho, la postulación de la «verdad» —incluso si es entendida como corrección u objetividad mínima— de las proposiciones de valor se basa en su asimilación a las proposiciones normativas (supuestas normas morales que a través del razonamiento jurídico se convierten en deberes jurídicos). Lo que resulta aquí, entonces, es la obtención infundada del «deber-ser» a partir del «valer» (o, lo que es lo mismo, de las «normas» a partir de los «valores») y la correlativa determinación de los *valores morales* desde el ámbito de los *deberes jurídico-normativos*.

Considero que ambas operaciones (que en ocasiones adoptan la forma de una sola operación de ida y vuelta) llevadas a cabo por el cognoscitivism ético³⁷, constituyen

³⁶ Dentro de la ética del discurso quien más se ha dedicado a explicar —y defender— los efectos de la legalización de la moral y la moralización del derecho ha sido J. HABERMAS, pues su teoría del derecho está construida como un elemento coadyuvante para garantizar cierta exigibilidad de los mandatos morales. En este sentido *vid.* K. TOURI, *Ética discursiva y legitimidad del derecho*, en *Doxa 5, Revista de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante*, 1988, 48 y ss.

³⁷ El término «cognitivism» o «cognoscitivism» es bastante amplio e indeterminado; bajo él podríamos ubicar a una larga serie de doctrinas éticas que —cada una a su manera— intentan demostrar la posibilidad del conocimiento y la discusión racionales de las decisiones prácticas; algo con lo que muchos estaríamos esencialmente de acuerdo. Sin embargo, la forma de cognoscitivism a la que se refiere la falacia que aquí se explora es aquella que trata de alcanzar tal intención básica haciendo coincidir a la llamada *ética normativa* con el *objetivismo moral*; lo que no implica necesariamente que se trate de una teoría discursiva.

un «salto» sin justificación lógica entre el nivel axiológico y el deontológico de la racionalidad práctica; salto que puede ser representado de la manera más básica como una *falacia*. Es decir, un argumento o procedimiento argumental incorrecto, defectuoso u engañoso que, sin embargo, parece bueno: un argumento o procedimiento argumental aparente»³⁸. Esa condición de «apariencia» nos obliga a precavernos frente a la citada *falacia cognoscitivista*, que considero constitutiva de esta posición teórica; pues, en ocasiones, los presupuestos irreflexivos como éste, podrían dar lugar a confusiones o a manipulaciones más o menos deliberadas por parte de quienes pongan a jugar estas circunstancias teóricas poco claras a favor de intereses inicuos. Algo que desgraciadamente ha sucedido de manera recurrente en la historia de las ideas políticas y jurídicas. Y es que más allá del indispensable —pero restringido— ámbito de la lógica formal, los variados «usos de la razón» que intervienen en el ámbito del derecho hacen que las consecuencias sociales de esta impropia derivación puedan llegar ser de enorme relevancia.

A primera vista, la *falacia cognoscitivista* que aquí señalo podría parecer una reedición contemporánea de la «falacia naturalista» (el paso del «es» al «debe») denunciada por HUME y desarrollada por la filosofía moral subsiguiente³⁹. Sin embargo, aquí no se trataría de cuestionar los métodos del naturalismo por derivar conclusiones normativas de los meros hechos, sino los métodos de las éticas discursivas que pretenden hacer aparecer como si lo normativo se derivase de sí mismo, y esto porque previamente han operado una reducción de lo valorativo (o evaluativo) a lo normativo. La estrategia sería esencialmente la misma, denunciar una conclusión porque no se sigue de las premisas, o denunciar el paso de un nivel del lenguaje a otro sin tender antes un puente. La diferencia fundamental sería que aquí no hay un paso de lo *fáctico* a lo *debido*, sino una pirueta de ida y vuelta entre lo *valioso* y lo *debido*. Es decir, que la famosa reducción aquí no opera desde proposiciones descriptivas a proposiciones no-descriptivas, sino entre dos tipos diferentes de proposiciones no-descriptivas: las axiológicas y las deontológicas.

