L'IRCOCERVO
PRIMA RIVISTA ELETTRONICA ITALIANA DI METODOLOGIA GIURIDICA - TEORIA GENERALE DEL DIRITTO E DOTTRINA DELLO STATO
FIRST ITALIAN DIGITAL JOURNAL OF LEGAL METHODOLOGY - GENERAL THEORY OF LAW AND DOCTRINE OF THE STATE

Comprensión

Carlos Alarcón Cabrera

Universidad Pablo de Olavide

Abstract: **Comprehension**
Wittgenstein *Tractatus lógico-philosophicus* point according to which the world and the language have a common estructure, and the expression of thought is perceptible by the linguistic propositions, by linguistic signs that proyect the situations through the sense of the propositions, is revisited at the Philosophical Investigations, where Wittgenstein underline that the relation between a word and its meaning is practical, not theoretical; we find it at the linguistic uses of the word. Philosophical technique of language games serves as therapy because it frees us from philosophical confusions caused by the consideration of the language outside the contexts and vital activities, outside the forms of life. From this idea it is reflected on some important aspects in which the philosophy of language affects the normative field and the legal field.

Keywords: Ways of Life, Linguistic Analysis, Normative Logic, Normative Semiotics, Constitutive Rules.

Resumen: 1. La unilateralidad del *tractatus* – 2. Juegos del lenguaje y formas de vida – 3. La lingüisticidad de las normas – 4. La lógica, el lenguaje y la argumentación jurídica – 5. La taxonomía normativa – 6. Ciencia del derecho y sistema jurídico – 7. Formas de vida e intersubjetividad – 8. Formas de vida y *comprensión* de la realidad social.

1. La unilateralidad del *tractatus*

"La totalidad de las proposiciones es el lenguaje". Esta afirmación del *Tractatus logico-philosophicus* podría tener su continuidad diciendo que "la totalidad de las proposiciones normativas es el lenguaje normativo". La cuestión de si esta continuidad es posible es el punto de arranque de mis consideraciones sobre la filosofía del derecho como filosofía del lenguaje normativo.

"La mayoría de los denominados problemas filosóficos son sinsentidos", continuaba Wittgenstein en el *Tractatus*, y ante ello lo decisivo es comprender la lógica del lenguaje. Paralelamente, se podría pensar que en la reflexión filosófica sobre lo normativo lo decisivo es comprender la lógica de su lenguaje y llevar a cabo un análisis crítico del lenguaje normativo.

El primer Wittgenstein partía de que la expresión del pensamiento era perceptible por los sentidos mediante las proposiciones lingüísticas. La filosofía

estaba repleta de confusiones derivadas de la polivalencia significativa y simbólica de los signos lingüísticos, y por ello reivindicaba un lenguaje sígnico que siguiera una sintaxis lógica. Podría decirse con Wittgenstein que la proposición lingüística es una figura o modelo de la realidad del mismo modo que las luces de colores del semáforo son una figura o modelo del ordenamiento jurídico. También el pensamiento jurídico, las grafías impresas en el código y en el parte de multa, el semáforo, los movimientos de las manos del agente de tráfico, las señales de tráfico, etc., forman una unidad en tanto que comparten la estructura lógica. Mantienen recíprocamente la relación interna figurativa propia de la interconexión entre el lenguaje y el mundo. El conductor de un vehículo sabe que debe pararse ante el color rojo del semáforo, ante la mano en alto del agente o ante la señal de tráfico en la que se lee *stop*, e, inversamente, también puede deducir que vuelve a iluminarse la luz verde, aunque no vea el semáforo, del hecho de que el vehículo delantero reanuda la marcha. A los papeles encuadernados con el título de *Código de Circulación* les da el valor de norma jurídica. Y sabe que el papel firmado por el agente que encuentra en el cristal de su vehículo produce en él una determinada obligación económica.

Estas reglas generales de interpretación, como muchísimas otras, vienen determinadas por la semejanza interna de entidades heterogéneas (algunas ideales y otras factuales, algunas lingüísticas y otras extralingüísticas) conectadas mediante la *figuración*. Wittgenstein las denomina reglas *proyectivas* de traducción lingüística porque proyectan la norma en el lenguaje, por ejemplo en el lenguaje visual del semáforo o en el lenguaje gestual del guardia. Al figurar el mundo, las proposiciones *representan* la realidad, la cual puede entonces ser conocida si se comprende el sentido del signo proposicional. Esto ocurre, subraya Wittgenstein, cuando el sentido, aunque no haya sido explicado, es *mostrado*, del mismo modo que en la escritura jeroglífica, de la que es heredera la escritura alfabética, era posible la *comprensión* sin *explicación*.

Ahora bien, aunque la proposición describe los estados de cosas, describe la realidad en su globalidad de acuerdo con las propiedades internas de la propia realidad, y aunque en lo que Wittgenstein llama la *proposición verdadera* se refleja la lógica, la lógica en sí misma no puede sin embargo *representarse* (ya que ello exigiría situarse fuera de nuestro mundo, fuera de nuestra propia lógica), sino sólo *mostrarse*. Éste es el único límite de las posibilidades representativas del lenguaje, porque las proposiciones de la lógica, al ser analíticas, no añaden nada al mundo. La experiencia no puede respaldarlas ni desmentirlas, ya que trascienden el mundo conformando el marco de su propia posibilidad.

2. Juegos del lenguaje y formas de vida

En las *Investigaciones filosóficas* Wittgenstein modifica su idea del *Tractatus* de que el mundo y el lenguaje poseen una estructura común a través del concepto de juego lingüístico. Ahora reconoce que las reglas que regulan las constantes lógicas

no se pueden establecer al margen de la relación interna de las proposiciones en las inferencias lógicas, porque estas reglas, esta *sintaxis*, forma parte de una sintaxis global mediante la cual se puede analizar la función que cumplen tales relaciones internas. La sintaxis o *gramática* de nuestro lenguaje ofrece reglas que establecen la relación interna entre un término y su significado, y a partir de las cuales se pueden expresar *enunciados sintéticos a priori* que se corresponden con tales reglas.

El segundo Wittgenstein pasa así de la perspectiva física de la verdad o falsedad de los estados de cosas a la perspectiva fenomenológica del sentido o sinsentido de los estados de cosas, de la descripción de la estructura de los estados fenomenológicos de las cosas y sus propiedades espaciales, temporales y materiales. La técnica filosófica de los juegos del lenguaje sirve como terapia al librarnos de las confusiones filosóficas causadas por la consideración del lenguaje al margen de los contextos y actividades vitales, al margen de las *formas de vida*. Expresarse lingüísticamente es algo que entra dentro de una forma de vida, y según cómo sea ésta surgen variadísimos tipos de lenguaje, paralelos a los correspondientes juegos lingüísticos. El lenguaje no sólo sirve para representar la realidad, para describir, sino también para relatar, para hacer suposiciones, para plantear hipótesis, para enseñar, para representar teatro, para jugar, para cantar, para bromear, para traducir, para disculparse, para rogar, para orar, para saludar, para insultar, para interrogar… y también para obligar, para permitir, para prohibir, para amenazar con sanciones, para condicionar la validez de los actos, para constituir realidades institucionales… Y como ha recalcado bien Aarnio partiendo del concepto de *forma de vida*, en la praxis societaria los sistemas de valores no son creados autónomamente por individuos o grupos. Cada enunciado valorativo se conecta con una totalidad compleja de enunciados, así que se podría hablar de un *nido de enunciados*, no arbitrario, que como globalidad se liga a una base, a una forma de vida. Los sistemas de valores están vinculados a nuestra práctica vital, sin que deje por ello de ser posible justificar una teoría de los valores no-descriptiva, ya que quien expresa un juicio de valor no deja de estar jugando un determinado juego lingüístico[1].

Las reglas constitutivas que definen las instituciones no son para Wittgenstein instrumentos de explicación ni de comprensión de la conducta humana, sino pautas para interpretar fenómenos institucionales, para interpretar fenómenos en el contexto de juegos lingüísticos (se puede decir que las reglas constitutivas de instituciones son instrumentos de interpretación *eidográfica*, de interpretación según el *eidos* que constituyen, pero no de comprensión *idiográfica*, de comprensión de la conducta en su individualidad). No se debe buscar entonces una explicación cuando simplemente debemos ver lo que sucede como *protofenómeno*, cuando sólo debemos afirmar que "se juega este juego lingüístico": "no se trata de explicar juegos lingüísticos a través de nuestras experiencias, sino de constatarlas";

[1] A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Reidel, Dordrecht, 1987.

es decir, de interpretar (eidográficamente) formas de vida, de constatar formas de vida que valen y cuentan en tanto que reflejos de las reglas constitutivas que les dan sentido.