³⁸ J. MUGUERZA, «Prólogo» a *La Guerra de las Falacias*, de M. ATIENZA, Alicante, Librería Compás, 1999, VII.

³⁹ Aunque el rótulo de «falacia naturalista» es posterior, pues se lo debemos a MOORE, y no se puede desconocer que la intención de éste al acuñarlo no era tanto denunciar la inderivabilidad del *debe* a partir de *es*, sino demostrar la indefinibilidad de nociones simples e intuitivas como «bueno» —el concepto central de la ética—. Sin embargo, el aporte de este último a la fundamentación de la ética ha sido calificado como problemático; como un modo más complicado y menos convincente de decir aquello que ya resultaba claro desde la famosa formulación de HUME, que ha llegado a convertirse en el arquetipo de la popular falacia: «En todo sistema de moralidad de que haya tenido noticia, hasta ahora, he observado invariablemente que el autor procede durante cierto tiempo razonando a la usanza ordinaria (estableciendo por ejemplo la existencia de Dios o haciendo observaciones relativas a los asuntos humanos); pero, de pronto, me encuentro sorprendido al comprobar que, en lugar de las cópulas habituales «es» «no es», todas las proposiciones están conectadas con un «debe» o «no debe». El cambio es casi imperceptible, pero reviste, sin embargo, la máxima importancia. Porque dado que dicho «debe» expresa una relación de nuevo cuño, es menester tomar nota del mismo y explicarlo; y, al mismo tiempo, es necesario dar razón de algo que a primera vista resulta inconcebible: a saber, cómo aquella nueva relación pudo surgir por deducción a partir de otras de cuño enteramente diferente. Mas ya que los autores no toman de ordinario tales precauciones, me arrojaré la atribución de recomendárselas a sus lectores. Por mi parte, estoy persuadido de que un poco de atención en este punto acabaría por subvertir todos los sistemas de moralidad al uso. Haciéndonos ver que la distinción entre vicio y virtud, ni está basada meramente en relaciones de objetos, ni es percibida por la razón». D. HUME, *Traetise of Human Nature*, reprinted and edited L. A. Selby-Bigge, Oxford Clarendon Press, 469-470. Versión castellana *El tratado sobre la naturaleza humana*, traducción y estudio preliminar de F. DUQUE, Barcelona, Orbis, 1985. También *vid.* J. MUGUERZA, *La razón sin esperanza*, Madrid-México, CSIC y Plaza y Valdez editores, 2009, 85-86.

Soy consciente de que esta distinción hace bastante sutil la diferenciación, pudiendo por ello ser tachada de irrelevante. No obstante, es a partir ella que me atrevo a señalar por *falaz* la derivación entre dos tipos de enunciados, los directivos y los valorativos, pertenecientes a la misma «familia» de los enunciados no-descriptivos (aquellos no susceptibles de verdad o falsedad). También soy consciente de que considerar como «falacia» la derivación de normas a partir de valores y la determinación del contenido de los valores a partir de las normas implica de manera indirecta introducir —o por lo menos proponer— una distinción dentro de la propia familia de las proposiciones no-descriptivas.

Creo que revisar algunas de las notas básicas de la famosa *falacia naturalista* sería de utilidad aquí; aunque, como han puesto de presente muchos filósofos analíticos, la presentación estándar de la tan mentada falacia sea en extremo deductivista⁴⁰. Pues para que la exposición de la falacia muestre su cara más severa, el «es» debe entenderse como *fáctico*. Pero si esto significa que no se pueden derivar *normas* de los *hechos* ¿entonces de dónde? Los quebraderos de cabeza que desde hace ya dos siglos y medio viene generando la falacia naturalista afectan no sólo a los filósofos morales, sino también a los científicos sociales cuando se acercan al espinoso tema de la aplicación práctica de sus resultados teóricos⁴¹.

El proceso político cristaliza en el derecho positivo, y su fundamentación, interpretación y aplicación a los casos particulares de los individuos reales hace del ámbito jurídico *el* mejor banco de pruebas de la teoría social. Pero ¿cómo arrancar a la política y al derecho del irracionalismo si no es posible fundamentar propuestas prácticas en premisas científicas (fácticas)? Y si se admite que las ciencias sociales contengan premisas normativas y juicios de valor, ¿no se pone en entredicho su papel científico? Los problemas que suscita la aplicación a la política o al derecho de los pronósticos científicos o de la inspiración científica de los programas políticos, o de la llamada ciencia jurídica, siguen siendo un nudo desde el *punto de vista lógico*⁴². Es bastante llamativo que —como anotara POPPER— uno de los aspectos más importantes de la discusión ética desde hace tanto tiempo sea una cuestión de índole lógica: la imposibilidad de «derivar» reglas éticas no-tautológicas a partir de enunciados de hechos⁴³. Teniendo en cuenta que nos movemos en una falacia lógica, ese «derivar» al que nos referimos aquí habría de ser leído como «deducir»; esto es, que en una deducción la conclusión sólo puede tener lo que le transmitan las premisas. En ese orden de ideas, la extracción de conclusiones morales a partir de premisas fácticas es ilegítima (deductivamente hablando). De aquí la incómoda sensación que nos produce el no poder justificar nuestros principios morales mediante puras deducciones. La conciencia de dicha imposibilidad, junto con el deseo de conservar el carácter deductivo de la derivación

⁴⁰ Sin embargo, si uno se olvida de las matizaciones de K. POPPER y se fija detenidamente en las tesis de HUME, se dará cuenta de que es claro que él no hace ninguna diferencia entre la inducción y la deducción, ya que la suya no se trata de tesis lógica. El escocés contrapone lo ético a lo «cognoscitivo» (a lo racional si se quiere) y no a lo «fáctico», sin distinguir si la inderivabilidad del deber es inductiva o deductiva. *Vid.* J. L. DEL BARCO, «El “is-ought passage” y su evolución en el seno del neopositivismo», *Tbémata*, Universidad de Sevilla, núm. 1 1984, 17. De cualquier modo, hay que reconocer que la presentación lógica de la falacia naturalista ha sufrido, desde MOORE, serias matizaciones a la postura original humeana.

⁴¹ J. MUGUERZA, *La razón sin esperanza*, *op. cit.*, 87.

⁴² *Ibid.*, 88.

⁴³ K. POPPER, *What can Logic do for Philosophy?*, *cit.* por MUGUERZA, 90.

de un verbo a partir de otro, ha llevado a algunos autores a tratar de debilitar la distinción entre «es» y «debe». Ya que no es fácil deshacer el nudo de la falacia naturalista —apunta MUGUERZA— estos autores parecen, por lo menos, tratar de aflojarlo⁴⁴. Así, lo que pasa a discutirse es si la distinción entre *fáctico* y *normativo* es tan tajante como se nos ha dicho, y se trata de demostrar que la tan discutida transición entre «es» y «debe» es *gradual* y no un salto brusco.

Pero la lógica deductiva no entiende de sutilezas lingüísticas: o un juicio es susceptible de verdad o no lo es; la brecha entre «es» y «debe» no da lugar a matizaciones. La ingeniosa solución de la que echa mano este tipo de cognoscitismo —suscrito por el ICD— es no salirse del «debe»; lo que sólo es posible si dentro de éste se supone ya incluido a «lo bueno o valioso»: es decir, a los valores. De esta suerte, el tránsito de «lo bueno» a «lo debido», y viceversa, se quedaría en el espacio —pretendidamente inclusivo— de «lo normativo», y, por lo tanto, no habría que salirse hacia terreno descriptivo. No se tendría que pasar por la «verdad» descriptivamente entendida, puesto que en el terreno de los juicios prácticos se habla de *corrección* . Pero ello, únicamente en la medida en que se suscriba la creencia de que a los valores —al igual que a las normas— se les pueda aplicar la *tesis de la corrección* , y que la racionalidad discursiva y su constructivismo moral nos proporcionan criterios universalmente válidos para tal aplicación. En suma, la estrategia es utilizar lo valorativo como una especie de *grado intermedio* entre lo descriptivo y lo normativo.