3. La lingüisticidad de las normas

Si excluimos un pequeño sector doctrinal del sociologismo jurídico, que ha seguido sobre todo a Geiger y a su concepto de *norma subsistente*[2], la filosofía del derecho ha partido de que las normas son entidades lingüísticas, entidades pertenecientes al lenguaje. Bobbio definió las normas como "entidades lingüísticas prescriptivas", como entidades con una estructura lingüística que, siguiendo el esquema *Si es A, debe ser B*, puede llenarse de los más diversos contenidos, de forma similar a como las entidades lingüísticas descriptivas son especificaciones del esquema explicativo *A es B*. Pero Bobbio, no obstante, no concretó el tipo de entidades lingüísticas prescriptivas al que pertenecen las normas. Sólo apuntó que entendía por *proposición* "un conjunto de palabras que tienen un significado entre sí", una entidad diferenciada del *enunciado* o "forma gramatical y lingüística con la cual se expresa un significado", de tal forma que una misma proposición puede expresarse a través de diversos enunciados[3]. Por ejemplo, la proposición prescriptiva *Está prohibido fumar* puede expresarse a través de los enunciados, "Está prohibido fumar", "Fumar está prohibido", "Prohibido fumar", "No smoking"…, enunciados con identidad significativa.

En realidad, los sentidos del término *proposición* no son sólo dos (como proposición en sentido estricto y como *enunciado*, de acuerdo con la distinción de Bobbio), sino tres. *Proposición* no sólo puede designar un enunciado y una proposición significativa, sino que también puede designar una *enunciación* concreta de un enunciado (en el idioma inglés, la diferencia entre *enunciado* y *enunciación de un enunciado* parece más clara: *enunciado* es *sentence*, *enunciación* de un enunciado es *utterance*). Por ejemplo, el enunciado "Está prohibido fumar" puede *enunciarse* (es decir, de dicho enunciado pueden producirse enunciaciones) en distintos contextos: por una autoridad normativa al prescribir la prohibición de fumar, por un jurista al describir la prohibición de fumar, por un sociólogo al comentar la eficacia de la prohibición de fumar…

En tanto que filosofía del lenguaje normativo, la filosofía del derecho debe entonces clarificar las diferencias entre tres posibles concepciones lingüísticas de la norma jurídica:

a) La norma como *enunciado prescriptivo*, como entidad lingüística situada en el plano sintáctico de las relaciones gramaticales entre los términos que componen lingüísticamente cada norma.

[2] T. Geiger, *Estudios de sociología del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1983.
[3] N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1957.

b) La norma como *proposición prescriptiva*, como entidad lingüística situada en el plano *semántico* de sus relaciones con los objetos que designa; la norma como *idea* que posee un determinado significado.

c) La norma como *acto lingüístico de enunciación prescriptiva de un enunciado*, como entidad lingüística situada en al plano *pragmático* de sus relaciones con los sujetos que utilizan el lenguaje normativo o se ven influidos por él; la norma como hecho lingüístico que cumple una función determinada por su contexto.

El análisis de esta trivalencia semiótica de la norma conduce asimismo al estudio de otro concepto central de la filosofía del derecho, el concepto de *validez normativa*, respecto al que es preciso establecer una distinción paralela:

a) La validez sintáctica se predica de las normas en tanto que enunciados jurídicos, dependiendo de las reglas constitutivas del ordenamiento, reglas que determinan su *sintaxis de validez*, que definen la validez.

b) La validez semántica se predica de las normas en tanto que proposiciones jurídicas, dependiendo del significado de los términos de los que se compone, de su sentido.

c) La validez pragmática se predica de las normas en tanto que actos jurídicos, dependiendo de las condiciones intrínsecas de validez de los actos lingüísticos y de las condiciones extrínsecas de validez puestas por las reglas procedimentales del ordenamiento[4].

El estudio de la norma como entidad lingüística en sentido sintáctico, semántico y pragmático conduce asimismo al análisis del ordenamiento, en tanto que conjunto sistematizado de entidades lingüísticas, en tanto que lenguaje. En este sentido, el filósofo del derecho debe profundizar en la distinción entre el lenguaje *legal*, el lenguaje del texto jurídico con el que el legislador da a conocer las normas jurídicas, que es un lenguaje objeto; y el lenguaje *de los juristas*, el lenguaje que se utiliza al comentar, analizar o interpretar las normas (el abogado para preparar sus casos y defenderlos en juicio, el juez para motivar su sentencia, el profesor para explicar el derecho vigente…), que es un metalenguaje, un lenguaje sobre un lenguaje-objeto. Esta distinción es paralela a la distinción, que clarificó certeramente Bobbio, entre la lógica del derecho, que como parte de la lógica de las normas se centra en la estructura lingüística de las normas jurídicas en tanto que proposiciones normativas y en la posibilidad de construir inferencias lógico-normativas, y que debe ser la base de la teoría general de la norma y de la teoría general del ordenamiento jurídico; y la lógica de los juristas, que se centra en las argumentaciones que realizan los operadores jurídicos hasta efectuar la decisión jurídica, y, tras ella, para justificarla, y que debe considerarse la base de la teoría de la interpretación jurídica. La lógica del derecho es así el producto de la *extensión* de los estudios lógicos sobre las proposiciones descriptivas a las proposiciones

[4] A. Conte, "Studio per una teoria della validità", in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 47 (1970), pp. 331-354.

prescriptivas, mientras que la lógica de los juristas es el producto de la *aplicación* de la lógica por parte de la ciencia jurídica a los procedimientos empleados por los juristas en la interpretación, análisis y sistematización de cada ordenamiento jurídico[5].

La división entre el análisis de la extensión de la lógica a las normas, y el de la aplicación de la lógica en la labor de los juristas no puede ser tajante, como ya advertía Bobbio. La lógica del derecho integra a la lógica de los juristas en tanto que estudia las condiciones de posibilidad y los criterios de validez de una lógica de las normas que se desmarca de la lógica proposicional ordinaria, así como los problemas del ordenamiento jurídico como sistema: su unidad, su coherencia, su plenitud. Para analizar correctamente las reglas de inferencia válidas para deducir conclusiones normativas a partir de premisas normativas, en el contexto de un determinado ordenamiento jurídico, la lógica de los juristas ha de haber respondido previamente a cuestiones como la de la posibilidad y condiciones de tales inferencias normativas, y como la de las características que debe poseer un ordenamiento para ser sistemático, en las que resulta fundamental la aportación de la lógica de las normas.

4. La lógica, el lenguaje y la argumentación jurídica

Alexy subrayó que la argumentación jurídica es un *caso especial* de la argumentación práctica general. Ello no significaba que los procesos de fundamentación de las decisiones jurídicas se debían llevar a cabo siguiendo siempre los criterios del discurso práctico general, con lo que la fundamentación propiamente jurídica serviría sólo para legitimar subsidiaria o secundariamente el resultado del proceso (tesis que Alexy denominó de la *secundariedad*, según la cual el discurso jurídico coincidiría con el discurso práctico general, diferenciándose únicamente por su fachada jurídica); ni tampoco significa que la argumentación jurídica tiene unos límites que sólo puede rebasar la argumentación práctica general (tesis de la *adición*); sino que significaba para Alexy que el uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse en todos los niveles al uso de los argumentos prácticos generales (tesis de la *integración*)[6].

A diferencia de Alexy, pienso sin embargo que es positiva también la incorporación de la perspectiva tópica a la propia argumentación jurídica. Considero indudable que al argumentar el jurista *valora* además de sistematizar, ya que busca tanto la ponderación como el rigor, asumiendo de algún modo la realidad como *problema* ante el que se enfrenta con instrumentos interpretativos flexibles. Esta problematicidad exige recursos dialécticos, y como destacara Viehweg gira alrededor de la aporía fundamental de la búsqueda de la solución más justa para

[5] N. Bobbio, *op. cit.*
[6] R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989.

cada supuesto de hecho. El *problema* es una cuestión que permite *prima facie* más de una respuesta, pero que requiere necesariamente una única respuesta como solución, por lo que debe formularse adecuadamente, y posteriormente ser introducido en una serie de deducciones más o menos explícitas y extensas que propician la consecución de la solución, con lo que se podría decir que se reinventa inductivamente un sistema diferente para cada problema. La aporía fundamental de la tópica basada en la búsqueda de la solución más justa para cada caso se desarrolla especialmente en la jurisprudencia, entendida como técnica al servicio de la justicia, en concreto plasmada en proposiciones normativas forzosamente conectadas con el problema e interpretadas desde su perspectiva[7].