Considero que una de las razones por las que este credo cognoscitivista —representado en la Teoría del derecho por los ICD— se halle tan difundido tiene que ver con la falsa seguridad de que, a través de él, la filosofía práctica de tipo discursivo puede sortear con éxito los obstáculos que plantea la falacia naturalista. Estas éticas normativas, al equiparar *valores* y *normas* , y oponerlos a los *hechos* , rodean los problemas planteados por la famosa falacia de raíz humeana. Al serles prohibido derivar *normas* de *hechos* , deciden derivarlas de esas extrañas cosas que son los *valores* , ya que —en el marco de las teorías del discurso— ellos pueden jugar como hechos o como normas, según el nivel argumentativo en el que se ubiquen. De ese modo, esquivan la falacia naturalista, pero desplazando el núcleo de sus problemas a otro campo: el campo de lo normativo (donde, según ellos, quedan incluidos los *valores*). El ingenio de esta maniobra consiste en que permite que una derivación lógicamente inaceptable adquiera la apariencia de un simple *asunto de familia* ⁴⁵.

Esta actitud es hija legítima de una forma dicotómica de plantear los problemas, según la cual: lo que *no es* descriptivo *tiene que ser* normativo. Sin embargo, lo que queda entre los dos cuernos de esta falsa dicotomía es nada más y nada menos que nuestros valores.

A los practicantes de muchas disciplinas de contenido más bien técnico —dentro de ellas la Economía o eso que hoy suele denominarse «economía»— la famosa falacia naturalista les tiene sin cuidado, y tanto más ignorarán la «falacia cognoscitivista» que aquí se explora; pero si uno se pone a pensar con cierto cuidado, en el ámbito jurídico esta cuestión, que parece a primera vista tan teórica, tiene importantes consecuencias.

⁴⁴ J. MUGUERZA, *La razón sin esperanza* , op. cit., 93-95.

⁴⁵ ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos* , Parte III, 275-280.

El hecho de derivar directamente las normas de los valores —sin un sustrato común a ambos que justifique la derivación— es tanto como decir que estamos, sin más, obligados a determinar nuestra conducta en el sentido de las preferencias axiológicas de quienes detentan el poder (no sólo en clave público-institucional, sino también fáctico-privada). Es decir, que aquello preferido como *bueno* por esas personas o grupos de personas tiene el camino teóricamente pavimentado para llegar a convertirse en norma jurídica vinculante y, además, moral y racionalmente fundamentada. Por el otro lado, el hecho de determinar el contenido de los valores morales a partir de los deberes jurídicos es una manera velada del prescriptivismo para sostener que aquellas prescripciones jurídicas sean también —y principalmente— prescripciones moralmente correctas. Esto último sugiere un *remake*, ahora en clave discursiva, de la ya clásica tesis iusnaturalista de la existencia del «deber moral de obediencia al derecho».

CONCLUSIÓN

La falacia cognoscitivista nos invita a indagar si la teoría estándar de la argumentación jurídica es una teoría de la validación moral de las decisiones jurídicas, o de la legitimación política de un sistema jurídico a través de esas mismas decisiones

Estoy seguro de que una mente afinada en la minuciosa tarea del descubrimiento de falacias podrá encontrar muchas de ellas —he de confesar que generalmente involuntarias por mi parte— en la exposición de los cuatro argumentos precedentes, y tantas más en la conclusión que sigue; sin embargo, las nobles intenciones de mi advertencia teórica me alientan y obligan a seguir adelante. Pues si hay algo que me ha quedado claro es que en la *Guerra de las Falacias* —para usar el ingenioso título acuñado por M. ATIENZA— no se puede pretender la victoria, sino, como mucho, aspirar a tener posibilidades en una de sus innumerables batallas.