También me parecen muy aprovechables las aportaciones de Atienza a la teoría de la argumentación de Alexy. Atienza ha reconocido que el desarrollo de la teoría de la argumentación debe atender a su dimensión empírica, lo que exige un acercamiento a la sociología jurídica, a la teoría del derecho e incluso a la filosofía moral. Asimismo ha destacado la relevancia de la creación jurídica como objeto de atención de la teoría de la argumentación, tradicionalmente centrada en la interpretación, aplicación y sistematización del derecho por parte de la jurisprudencia y de la dogmática jurídica. E incluso la importancia de procesos jurídicos en los que por encima de la decisión, en tanto que *adjudicación* de la solución, prima la negociación o la mediación. Además, para Atienza no se deben olvidar los aspectos descriptivos de la teoría de la argumentación, que no sólo hacen referencia a los factores que habrán de justificar las decisiones jurídicas (al contexto de *justificación*), sino asimismo a los factores que de hecho las justifican (al contexto de *descubrimiento*)[8].

Creo con Atienza que es necesario que el filósofo del derecho se acerque a la argumentación jurídica con el afán de resolver los problemas relativos a la representación del proceso real argumentativo, y en particular al procedimiento de fundamentación de las decisiones jurídicas. No resulta suficiente la utilización exclusiva de las formulaciones de la lógica deductiva clásica sin tener presente que en la argumentación jurídica aparecen con frecuencia relaciones no expresables formalmente, como por ejemplo *ser un argumento a favor de* o *ser un argumento en contra de*. Estoy de acuerdo con Atienza en que es más apropiado un sistema distinto de representación, no lineal sino reticular, que no sólo pueda traducir las vertientes sintáctica y semántica de la argumentación, sino también las diversas funciones pragmáticas de los actos discursivos. Así, se puede utilizar un símbolo distinto para actos lingüísticos ilocucionarios como *plantear un problema*, *afirmar un enunciado*, *adoptar un enunciado normativo que obliga*, *prohíbe o permite hacer algo*, *preguntar, asumir un juicio de valor*, *establecer una definición o una pauta semántica*, *adoptar un principio*, etc.[9].

[7] T. Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1986.
[8] M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991, pp. 236-239.
[9] *Ivi*, pp. 241 ss.

Siguiendo este sistema de representación, Atienza reconstruye el proceso argumentativo a través de los siguientes pasos: a) la identificación del problema, que podrá ser un problema de *relevancia* (cuando surge ante la duda sobre cuál es la norma aplicable al caso), un problema de *interpretación* (cuando surge ante la duda sobre el sentido de la norma aplicable al caso), un problema de *prueba* (cuando surge ante la duda sobre si se ha producido o no un determinado hecho) o un problema de *calificación* (cuando surge ante la duda de si un determinado hecho se adscribe o no a una determinada categoría jurídica, o de si entra dentro del campo semántico de un determinado concepto jurídico, o de si es denotado por una determinada definición jurídica); b) la averiguación de los motivos por los que ha surgido el problema, que cuando es interpretativo puede venir originado por una insuficiencia informativa derivada de la excesiva particularidad de la norma, o por un exceso informativo derivado de la ambigüedad o la polivalencia semántica de la norma; c) la construcción de hipótesis de solución mediante la *reparación* de la premisa imperfecta, bien sea a través de la reformulación de la norma para que abarque el caso problemático, bien sea a través de la elección de una de las posibles interpretaciones de la norma; d) la justificación de las hipótesis formuladas, que debe descartar la *reductio ad absurdum*; e) la deducción de la conclusión, una vez *reparadas* las premisas[10].

La teoría de la argumentación jurídica constituye en definitiva para Atienza un elemento fundamental de la filosofía del derecho en tanto que cumple tres funciones. Cumple la función teórica o cognoscitiva de favorecer la comprensión del fenómeno jurídico y el desarrollo de otras disciplinas afines, tanto jurídicas como extrajurídicas. De algún modo, el derecho no debería aprehenderse sólo como un sistema de normas, sino también como un sistema de procedimientos, y como tal ser el objeto de estudio de la teoría de la argumentación jurídica. Cumple en segundo lugar la función técnico-práctica de orientar en la producción, la interpretación y la aplicación del derecho, y contribuir a la enseñanza jurídica global y a la construcción de sistemas jurídicos expertos. Y cumple finalmente la función política o moral de criticar el derecho positivo vigente e incentivar el progreso jurídico poniendo en cuestión la tesis de la *respuesta correcta*; es decir, la idea de que el ordenamiento jurídico (y en particular los ordenamientos de los Estados de derecho democráticos actuales) dispone siempre de una solución adecuada para cada problema planteado[11].

5. La taxonomía normativa

Los ordenamientos jurídicos no sólo incluyen normas de conducta, normas dirigidas a obligar, prohibir o permitir comportamientos. Además de estas normas, existen

[10] *Ibidem*.
[11] *Ivi*, pp. 249 ss.

otras *metanormativas*: normas sobre normas. Desde la filosofía del derecho es imprescindible ocuparse de la relación entre estos tipos de entidades normativas.

Hart elucubró sobre el proceso de transformación del conjunto de normas de conducta de una comunidad primitiva en un ordenamiento propiamente jurídico, que se materializa con la creación de *normas secundarias*, condición necesaria por tanto de la existencia del propio derecho. Podría decirse entonces con Hart que en las sociedades primitivas no son necesarios ni los legisladores ni los jueces. Sólo existen una serie de normas primarias de origen difuso que son imprescindibles para la coexistencia, como las que prohíben el uso de la violencia, el robo y la mentira, o las que obligan a contribuir de alguna forma al bienestar colectivo. La única respuesta contra quienes no siguen esas normas consiste en la reacción negativa por parte de la generalidad del grupo social. Esta estructura social primitiva podría haber padecido para Hart tres carencias, en cuya profundización analítica debe dedicarse ineludiblemente la filosofía del derecho: la falta de certeza normativa, la estaticidad normativa y la inseguridad en la aplicación de las normas[12].

Las normas que regulan los comportamientos del grupo prejurídico no forman un sistema, señala Hart, sino que son un mero conjunto de pautas aisladas entre sí, sin características comunes que las identifiquen, de tal modo que cuando existen dudas sobre cuáles son las normas no hay ningún criterio para resolverlas. Por ello, surge la necesidad de crear un tipo diferente de normas, unas normas secundarias que establezcan un procedimiento que determine el criterio para decidir si una norma primaria de comportamiento está vigente, que *reconozcan* las normas primarias válidas.

En segundo lugar, las normas que regulan los comportamientos individuales en una sociedad primitiva sólo cambiarían mediante un lento proceso paralelo de decrecimiento, según el cual las desviaciones de conducta dejan paulatinamente de ser rechazadas, y pasan a ser toleradas y, posteriormente, inadvertidas. Al margen de este proceso, no hay forma de adaptar deliberadamente la normatividad a las nuevas realidades sociales, no es posible introducir nuevas normas ni eliminar alguna de las existentes, por lo que hacen falta normas que combatan la estaticidad normativa estableciendo las condiciones de validez del *cambio* jurídico.

El mundo prejurídico carecería asimismo de órganos con facultades para determinar si los comportamientos son o no conformes a las normas, y para ejercer eficazmente la presión contra quienes incumplen las normas. Por ello, surge la necesidad de crear un tercer tipo de normas secundarias que establezcan un procedimiento para decidir cuándo se transgreden las normas primarias y cómo se materializa la reacción social contra el transgresor. Contra la inseguridad en la aplicación de las normas, es necesaria la existencia de unas reglas que *adjudiquen* la potestad para decidir el cumplimiento de las normas primarias en cada caso concreto.

[12] H.L.A. Hart, *El concepto del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

El recurso metodológico de las tres hipotéticas carencias de las comunidades primitivas es útil así para analizar los temas fundamentales de la jerarquía normativa, la creación normativa y la aplicación normativa, temas centrales de la filosofía del derecho, que respectivamente nos conducen a la cuestión de la naturaleza de las *reglas de reconocimiento*, las *reglas de cambio* y las *reglas de adjudicación*.

Las reglas de reconocimiento de un ordenamiento jurídico especifican las condiciones que debe cumplir una norma para tener validez jurídica, para reconocerse como jurídica. Hart se servía de la presuposición de que, en los derechos primitivos, las reglas de reconocimiento suelen hacer referencia a un elenco de normas primarias válidas, o a la reacción de la autoridad política o incluso de la naturaleza ante un comportamiento que desde entonces se convierte en obligatorio, prohibido o permitido. Con el desarrollo y la evolución jurídica, las reglas de reconocimiento pasarían a referirse a características generales que deben poseer las normas de conducta, como por ejemplo el hecho de haber sido decididas y elaboradas por un cuerpo legislativo, el hecho de su vigencia consuetudinaria o el hecho de su respaldo judicial. Además, estos criterios se subordinarían unos a otros formando un sistema jerárquico de fuentes en el que la ley suele ser la más alta de la pirámide normativa.

Las reglas de cambio de un ordenamiento jurídico especifican las condiciones que deben cumplir determinados actos para *valer* como promulgación o como derogación de normas jurídicas, para incorporar o para eliminar normas jurídicas, para *cambiar* el ordenamiento. La relación entre las reglas de reconocimiento y las reglas de cambio es estrecha, ya que la mera existencia de reglas de cambio implica necesariamente la referencia de las reglas de reconocimiento a la legislación como característica identificatoria de las normas. Pero no son las reglas de reconocimiento, sino las reglas de cambio, las que deberían detallar las condiciones personales y formales del proceso legislativo.

Las reglas de adjudicación de un ordenamiento jurídico especifican las condiciones que deben cumplir determinadas decisiones para ser consideradas *verdades* jurídicas sobre el cumplimiento o incumplimiento de las normas primarias por parte de sus destinatarios. Son reglas que *adjudican* la potestad de aplicar el derecho y definen el procedimiento a seguir. Las reglas de adjudicación están también muy relacionadas con las reglas de reconocimiento. El hecho de que existan reglas de adjudicación implica necesariamente la referencia de las reglas de reconocimiento a las decisiones judiciales como *fuente* del derecho, aunque no en términos generales, sino en relación con el supuesto concreto sobre el que se pronuncia cada juez. Además, en casi todos los sistemas jurídicos los órganos judiciales no sólo tienen la capacidad de decidir si se ha transgredido o no una norma primaria, sino que además deciden la consecuencia jurídica punitiva derivada de la eventual transgresión[13].

[13] *Ibidem*.

Desde el punto de vista del objeto de estudio de la filosofía del derecho, quizás aún más útil heurísticamente que la distinción hartiana *normas primarias/normas secundarias* es la que posteriormente llevaría a cabo Searle al diferenciar las reglas *regulativas* de las reglas *constitutivas*. Basándose en los conceptos kantianos de los *principios regulativos* y los *principios constitutivos*, Searle diferenció las reglas que *regulan* formas de conducta existentes antecedente o independientemente de las propias reglas, de las reglas que crean o definen nuevas formas de conducta, que *constituyen* una actividad cuya existencia es dependiente, desde un punto de vista lógico, de las reglas. Las reglas regulativas son relativas a actividades *naturales* (matar, robar, engañar…) cuya realización es independiente lógicamente de las reglas y anterior a ellas. Las reglas constitutivas son relativas a actividades no naturales, sino *institucionales* (hacer un testamento, casarse, prometer…), cuya realización sólo se comprende en el contexto de cada conjunto de reglas constitutivas, de cada institución. Sólo en el contexto de la institución de la sucesión se comprende la acción de escribir un testamento, sólo en el contexto de la institución del matrimonio se comprendo el *Sí, quiero* enunciado por los contrayentes, sólo en el contexto de la institución de la promesa se comprende la obligación a cuyo cumplimiento se compromete quien realiza una promesa. De hechos naturales (escribir sobre un papel, pronunciar determinadas palabras, narrar futuras acciones propias) derivan hechos institucionales, deriva el deber de comportarse conforme a lo que establece un testamento, conforme a las obligaciones matrimoniales o conforme a lo que se promete. Se podría decir, con Searle, que de lo que *es* deriva lo que *debe ser*.

En tanto que filosofía del lenguaje normativo, la filosofía del derecho debe acompañar analíticamente el estudio de las diversas normas de estos dos tipos existentes en los ordenamientos, así como su plasmación lingüística, y en particular su sintaxis. No en vano las fórmulas estándar de las reglas regulativas y de las reglas constitutivas son sintácticamente diferentes: las reglas regulativas siguen el esquema *Debes hacer X* o *Si es Y, debes hacer X* (*No debes fumar en centros públicos* o *Si eres varón debes hacer el servicio militar*); las reglas constitutivas siguen el esquema *X cuenta como Y*, *X tiene el valor de Y* o *X tiene el sentido de Y* (Si se cumplen las condiciones A, B, C,…verter tinta sobre un papel cuenta, vale, tiene el sentido de *testamento*, de reparto futuro de los bienes propios)[14].

La oposición conceptual searliana entre los *hechos* naturales o *brutos* y los *hechos institucionales* se inspira claramente en la que en Austin opuso a los *enunciados constatativos* y a los *enunciados performativos*, a los enunciados que producen determinadas modificaciones de la realidad externa dependientes del contexto institucional en el que se enuncian. Searle define por exclusión los actos ilocucionarios como aquellos en los que, además de pronunciarse determinadas palabras de una forma y en un orden proposicionalmente correcto, se ejecutan

[14] J.R. Searle, *Actos de habla*, Cátedra, Madrid, 1986.

acciones que *valen* o *cuentan* dependiendo pragmáticamente del contexto institucional.

En sus últimas obras, Searle ha profundizado en el análisis de la performatividad de los actos que producen hechos institucionales. En el esquema típico de las reglas constitutivas *X cuenta como Y*, la regla permite, cuando X es un acto lingüístico, que X pueda ejecutarse como enunciación performativa que crea el estado de cosas que describe Y. Puesto que expresarse de una determinada forma en un determinado contexto cuenta como un hecho institucional (hacer un testamento, contraer matrimonio, pagar un servicio contratado…), puede afirmarse que el hecho institucional es producido por el acto lingüístico correspondiente. Las reglas constitutivas establecen que las asignaciones de status puedan realizarse a través de actos lingüísticos, que al materializarse *constituyen* hechos institucionales[15].

La profundización posterior en la distinción entre las reglas regulativas y las reglas constitutivas por parte de Conte y algunos otros discípulos de la Escuela de Pavía facilita la labor del filósofo del derecho al procurarle elementos taxonómicos de gran utilidad. Desde un punto de vista ontológico, las reglas constitutivas, subraya Conte, *son condición* de aquello sobre lo que versan. Desde un punto de vista semiótico, determinan la intensión de los términos que aparecen en ellas, *connotan* el conjunto de propiedades de los objetos que designan tales términos. La intensión del término *matrimonio* es determinada por la propia regla que constituya la institución del matrimonio. Entendemos el término *matrimonio* en el sentido en el que una norma concreta lo define como institución[16].

Diferentes de las reglas que *son condición* ontológica de aquello sobre lo que versan, las reglas que Conte denomina *hipotético-constitutivas* no *son*, sino que *ponen* condiciones de aquello sobre lo que versan, ponen condiciones para que un acto tenga validez. Semióticamente, estas reglas determinan la extensión de los términos que aparecen en ellas, denotan el conjunto de propiedades de los objetos que designan tales términos, cuya intensión presuponen (*X debe ser N para contar como Y*, *X debe tener el valor de N para contar como Y*: determinados actos deben cumplir determinadas condiciones para valer como *matrimonio*…)[17].

Los antecedentes conceptuales de este tipo de reglas también se remontan a la idea kantiana de regla técnica como aquella que trata los medios a emplear para alcanzar un determinado fin. Pero como resalta Conte no hay que olvidar que ya Aristóteles habló de la polisemia de *tò déon*, el participio neutro sustantivado del verbo impersonal griego *deî*, utilizado para hacer referencia al deber y asimismo para hacer referencia a la *necesidad normativa*[18]. Esta distinción está implícita cuando Kant habla de la *necesidad práctica* de los imperativos hipotéticos y de la

[15] J.R. Searle, *La construcción de la realidad social*, Paidos, Barcelona, 1997.
[16] A. Conte, "Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein", in R. Egidi (a cura di), *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*, Guida, Napoli, 1983, pp. 37-82.
[17] *Ibidem*.
[18] *Ibidem*.

necesidad absoluta de los imperativos categóricos, de las reglas puramente regulativas. El estudio de los diferentes tipos de normas presentes en los ordenamientos jurídicos no puede obviar asimismo la ulterior distinción kantiana entre las reglas técnicas *analíticas* y las proposiciones científicas *sintéticas* que son presupuestas por las reglas técnicas. La formulación estándar de las reglas técnicas es la oración condicional en cuyo antecedente se menciona el fin que persigue el agente, y en cuyo consecuente se menciona la conducta a realizar para la consecución del fin: *Si deseas X, debes hacer Y*.

6. Ciencia del derecho y sistema jurídico

La ciencia del derecho analiza el derecho como lenguaje, y, respecto al lenguaje que es el derecho, surge un metalenguaje científico que debe definir las reglas de uso de los términos jurídicos. Es a mi juicio aconsejable en este sentido seguir a Bobbio en su distinción de tres fases de desarrollo de la ciencia jurídica: a) el científico del derecho debe compensar la carencia de rigor del lenguaje legal, debe combatir sus ambigüedades y vaguedades determinando el significado de los términos legales, determinando la *gramática* del lenguaje que emplea el legislador; b) el científico del derecho debe compensar la carencia de plenitud del lenguaje legal, debe deducir, a través de procesos de integración, más consecuencias normativas de las que el legislador ha establecido expresamente; c) el científico del derecho debe compensar la carencia de orden del lenguaje legal, debe sistematizarlo progresivamente eliminando incoherencias lingüísticas de acuerdo con el contexto socio-lingüístico de cada momento histórico[19].