Como es sabido —aunque suela olvidarse con frecuencia— los esfuerzos filosóficos por acreditar el objetivismo de los valores han sido, hasta ahora, del todo insuficientes. Otra cosa bien distinta sería que se justificara, de manera más o menos plausible, la *conveniencia* social o institucional de generalizar ciertas concepciones valorativas: defender como correctas ciertas preferencias morales. Por tanto, mientras que las teorías cognoscitivistas (u objetivistas morales en este caso) no puedan demostrar la objetividad en el terreno axiológico, «lo bueno» o lo «preferido como mejor» (concepto fundamental al que se refieren los valores) no puede convertirse sin más en el fundamento «directo» de *todo* razonamiento jurídico en el que se determine «lo debido»; y, el razonamiento moral, por su parte, no puede estar determinado por las formas y contenidos de los deberes jurídicos. A menos, claro está, que la indemostrada objetividad de los valores pretenda construirse a punta de normas de derecho.

Y es que, con o sin discurso, en el derecho, lo «bueno» es «bueno para...», y ese «para...» es la referencia a personas o grupos de personas; aquello que permite que ciertas preferencias morales de unos se conviertan en deberes generales; es decir, aquello

que obra el paso del valor a la norma: el *poder*⁴⁶. La gran lucha del derecho constitucional y de la filosofía del derecho ha sido tratar de hacer coincidir ese *poder* con el *interés general*, o por lo menos hacer que ambos se acerquen lo más posible. Sin embargo, tal coincidencia no se consigue con la apelación a unos valores cuyo contenido está siendo continuamente modificado por atractivas influencias y mensajes tecno-mediáticos que, generalmente, están puestos al servicio de *intereses privados*. Esta maleabilidad de las preferencias morales no desaparece por el hecho de que quien las suscriba sea ese sujeto moral —jurídicamente calificado— al que llamamos «juez».

La Teoría del derecho ICD apela a un núcleo duro de la moralidad compuestas por valores evanescentes y contextuales, alrededor de los cuales va tejiendo una *red discursiva* (desde la doctrina, la academia y la jurisprudencia de los tribunales); lo que se pretende con esa red es ir trabando unas nuevas *convenciones lingüísticas* para la práctica tanto jurídica como moral. Se trata de endurecer a los maleables valores, envolviéndolos con discurso, hasta convertirlos en *argumentos tópicos* (o en tópicos de la argumentación) para los procedimientos justificatorios de las decisiones jurídicas. Cabría suponer entonces que, sin buenas razones en las cuales apoyar la verdad (corrección) objetiva de valores y valoraciones —y las de la *red discursiva* no parecen buenas razones—, estas teorías del derecho son artificios para convencernos de que no solamente es debido, sino también moralmente correcto, que nos comportemos según lo que ciertos individuos (o grupos de individuos) que detentan el poder *preferen* como bueno⁴⁷.

Teniendo en cuenta la posición desde la que se parte, no se puede desconocer que los teóricos que abrazan el *objetivismo moral* lo consideran como el «presupuesto necesario para poder hacer teoría del derecho». Para ellos, sólo tiene sentido hablar de decisiones prácticas cuando hay un punto de referencia objetivo, aunque su objetividad haya sido construida convencionalmente. Asimismo, los ICD son insistentes en que no se debe confundir entre *objetivismo moral* y *absolutismo moral*. A esto se puede replicar que la línea que separa ambos posicionamientos tiende a ser muy tenue ante la presencia del *poder* para imponer como *absoluta* una preferencia que se cree objetiva a raíz de una justificación moral construida mediante un procedimiento contrafáctico. Es decir, que ante el concurso del poder real, además de las herramientas teóricas, la diferencia entre *objetivo* y *absoluto* se torna bastante difusa. De cualquier modo, objetivismo moral es una característica de base de estas teorías, desde la que se abordan temas tan determinantes del ideario constitucional-discursivo como el de la vinculación entre derecho y Moral: punto de confluencia de la tesis del *caso especial*, de la *pretensión de corrección*, de la *injusticia extrema*, de la *teoría de los principios*, de la unidad regulativa de la respuesta correcta, y de todos los desarrollos sobre la *ponderación de derechos fundamentales* (utilizo aquí los nombres con los que ALEXY bautiza algunas tesis básicas, comúnmente aceptadas por lo demás teóricos ICD).