Desde un punto de vista lógico, la filosofía del derecho debe así atender a tres conceptos paralelos a estas tres fases: a) el concepto de *rigor*, en tanto que la filosofía del derecho exige rigor en el razonamiento jurídico como garantía de objetividad e imparcialidad del discurso; b) el concepto de *forma*, teniendo en cuenta que la parte más relevante del razonamiento jurídico está constituida por juicios analíticos (juicios que no enuncian verdades fácticas ni suministran juicios de valor, sino que tratan de derivar conclusiones verdaderas a partir de premisas puestas como verdaderas); c) el concepto de *orden*, en tanto que el derecho es, en palabras de Bobbio, "un orden de las acciones, un conjunto de operaciones que en la esfera práctica cumple la misma función que la lógica en la esfera teórica"[20].

Posiblemente la filosofía del derecho no tuviera sentido si las normas jurídicas fueran elementos aislados, si no existieran relaciones lógicas entre ellas. Por el contrario, como totalidad ordenada, constituyen un sistema cuyo conjunto de características representa un objeto de estudio central de la filosofía del derecho. Desconocer el carácter sistemático del derecho es un error en el que se incurre

[19] N. Bobbio, "Diritto e logica", in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 39 (1962), pp. 11-45.
[20] *Ibidem*.

cuando se desarrolla un análisis teórico sólo dirigido al estudio de las normas jurídicas y de los conceptos jurídicos en sí mismos, prescindiendo de la idea global del ordenamiento jurídico como sistema.

Conte ha diferenciado tres perspectivas diferentes desde las cuales la noción sistemática de ordenamiento puede cumplir la función metodológica de servir de instrumento de análisis jurídico. A través de la percepción del ordenamiento jurídico como sistema se puede: a) *explicar la existencia del derecho*. Por ejemplo, para el institucionalismo, el derecho existe en tanto que existe el ordenamiento jurídico, y el ordenamiento jurídico existe en tanto que existen las instituciones; b) *comprender qué es el derecho*. Por ejemplo, para el normativismo, el derecho se define en términos de ordenamiento y no en términos de norma: no es que un ordenamiento sea jurídico por el hecho de ser un conjunto de normas jurídicas, sino que, al contrario, las normas son jurídicas por el hecho de formar un ordenamiento jurídico; c) *conocer lo que es derecho*, lo que es jurídico. Por ejemplo, para determinados sectores del normativismo, mediante la idea del ordenamiento jurídico como sistema se puede definir el concepto de validez jurídica. La validez de una norma deriva, en el contexto del ordenamiento jurídico al que pertenece, y conforme al principio de legalidad, de la validez de otra norma superior, y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental del ordenamiento[21].

Parece apropiado confrontar el punto de vista institucionalista con el punto de vista normativista a la hora del análisis del carácter sistemático del derecho. Desde un punto de vista institucionalista, la cuestión de la propia existencia del derecho como ordenamiento se analiza en base al cumplimiento de tres condiciones: la existencia de una sociedad que sea el *destinatario* del derecho, la existencia de una regulación de las relaciones intersubjetivas que sea el *fin* del derecho, y la existencia de una organización que sea el *medio* o instrumento del derecho. Desde un punto de vista normativista, el teórico del derecho se debe centrar más en la definición del derecho y de la validez jurídica que en el problema de su existencia. El ordenamiento jurídico se podría representar así como una pirámide normativa en cuya cúspide se halla la norma fundamental, de la que deriva la validez de todas las normas jerárquicamente estructuradas. A diferencia de los sistemas estáticos, en los que bajo la norma fundamental todas las normas están al mismo nivel jerárquico, los sistemas dinámicos como el jurídico se caracterizan por la pluralidad de escalones normativos. La validez jurídica de una norma no sólo depende de la norma fundamental, sino también de las condiciones de validez puestas por las demás normas superiores a ella[22].

Muy relacionado con la sistematicidad del ordenamiento jurídico está el problema de su unidad. Desde el punto de vista formal, la unidad significa totalidad jerárquica, significa referencia lógica a una única norma fundamental. Siguiendo a

[21] A. Conte, "Fenomeni di fenomeni", in *Rivista internazionale di filosofía del diritto*, 63 (1986), pp. 29-57.
[22] Véase A. Conte, "Ordinamento giuridico", in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Utet, Torino, 1966, pp. 45-54.

Kelsen, la norma fundamental es el presupuesto jurídico fundamental que da sentido a todo el ordenamiento, que define las formas de conducta con relevancia normativa, que *constituye* la realidad jurídica.

Ya el primer Kelsen concebía la norma fundamental como idea hipotética que constituye la normatividad jurídica como específico objeto de conocimiento. Es una norma originaria que determina los órganos supremos del Estado, las fuentes jurídicas supremas, y que como tal "desarrolla plenamente la función de hipótesis fundamental". Esto no significa, aclara Kelsen, que las normas jurídicas estén presupuestas materialmente en la norma fundamental, sino que "el deber jurídico se llena de contenido mediante la legislación o la costumbre". La norma fundamental "no es puesta ni creada consuetudinariamente, sino que ella misma es la base de la normatividad y la costumbre como fuentes del derecho"[23].

En la primera edición de la *Teoría pura del derecho* Kelsen insiste en que una pluralidad de normas "constituye una unidad, un sistema o un orden" cuando su validez reposa, en última instancia, sobre una norma fundamental, que es la fuente común de validez de todas las normas del ordenamiento[24]. Sólo presuponiendo la norma fundamental, repite Kelsen en la segunda edición, es posible "interpretar el sentido subjetivo del acto constituyente y de los actos estatuidos conforme a la constitución en sentido objetivo". La norma fundamental es "condición lógico-trascendental" de interpretación de toda norma jurídica válida[25].

A mi juicio, el concepto de *validez normativa* es el eje principal de la teoría del derecho. Es necesario partir de que la validez de cada norma jurídica depende de la validez de las normas inmediatamente superiores, hasta llegar así hasta la norma suprema, hasta la *norma fundamental*, de la que depende la validez de todas las normas del ordenamiento jurídico. Pero, paradójicamente, al no haber norma alguna superior a ella, la norma fundamental carece en sí misma de validez. La norma fundamental no es válida, sino que se *presupone* válida. Propiamente, no es válida ni inválida, sino que define la validez, establece los criterios para determinar la validez jurídica. Aunque cambie, seguirá *siendo* la validez.

7. Formas de vida e intersubjetividad

Pienso que el concepto wittgensteiniano de *forma de vida* es el eje de la filosofía del derecho contemporánea en tanto que filosofía del lenguaje normativo. El análisis del lenguaje es el análisis de las formas de vida en relación con las cuales el derecho surge, regula, planifica y constituye. Y como ha señalado Aarnio este concepto de *forma de vida* está interconectado con la idea de *aceptación racional*, en el sentido de que orienta hacia un mejor entendimiento de lo que significa la

[23] H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Mohr, Tübingen, 1928.
[24] H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960.
[25] *Ibidem*.

interpretación, que deberá comprenderse no sólo como fenómeno semántico, sino sobre todo como fenómeno pragmático perceptible en el contexto de una forma de vida determinada. Además, el concepto de *forma de vida* redefine la noción de valor, puesto que dos individuos que comparten una misma forma de vida comparten también un mismo lenguaje que permite el entendimiento mutuo. Ello no implica que las dos representaciones del mundo de cada uno de estos individuos coincidan, sino que lo normal es que cada uno tenga sus preferencias valorativas, las cuales tratará de justificar racionalmente a través de diversos tipos de juegos lingüísticos. Pero se podría decir que tales preferencias valorativas tienen un *parecido de familia* que facilita la intersubjetividad de los valores, y con ella la comunicación y la interacción social[26].

Parto de que el sistema de valores común para quienes comparten una forma de vida constituye el presupuesto de racionalidad para la interpretación y la argumentación jurídica. Pero ante la comunidad jurídica como *auditorio universal*, la racionalidad se materializa a través de la persuasión. Ya antes de que Perelman situara la *persuasión* en un plano diferente al del *convencimiento*, Wittgenstein afirmaba en *Sobre la certeza*: "El juez podría bien decir: ésta es la verdad *en lo que yo pueda conocerla*. Pero qué efecto tendría esta coletilla? (más allá de cualquier duda racional). ¿Es erróneo dejarme guiar en mis acciones por las proposiciones de la física?,¿debo decir que no tengo ninguna buena razón para hacerlo?,¿y no es precisamente esto lo que llamamos una *buena razón*? Supongamos que encontramos gente que no lo considera como una razón plausible. Diciendo que esto es erróneo, ¿no nos salimos ya quizás de nuestro juego lingüístico para combatir el de los demás? Naturalmente apoyaremos nuestro modo de proceder con todo tipo de palabras de orden. *Combatiría* el otro juego lingüístico, pero entonces, ¿no le daría quizás *razones*? Ciertamente sí, pero ¿hasta dónde llegan? Cuando acaban las razones está la *persuasión*"[27].

Los juegos del lenguaje presuponen el abandono de la idea del *Tractatus* de que el mundo y el lenguaje poseen estructuras completamente paralelas, según la cual toda la realidad podría reflejarse lingüísticamente a través de criterios lógicos. Para argumentar contra el falsacionismo, Apel ha subrayado que cada enunciado lógico está ligado al fundamento de un principio que a su vez debe estar fundamentado, lo cual termina conduciendo a un *regressum ad infinitum*, que si se evitara desembocaría en todo caso en la quiebra del *principio de razón suficiente*, ya que el círculo lógico resultante sólo se interrumpiría arbitrariamente. El fundamento del discurso sobrepasa así el ámbito estricto de la lógica, dado el *horizonte metalingüístico* que es imprescindible presuponer[28].

Como grupo estructurado de juegos lingüísticos, la *forma de vida* hace referencia al conjunto de contextos y actividades vitales que constituyen y dan

[26] A. Aarnio, *op. cit.*, pp. 218 ss.
[27] L. Wittgenstein, *Sobre la certeza*, Gedisa, Barcelona, 1988, pp. 607 ss.
[28] K.O. Apel, "El problema de la fundamentación última filosófica a la luz de una pragmática trascendental del lenguaje", in *Diánoia*, 21 (1975), pp. 140-173.

sentido a una existencia individual. Siguiendo a Wittgenstein, Apel analiza cómo la sintaxis de nuestro lenguaje ofrece reglas sintácticas y semánticas que establecen la relación interna entre un término y su significado, en base a las cuales pueden expresarse *enunciados sintéticos a priori*. Ahora bien, para Apel no se puede excluir la posibilidad de que existan formas de vida *a priori* en las cuales se inserten los datos lingüísticos, lo que le lleva a defender la necesidad de construir una *semiótica trascendental* que estudie las condiciones universales de la comunicación pragmática. La pragmática lingüística universal deriva de la existencia de premisas o presupuestos trascendentales del discurso, que Apel asocia con las condiciones de verdad planteadas por Habermas en su teoría consensual. El intersubjetivismo fundamenta consensualmente la verdad de los argumentos en tanto que reflejos de la praxis comunicativa. La *situación comunicativa ideal* es el instrumento para garantizar el consenso en tanto que relación lingüística diáfana que implica un reparto equitativo de las posibilidades de intervenir en el diálogo, y que en consecuencia no depende de los sujetos que dialogan, sino del cumplimiento de las condiciones procedimentales del discurso[29].

El punto de partida de Apel es el *trilema de Münchhausen* planteado por Albert. Toda tentativa de satisfacer la exigencia de fundamentación última filosófica conduce a una de estas tres alternativas fallidas: a un *regressum ad infinitum*, determinado por la tendencia ilimitada a retroceder cada vez más lejos en la búsqueda de fundamentos; a deducciones lógicas autoreferentes, provocadas por el hecho de que en el procedimiento de fundamentación se utilizan enunciados etiquetados como faltos de fundamentación; o a una interrupción del procedimiento en un punto determinado, que daría lugar a una suspensión arbitraria del principio leibnitziano de *razón suficiente*. Ante este triple revés, sólo parece quedar el recurso popperiano a la renuncia a este principio, lo que supone aceptar que el método empleado no tenga en última instancia una base racional[30].

En el ámbito de la filosofía práctica, este falibilismo popperiano comporta asumir una praxis metódica con evidentes consecuencias sociales y éticas vinculadas a las *formas de vida*, ya que, aunque es imposible una fundamentación última de las normas éticas, los códigos éticos deben someterse a un constante examen crítico con respecto a su verificación de la realidad, que se abra a la eventualidad de diferentes alternativas. Apel se opone a esta posición que él denomina *racionalismo crítico*, y que trata de examinar de forma *metacrítica* centrándose en las condiciones de posibilidad de una crítica intersubjetivamente válida; es decir, en si el principio de fundamentación o justificación puede ser sustituido por el principio de la crítica, o más bien es presupuesto por el principio de la crítica válida intersubjetivamente[31].

Ya Aristóteles hizo referencia clara a la imposibilidad de una fundamentación lógico-matemática, deductiva, de los axiomas últimos. Los argumentos lógico-

[29] *Ibidem*.
[30] *Ivi*, pp. 140-141.
[31] *Ivi*, p. 142; L. Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Madrid, 1988, aforismos 654 ss.

matemáticos no pueden fundar por sí mismos la verdad de sus premisas, sino que sólo deducen el valor de verdad de la conclusión a partir del valor de verdad de las premisas. La lógica moderna ha seguido este dogma aristotélico, que en el círculo de Viena ha llegado a desembocar en la asunción de las condiciones pragmáticas de posibilidad del conocimiento científico como condiciones contextuales psicosociológicas ajenas a la validez del conocimiento. Pero, como recuerda Apel, se trata de condiciones que permiten la posibilidad del conocimiento intersubjetivamente válido, lo cual incluye la crítica científica y filosófica del propio conocimiento. La pragmática trascendental del lenguaje debe ser así un complemento filosófico de la sintaxis y semántica lógicas de lenguajes científicos ideales, y ha de hacer referencia a las condiciones de posibilidad del conocimiento lingüísticamente formulado, del conocimiento intersubjetivamente válido[32].

La posibilidad y necesidad de esta reconstrucción semiótico-trascendental tienen su base teórica en la obra de Peirce y Morris, y en particular en la distinción entre las funciones interno-lingüísticas de los signos; las referenciales, relativas a la realidad; y las interpretativas por parte de las comunidades humanas. A diferencia de la sintáctica, que estudia las relaciones de los signos entre sí, y de la semántica, que estudia las relaciones entre los signos y los significados, la pragmática estudia las relaciones entre los signos y quienes los usan, y para Apel ha de ser una disciplina filosófica que trate "de las condiciones subjetivo-intersubjetivas del entenderse con sentido y de la formación de consenso en la comunidad – idealmente ilimitada – de los científicos". Como transformación semiótica de la crítica de la razón pura, representa así para Apel una "lógica de la investigación, normativa y semiótica"[33]. El trilema de Münchhausen sólo se puede deducir en forma lógica con relación a los aspectos sintácticos y semánticos de las proposiciones, y al margen por tanto de la dimensión pragmática, que muestra las posibilidades performativas del lenguaje. El pragmatismo trascendental de Apel le acerca a la última filosofía del lenguaje generada a partir de la teoría de los actos lingüísticos de Searle, quien apoyándose en Austin subrayó que las reglas que regulan un acto ilocucionario, en el contexto de una institución, se *deducen* de las condiciones de validez pragmática del propio acto, del mismo modo que las reglas constitutivas de un juego se *deducen* de las condiciones ante las cuales se pueden realizar los movimientos correctos en ese juego.

Estas condiciones son similares a las condiciones de validez de los performativos, que Austin concentró en tres: la "errónea invocación" (*misinvocation*) del procedimiento, que provoca reprobar el acto; la "errónea ejecución" (*misexecution*) del procedimiento, que provoca viciar el acto; y la "falta de sinceridad" (*insincerity*) o "deslealtad" (*abuse*), que provoca vaciar de contenido el acto. De ellas extrae Searle la regla constitutiva de la institución, que en el caso paradigmático de la institución de la promesa podría formularse como "enunciar

[32] K.O. Apel, *op. cit*., pp. 144 ss.
[33] *Ivi*, p. 148.

una promesa cuenta como comprometerse a asumir la obligación de realizar el acto futuro correspondiente"[34].

Basándose en Searle, Apel afirma que las evidencias cognoscitivas están en todo momento vinculadas al lenguaje y a las actividades de los sujetos cognoscentes; es decir, a los juegos lingüísticos y a las formas de vida. Lo relevante no es sólo ya, como subrayara Wittgenstein, la *sintaxis de las proposiciones*, sino la *sintaxis de los sistemas de proposiciones*. El análisis puramente teórico de las reglas sintácticas y semánticas pierde relevancia porque la relación entre una palabra y su significado no se da en la teoría, sino en la práctica, en los usos lingüísticos de la palabra, los cuales no siguen regla alguna. La técnica filosófica analítica de los juegos del lenguaje sirve como terapia al librarnos de las confusiones filosóficas, en un proceso similar al que en el psicoanálisis nos libra de las confusiones psicológicas mediante la verbalización encauzada a través de la libre asociación de ideas. El psicoanálisis no *resuelve* los problemas psicológicos, pero los *disuelve*, y similarmente la filosofía analítica tampoco resuelve los problemas filosóficos, sino que los disuelve, los diluye al hacer que emerjan las confusiones teóricas causadas por la consideración del lenguaje al margen de los contextos y actividades vitales, al margen de las formas de vida.