⁴⁶ Con esto no se pretende sostener que hay necesidad de *actos de poder* en sentido político, sino que se pretende hacer una afirmación mucho más básica: que sólo puede convertir sus preferencias en normas quien tiene la capacidad (*el poder*) para ello. No sólo el legislador con las leyes o el juez con las sentencias, sino también el padre de familia con respecto a las reglas de la casa, o el jefe con respecto a la conducta de sus empleados.

⁴⁷ J. D. ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos*, Parte III, 281-287.

Como se ha dicho, la «vinculación conceptual» entre lo jurídico y lo moral es un estandarte de la teoría de la argumentación, pero si uno mira con atención, todos los argumentos con los que se intenta probarla admiten ser invertidos y terminan dependiendo de esa misma *vinculación* de manera circular. Así por ejemplo, ALEXY sostiene que si una norma o decisión no formulare una pretensión de corrección, estaría incurriendo en un defecto que es a la vez jurídico, moral, racional y lingüístico (pragmático), concretados todos ellos en la forma de una «contradicción performativa». Sin embargo, dicha contradicción sólo puede ser advertida —con todas estas implicaciones— por quien haya asumido previamente el axioma de que el derecho y la Moral están conceptualmente vinculados, y, por tanto, esté convencido de que toda norma jurídica deba formular necesariamente una pretensión de corrección moral. Y esto, en la medida que son los sujetos morales y no las normas los que formulan tales pretensiones o justifican las exigencias de corrección.

Ese convencimiento es reforzado por la perspectiva de análisis de los fenómenos jurídicos que defienden los ICD: el *punto de vista interno*. Esto se refiere a la situación en la que se encuentra el *participante* en las argumentaciones jurídicas que tienen lugar dentro del sistema; quien, además, asume como propia la moralidad del mismo. Esto es, que el *participante* hace coincidir sus valores con los del sistema de derecho en el que participa. Aquí se sostiene que —en concomitancia con las otras circunstancias revisadas aquí— éste *punto de vista interno* favorece la deformación ideológica de la teoría, debilitando la capacidad del participante para criticar su sistema jurídico, en la medida en que su moralidad crítica resulta fundida en la moralidad positiva que éste formula. Esto, llevado al ámbito del razonamiento jurídico aplicativo, puede presentar consecuencias problemáticas cuando se trata de decisiones jurídicas éticamente sensibles, ya que redundaría en una incapacidad de los jueces (los participantes por antonomasia) para distinguir con claridad los argumentos morales de los jurídicos. A los operadores jurídicos cognoscitivistas les resultará más difícil deslindar los valores morales relevantes al caso de las normas jurídicas aplicables al mismo; en sus razonamientos saltarán de unos a otros, convencidos de que se mueven siempre dentro del ámbito del *derecho justo*⁴⁸.

La teoría de la argumentación jurídica confía en que el filtro de racionalidad/moralidad/juridicidad de las decisiones jurídicas será el cumplimiento —lo más aproximado posible— de unas reglas y condiciones procedimentales del discurso. Lo que ocurre es que esas reglas son una especie de formulación pragmático-normativa (referida a la conducta de los hablantes) de los valores que cristalizaron en el sistema de los Estados constitucionales de Occidente desde la segunda posguerra. Son reglas de la argumentación tributarias de un proceso histórico concreto. En ese sentido, la sola disposición a cumplir tal procedimiento —así sea de modo contrafáctico— es ya una asunción de la «vinculación conceptual entre derecho y Moral» como presupuesto de actuación y una opción ideológica a favor de un tipo determinado de organización jurídico-política. Así las cosas, la *pretensión de corrección moral*, entronizada por el ICD como la cura

⁴⁸ En la mi tesis doctoral se analizan en extenso los problemas de legitimación de las decisiones jurídicas y la desactivación de la capacidad crítica del operador jurídico que esta concepción del *punto de vista interno* acarrea, hasta llegar a convertirse en cierta forma en la *prisión del participante*. J. D. ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos*, Parte III, 135-149.

de todos los vicios y el seguro de todas la virtudes, no es «prueba» alguna de que exista una vinculación necesaria y conceptual entre el derecho y la Moral, sino más bien un presupuesto teórico del tipo de procedimiento que los ICD proponen.