Como hecho institucional primario, expresarse lingüísticamente es algo que entra dentro de una *forma de vida*, y según cómo sea ésta surgen variadísimos tipos de lenguaje, paralelos a los correspondientes juegos lingüísticos. Las reglas constitutivas que definen las formas de vida no son para Wittgenstein instrumentos de explicación de la conducta humana, sino pautas para interpretar fenómenos institucionales, para interpretar fenómenos en el contexto de juegos lingüísticos. No se debe buscar entonces una explicación cuando simplemente debemos ver lo que sucede como *protofenómeno*, cuando sólo debemos decir que *se juega este juego lingüístico*: "no se trata de explicar juegos lingüísticos a través de nuestras experiencias, sino de constatarlas"; es decir, de interpretar formas de vida, de constatar formas de vida que valen y cuentan en tanto que reflejos de las reglas constitutivas que les dan sentido[35].

Si no existiera esta vinculación entre el uso del lenguaje y la praxis vital de los juegos lingüísticos y las formas de vida, recalca Apel, un niño no podría aprender el lenguaje, y a su vez tampoco las formas de conducta que estén en armonía con la experiencia interpretada. Sin "evidencias experienciales paradigmáticas" no puede concebirse un juego de lenguaje funcional. Y paralelamente la fundamentación de la validez del conocimiento no puede consistir en la deducción lógica de proposiciones a partir de otras proposiciones, ni tampoco en el recurso al conocimiento intuitivo independiente del lenguaje, sino que se apoya en las reglas *a priori* intersubjetivas de un discurso de argumentación[36].

[34] J. Austin, *Cómo hacer cosas con palabras*, Paidós, Buenos Aires, 2008, pp. 12 ss.
[35] L. Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, cit.
[36] K.O. Apel, *op. cit.*

La fundamentación tiene entonces que reducirse para Apel a la evidencia presupuesta *conforme al sentido* en el juego lingüístico. La crítica tiene que presuponer un juego lingüístico con sentido, un "marco pragmático-trascendental", en el que posibles argumentos críticos y posibles fundamentaciones se correspondan paradigmáticamente. Estaríamos en definitiva ante la *institución del argumentar*, que como tal es tan autoreferente como el metro del museo de París que, más que medir un metro, define la longitud del metro; o como la propia *Grundnorm* de un Estado, de la que más que predicar su validez o invalidez, se debe utilizar como método de definición de validez. En el marco de un juego lingüístico, la duda y la crítica tienen sólo sentido si se presupone que pueden fundarse suficientemente a través de este tipo de base autoevidente.

El tránsito del primer al segundo Wittgenstein es reinterpretado por Apel como alejamiento del "camino metódico de deducción lógico-formal de principios" para llegar a la reflexión pragmático-trascendental sobre las condiciones de posibilidad de una argumentación crítica, en tanto que "juego trascendental del lenguaje como institución de la crítica, del cual vale en sentido enfático el punto de vista citado antes del Wittgenstein último": que es similar a un sistema a cuya esencia pertenecen los argumentos, a un sistema que constituye de alguna forma la "materia vital de los argumentos". Las evidencias paradigmáticas de este sistema no pueden ser puestas en duda por la crítica sin autocontradicción, ni ser fundadas deductivamente sin presuponerse a sí mismas. Representa para Apel la fundamentación filosófica última que no requiere premisas deductivas. Por eso, Apel vuelve a centrarse en el error puesto de manifiesto por Wittgenstein desde las *Investigaciones filosóficas*: las proposiciones y los sistemas proposicionales no se pueden interpretar de forma exclusivamente sintáctico-semántica, sino que es imprescindible atender a los aspectos pragmáticos ilocucionarios y perlocucionarios, que son trascendentales y autorreflexivos. Si sólo atendiéramos a las características sintácticas y semánticas del lenguaje estaríamos cayendo en lo que Apel denomina una *falacia abstractiva*, "que sirve de base a toda la lógica de la ciencia de nuestro tiempo". Para combatirla hay para Apel que recurrir a la "reflexión pragmático-trascendental sobre las condiciones subjetivo-intersubjetivas de posibilidad de una argumentación intersubjetivamente válida". De este modo, el conocimiento de que determinadas evidencias no pueden fundarse deductivamente sin ser ellas mismas presupuestas, como en el caso de la evidencia paradigmática de una lógica mínima en el marco de un juego lingüístico trascendental de la argumentación crítica, no representa una prueba de la imposibilidad básica de una fundamentación última filosófica, sino una manifestación de la "inteligencia reflexiva, pragmático-trascendental, de los fundamentos no criticables de la propia argumentación"[37], de los supuestos pragmático-trascendentales de la argumentación imprescindibles para que el *juego lingüístico de la argumentación* no pierda su sentido. La prueba de la eficacia de esta forma "pragmático-

[37] *Ivi*, pp. 159-160.

trascendental-reflexiva" de la fundamentación filosófica última nos remonta para Apel a la argumentación de la duda cartesiana. Como bien subraya Apel, Descartes destruyó el sentido de su propio juego lingüístico argumentativo cuando en el desarrollo de la duda metódica culmina con la presuposición de que al final todo lo que vale como real existe sólo en la conciencia (es "meramente un sueño"). Porque entonces el sentido crítico de la expresión "sólo en la conciencia" no puede sostenerse por presuponer, como evidencia paradigmática de juego lingüístico, que no todo existe sólo en la conciencia. El planteamiento de Descartes se basa en la mencionada falacia abstractiva, en la "ilegítima abstracción de Descartes consistente en la búsqueda metódico-solipsista de la evidencia del *a priori* del juego lingüístico de la argumentación"[38].

El elemento primordial de los argumentos filosófico-jurídicos es a mi juicio, siguiendo a Apel, un juego trascendental del lenguaje, en el que además de algunos principios lógicos se presuponga la existencia de un mundo real y de reglas pragmático-trascendentales de la comunicación ideal. El individuo no puede entrar en la institución de este juego lingüístico trascendental de la argumentación crítica, ni salir de ella, del mismo modo que lo hace en los juegos del lenguaje empíricos y en las formas de vida en tanto que instituciones. En tanto que es un individuo social con habilidades comunicativas, tiende a participar en la formación de una comunidad ideal de comunicación, cuyas reglas pragmático-trascendentales reconoce implícitamente. El hecho de que ello sea compatible con las dificultades para componer comunidades dialógicas ideales, demuestra para Apel la posibilidad de encontrar los supuestos de una fundamentación última pragmático-trascendental de la ética. Volviendo de alguna forma a la parte final del *Tractatus*, Apel señala que la institución fundamental del *juego trascendental del lenguaje*, que bordea el ámbito de la ética, se sitúa en un plano superior al resto de juegos del lenguaje, y al resto de formas de vida. Podría así definirse como una metainstitución de todas las instituciones humanas posibles en tanto que engloba las condiciones de posibilidad del diálogo racional, y de la que sólo habría que excluir al suicidio o a procesos patológicos del tipo de la paranoia o el autismo. Una elección que se concibe a sí misma como significativa presupone el juego trascendental del lenguaje como condición de su posibilidad. Y sólo en el supuesto racional de reglas cuyo cumplimiento es posible de forma intersubjetiva, se puede considerar que se actúa de acuerdo con la razón. Así se resume el intento apeliano de "metacrítica del racionalismo crítico", basado en el argumento reflexivo pragmático-trascendental según el cual no es posible razonar ni decidirse a favor o en contra del juego trascendental del lenguaje, sin presuponer las propias reglas[39].

[38] *Ivi*, pp. 165-166.
[39] *Ivi*, pp. 170-171.

8. Formas de vida y *comprensión* de la realidad social

A la explicación de los hechos, Wittgenstein oponía su comprensión, su comprensión como constatación de formas de vida. La tarea filosófica no debe consistir en la explicación de juegos lingüísticos a través de nuestras experiencias, sino en su constatación[40], en su constatación a través de la interpretación de formas de vida, que a su vez valen y cuentan en tanto que reflejos de las reglas constitutivas que les dan sentido. Posiblemente, ya desde fines del siglo XIX los historiadores fueron conscientes de que no podían confiar sin más en la razón teórica y en la aplicación de principios generales y abstractos, y de que por el contrario debían volver a lo particular. El error consistía en anteponer la explicación interpretativa a la explicación causal, la deducción a la inducción, en preferir las explicaciones de relaciones entre características que se autodefinen, olvidando así que lo que afirmamos sobre la realidad externa depende directamente de cómo nos conectamos con ella, de cuáles son nuestros intereses. Y este error se evita *comprendiendo*, localizando lo real en un espacio de posibles mediante la constatación de formas de vida.