Hay que reconocer que, aunque nadie en el mundo jurídico real argumente siguiendo en todos sus pasos el procedimiento discursivo, y que aunque éste dibuje el mapa de un largo *rodeo* para llegar al mismo sitio al que se hubiera llegado ateniéndose al método de la *discrecionalidad judicial* (propuesto por el positivismo jurídico para los casos difíciles), lo cierto es que en el camino que se recorre dando ese *rodeo*, el operador jurídico puede descubrir herramientas muy importantes (sobre todo las referidas a las exigencias de universalización) que de haber tomado la vía directa jamás hubiese podido integrar en sus razonamientos jurídicos. Esto, medido en el balance final de la aplicación práctica del derecho arroja resultados muy positivos para el ICD. Ello quiere decir que, si bien es cierto que el juez, enfrentado a la obligación constitucional de motivar sus decisiones, busca una justificación discursiva *ex-post* para cada una de ellas, también lo es que dentro del conjunto general de sus pronunciamientos, tal juez decidirá *ex-ante* dentro de los límites de lo justificable. Aún si quitáramos los muchos otros aportes que ha hecho a la teoría y práctica jurídicas, sólo por éste, la teoría de la argumentación jurídica ya habrá ganado su lugar en la historia.

Sin embargo, a pesar de estas apreciables ventajas, no se puede dar la espalda a los riesgos que esta teoría encarna, aunque éstos no constituyan razón suficiente para abandonarla, sino tan solo para revisarla en profundidad. El principal de ellos es el peligro de convertirse en una *técnica de legitimación del status quo* constitucionalista, entendido como el mejor —tanto jurídica como moralmente— de los sistemas jurídico-políticos posibles. Este riesgo de deformación ideológica requiere ser concretado con algo más de detalle, para lo que vuelvo a referirme a la teoría alexyana.

Al comenzar a explicar las bases del mecanismo de la *ponderación* de derechos fundamentales, ALEXY —que ya había expuesto previamente su distinción de las normas jurídicas como reglas y principios— comienza a ocuparse de los *valores*; diciendo, en resumen, que no se diferencian de los *principios* salvo por un detalle, que éstos son una *perspectiva deontológica* y aquellos una *perspectiva axiológica* de los mismos fenómenos jurídicos, pero que su estructura es idéntica. El autor construye, entonces, lo que aquí he llamado *isomorfismo estructural entre el nivel de los principios y el nivel de los valores*. Luego se dedica a defender la teoría de los valores de algunas objeciones —convenientemente escogidas— que pudieran presentársele, pero ésta es una defensa instrumental, pues lo que pretende es precaverse de posibles ataques a su teoría de los principios y de la ponderación.

Los numerosos analistas de ALEXY —críticos o no— han pasado con ligereza por esta parte de su obra, asumiendo sin problematizar que lo que el autor hace es algo así como tender un «puente metodológico» que une dos márgenes de la racionalidad práctica, considerada como *unidad*. Pero lo que resulta de aquí es un mecanismo aplicativo del derecho que es directamente una ponderación de valores morales *relevantes* a los casos concretos, y sólo indirectamente una ponderación de normas jurídicas *aplicables*. Cualquiera que esté «convencido» de la tesis del *caso especial* o de la *unidad* del razonamiento práctico, o que haya «decidido» partir del *presupuesto de la vinculación* necesaria entre derecho y moral replicaría que la reductibilidad