Para enmarcar la semiótica trascendental, Apel revisó la oposición entre explicación y comprensión, a partir sobre todo del concepto weberiano de *explicación comprensiva* y de la reformulación de la oposición elaborada por von Wright, implícita ya en Wittgenstein. Pero para Apel la idea de explicación comprensiva no debe interpretarse como negadora de la distinción, que debemos originariamente a Dilthey, entre la explicación propia de las ciencias naturales, y la comprensión propia de las ciencias sociales. Por el contrario, el hecho de que explicación y comprensión estén interrelacionadas refuerza el sentido de la distinción, tanto desde el punto de vista epistemológico como desde el punto de vista metodológico. Es precisamente a través de una "teoría pragmático-transcendental del conocimiento y de la ciencia" como a juicio de Apel se puede entender más nítidamente la compatibilidad entre la distinción y la interrelación entre explicación y comprensión, en tanto que producciones cognoscitivas sintéticas cuyas condiciones categoriales de posibilidad no caben como categorías del entendimiento de una *conciencia pura*, en términos kantianos.

En el terreno historiográfico, Hawthorn ha desarrollado el concepto de *forma de vida* tratando de complementar la tesis wittgensteiniana de la lingüisticidad de toda la realidad, resumida en la afirmación de que *los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo*, a través de la idea de que, a su vez, *los límites de nuestro mundo son los límites de todo sentido*, y en concreto el límite de todos los condicionales contrafácticos consiste en que no podemos percibir ninguna posibilidad, incluida la posibilidad de este mundo percibida de distinto modo, con otros ojos diferentes de los nuestros. Revisando el dualismo científico, Hawthorn ha destacado la relevancia de lo que denomina la paradoja de la explicación, según

[40] L. Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, cit., aforismos 654 y 655.

la cual la explicación de los fenómenos históricos conlleva simultáneamente la ampliación y la reducción de alternativas. *Explicar* exige responder a las preguntas que nos hacemos mediante la atribución de sentido a los hechos a cuya información hemos accedido, con lo que *conocemos* más, pero dejamos de considerar otros mundos posibles que perdemos la oportunidad de *comprender*.[41]. Una explicación localiza algo en la realidad refiriéndose a su relación con otros aspectos de esa misma realidad. *Si es A, es B*. O lo que es lo mismo, *si no es B, es que no es A*. La explicación es acertada si la inferencia es correcta, lo que dependerá del condicional contrafáctico implícito en el razonamiento inferencial. Pero del mismo modo que el lenguaje no es lógico, a pesar de que Wittgenstein aspirara a ello en el *Tractatus*, las ciencias sociales no son ciencias exactas. Ni explican con exactitud el pasado ni son útiles para predecir el futuro. Como recuerda Hawthorn, las posibilidades causales, en tanto que son sólo posibles, pueden no materializarse. Ante un posible hecho futuro, únicamente son construcciones ideales del científico social; y ante un hecho pasado son meras reiteraciones[42].

Es entonces necesario localizar lo real en un espacio de otras realidades posibles *mostrando* las relaciones que tendría con ellas. Y este método vale también a mi juicio para el científico del derecho. Llegar más lejos es imposible por la incapacidad para seleccionar sucesivas posibilidades contrafácticas sin estar mediatizado por los prejuicios, a menos que incurramos en el error de formar razonamientos tautológicos, que se apoyarían en la definición tarskiana de proposición verdadera: La proposición *p* es verdadera si, y solamente, si p[43]. Los mundos reales diferentes del nuestro que pudieran eventualmente existir no nos darían en todo caso pistas sólidas para conocer nuestro mundo real, como tampoco nos las proporcionan supuestas leyes generales. Pero, como subraya Hawthorn, ésta no es una mala noticia para el científico social porque le da libertad para estudiar el abanico de posibles motivos de cada hecho histórico a través de *descripciones*, de descripciones que más allá de la lógica *muestran* las causas de los hechos remitiéndose a las diversas formas de vida. Este tipo de *explicación* conduce y mejora la *comprensión* porque depende del contexto determinado por los juegos lingüísticos en tanto que instituciones, o en tanto que metainstituciones (como la metainstitución del lenguaje, en tanto que "metainstitución de todas las instituciones humanas posibles", en palabras citadas de Apel). La elección de la forma de explicar se nutre forzosamente de imágenes de lo posible, muchas de las cuales provienen de realidades con las que contrastan. La incapacidad para responder certeramente a las preguntas sobre las consecuencias del comportamiento contrafáctico de los actores no nos impide realizar afirmaciones conectadas con ellas. En cualquier caso es incontestable que la referencia al conjunto de alternativas

[41] G. Hawthorn, *Mundos plausibles, mundos alternativos*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 245 ss.
[42] *Ivi*, p. 24.
[43] Véase por ejemplo A. Tarski, "The Semantic Conception of Truth", in *Philosophy and Phenomenological Research*, 4 (1944), pp. 343 ss.

posibles para un mundo, bien sea a través de juicios directos, bien sea mediante contrastes y comparaciones, tiene que partir necesariamente del mundo tal como es, y no de cómo imaginariamente hubiera podido ser. Las consecuencias de las explicaciones deben ser coherentes con el resto de procesos de ese mundo[44].

Podríamos hacer otras afirmaciones sobre la realidad externa menos descriptivas y más interpretativas, pero nos moveríamos con la incertidumbre derivada de cuantificar el grado de probabilidad correspondiente. No se trata de aceptar la tesis holista de que la interrelación estructural entre las circunstancias de cada contexto social propicia como única opción alternativa un mundo totalmente diferente desarrollándose desde el principio de todos los mundos, sino simplemente de constatar que la situación social podía haber sido diferente si determinados hechos hubieran sido distintos a como realmente fueron.

Es importante así distinguir la relación contingente entre sucesos naturales, de la relación entre la intención de la acción causalmente efectiva y la acción producida. Esta distinción es para Apel la base de la propia diferencia "entre el juego lingüístico de la ciencia natural y el de las ciencias del espíritu o ciencias sociales". La atribución causal de una acción a un agente presupone obligatoriamente que el agente tenía una intención que como tal se hizo efectiva, por lo que de algún modo tenía la capacidad de dirigir y controlar el proceso entero de su realización hasta llegar al fin[45]. Lejos de la metodología antipositivista decimonónica, que había tendido a psicologizar el concepto de *comprensión* hasta asimilarlo a la empatía, la lectura postwittgensteiniana del dualismo niega al científico social, como *científico del espíritu*, la misión de *comprender* al ser humano que actúa, aceptando y entendiendo las motivaciones que le hicieron tomar sus decisiones, por más que esas motivaciones tuvieran a su vez orígenes remotos inaccesibles para el propio historiador. Como subraya von Wright, no se trata de comprender psicológicamente la acción humana, sino de una comprensión semántica que penetre en la intención de los agentes mediante el razonamiento práctico[46].

La realidad jurídica proporciona innumerables ejemplos de cadenas argumentativas en las que los eslabones nunca están unidos por una sola causa. *Comprenderlas* significa profundizar en los contextos que fueron influyendo en el conjunto de tomas de decisiones, las cuales fueron consecutivamente *fabricando* los fenómenos históricos correspondientes. Se podría decir que, a diferencia de la explicación causal, la comprensión es conceptualmente un hecho institucional en tanto que depende siempre de un contexto. Sólo se puede *comprender* que un peón se convierta en una dama en el contexto *institucional* del juego del ajedrez. Sólo se puede *comprender* la creación de una obligación a partir de la emisión de determinados sonidos o de un determinado vertido de tinta sobre un soporte

[44] G. Hawthorn, *op. cit.*, pp. 33 ss.
[45] K.O. Apel, "La distinción diltheyiana entre explicación y comprensión y la posibilidad de mediación entre ambas", in *Teorema*, 15 (1985), pp. 107 ss.
[46] G.H. von Wright, *Explicación y comprensión*, Alianza Universidad, Madrid, 1979, pp. 24 ss.

documental en el contexto de la *institución* de la promesa o de la *institución* de la sucesión testamentaria. Sólo se puede interpretar lo emitido o escrito, sólo es posible su *comprensión*, en el contexto de la propia *institución* del lenguaje. Y sólo se puede *comprender* la conducta jurídica o antijurídica en el contexto de las *formas de vida* de los diferentes individuos y de las formas de vida de quienes se relacionan con ellos.