entre «valores» y «deberes» no es problemática; de hecho, diría que de esto es de lo que trata toda la teoría. Sin embargo, la verdadera cuestión aquí es indagar si lo que hace ALEXY es realmente «tender un puente» que haga reductible lo axiológico a lo deontológico. Yo sostengo que no. Y es que no por apoyarse en el uso impreciso que hagan los Tribunales Constitucionales de las expresiones axiológicas o por hallar ciertas similitudes basadas en ejemplos del lenguaje ordinario se pueden ignorar las diferencias que existen —y que nos conviene a todos que sigan existiendo— entre prescribir y valorar, entre lo axiológico y lo deontológico, entre lo bueno y lo debido, en suma, entre «normas jurídicas» (los principios constitucionales en este caso) y «valores morales». Concluyo, entonces, que el profesor alemán no tiende un *punte* para pasar, sino que instala un *trampolín* para saltar de uno a otro nivel de la racionalidad práctica. He bautizado este «salto» (del «valer» al «deber» en los razonamientos jurídicos, y del «deber» al «valer» en los razonamientos morales) como «falacia cognoscitivista».

Considero esta operación sumamente peligrosa, y su peligro radica en que en el ámbito jurídico —no así en el moral— las normas son prescripciones vinculantes e imponibles por la fuerza. Así que, sin que se pruebe la *implicación* según la cual se deriva una cosa de la otra o sin que se *justifique* la reductibilidad de un nivel al otro, lo único que habilita a las preferencias morales de *alguien* para convertirse en normas obligatorias —o a un contenido jurídico-normativo pasar a ser considerado como valor moral— continúa siendo el «poder». Y aunque exista la *posibilidad* de que tal poder sea considerado como «moralmente bueno o justificado», lo que sí está fuera de toda discusión es que el derecho está conceptual y necesariamente vinculado con él. Y aún así, el ICD lo omite como elemento de análisis, lo que lo convierte en el gran agujero de toda esta construcción teórica. Si un elemento de semejantes características no se menciona en una teoría del derecho, es que está operando en ella como una variable supuesta. Si el *poder* no aparece como una variable expresa del razonamiento jurídico, terminará siendo tácitamente legitimado por las decisiones práctico-jurídicas. Cuando se opera con plena conciencia de esta categoría es posible aislar los elementos valorativos y los normativos de los elementos de *poder*, aumentando las posibilidades de guarecer a la decisión jurídica de su influencia soterrada. Por ello considero que el ICD, pensado como una teoría de la *validación moral* de las decisiones jurídicas, es muy propenso a devenir en una herramienta de «legitimación política del poder» en los Estados Constitucionales. Esta propensión de la teoría, la hace muy proclive de ser instrumentalizada para avalar argumentativamente estados de cosas y decisiones inicuas.

Si a esto sumamos que, por un lado, la ampliada versión de «universalidad» que hoy ha hecho carrera dentro de las teorías del discurso racional aparece una *merma de la autonomía moral individual* en aras de la intersubjetividad normativa, y que, por otro lado, la perspectiva interna de análisis del derecho (punto de vista interno) acarrea un *empobrecimiento de la capacidad crítica subjetiva* de los participantes (quienes hacen coincidir su propia moralidad con la del sistema en el que participan), tendremos un campo abonado para que los discursos fundados en la impropia *equiparación* entre principios jurídicos y valores morales puedan llegar a ser utilizados, no como puntos de acuerdo o de defensa, sino como puntos de ataque contra las libertades que se supondría deben asegurar.

Los riesgos de deformación ideológica, instrumentalización teórica y desactivación de las instancias críticas no se constituyen en razón para abandonar una teoría del derecho que tantos y tan buenos oficios ha desempeñado en el desarrollo y la racionalización jurídica de las democracias constitucionales, pero sí advierten sobre la necesidad de revisar algunos de sus presupuestos teóricos —no necesarios— que representan un peligro para el futuro de la protección de los derechos y libertades de los individuos. Si estas teorías del derecho no son capaces de repensarse a sí mismas para conjurar estos riesgos, cerrando los resquicios por los que el *poder* puede llegar a subvertirlas, estarán condenadas a repetir la triste historia de ese positivismo jurídico al que tan vehementemente han cuestionado.