

LA APLICACIÓN ADECUADA DEL DERECHO

Leonor Moral Soriano

Instituto Universitario Europeo (Florencia)



E acuerdo con la tesis fundamental propuesta por Klaus Günther «las cuestiones de validez de una norma tienen que separarse de las cuestiones de su aplicación» (Günther, 1993b, 11). Esta idea justifica una visión *dualista* del discurso práctico: «Un enunciado normativo —dice Günther— puede pretender ser correcto si se apoya en una norma válida y en su adecuada aplicación» (Günther, 1995b, 302). Se debe distinguir, de un lado, un discurso sobre la *justificación* de las normas que está guiado por el criterio de *validez*; de otro lado un discurso sobre la *aplicación* de las normas válidas al caso concreto que está guiado por el criterio de *adecuación*. Se trata de dos formas discursivas complementarias y no excluyentes.

Günther extiende esta concepción dualista del discurso práctico tanto al discurso práctico general como al discurso práctico jurídico. Dentro de este último conviene distinguir la actividad de justificación de la actividad de aplicación de las normas jurídicas. En concreto, Günther sostiene que el razonamiento judicial debería explicarse como una forma de discurso de aplicación.

La concepción dualista del discurso práctico jurídico es una réplica a la conocida *tesis del caso especial* de Robert Alexy, según la cual el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, es decir, una forma de

discurso de justificación de normas (Alexy, 1989). Este artículo no pretende resolver la polémica suscitada dentro de la filosofía discursiva. Más bien quiere comprender primero y valorar después el alcance que la propuesta teórica de Günther pueda tener en la práctica judicial.

1. LA NECESIDAD DEL DISCURSO DE APLICACIÓN

La deliberación sobre la justificación de las normas está guiada por un criterio de validez denominado *principio de universalidad discursivo* (U), siguiendo terminología usada por Günther. Una norma es válida, de acuerdo con U, si todos los afectados por su cumplimiento aceptan colectivamente las consecuencias y efectos de su aplicación¹. Por lo tanto, si una norma es válida cuando las consecuencias y efectos que produce al ser aplicada han sido afectados todos los afectados, sólo la consideración de una concreta situación de aplicación permitirá determinar *qué* intereses resultan afectados, y por lo tanto *quiénes* participarán en la deliberación. Parece, pues, que la anticipación de la *descripción de una situación de aplicación* es el primer requisito para iniciar un discurso sobre la justificación de las normas. Sobre cuál sea el contenido de esta descripción es el interrogante que Günther resuelve al confrontar dos versiones de U.

1.1 La versión fuerte de U

Según esta interpretación *fuerte* del principio de universalidad discursivo, una norma debe incluir la *completa descripción de la situación de aplicación*. La deliberación, subraya Günther, se centra no sólo en la aceptación de las consecuencias de la norma, sino también en la consideración de todos los aspectos relevantes de una situación concreta de aplicación. «Una norma es válida y en cada caso apropiada —dice Günther— si las consecuencias y efectos paralelos que se producen para los intereses de cada individuo como resultado del cumplimiento general de esta norma *en cada situación particular* pueden ser *aceptados por todos*» (Günther, 1993b, 14. El énfasis es mío).

¹ El principio de universalidad discursivo significa «que *cada uno* se pone en la posición de la otra persona, que esto se hace *recíprocamente* y que todos los interesados juzgan *colectivamente* si la norma corresponde a sus intereses comunes» (Günther, 1993b, 23. El énfasis es mío).

Así, las normas cuya aceptación se discute deben anticipar *todas* las situaciones de aplicación, de manera que sus aspectos son obvios y los intereses de los afectados evidentes (Günther, 1993b, 34). La crítica que Günther dirige a esta versión de U, y la crítica que dirige a toda concepción monista del discurso práctico, es que U fuerte sólo es posible si el discurso tiene lugar en condiciones ideales de deliberación (participación, tiempo y conocimiento ilimitados, ausencia de coacción). El corolario es evidente: puesto que la situación de deliberación es real (tiempo determinado, conocimientos limitados y existencia de coacción), es imposible anticipar la completa descripción de toda situación de aplicación, y por lo tanto es imposible dar inicio a la deliberación discursiva.

1.2 La versión débil de U

La propuesta de Günther sigue una línea de la filosofía discursiva que quiere adaptar el discurso práctico a las condiciones reales de deliberación. Günther abraza el concepto *débil* de U formulado por Habermas según el cual, en la justificación de una norma sólo tienen que considerarse las consecuencias y efectos paralelos de una norma que dentro de los límites de tiempo y conocimientos *puedan anticiparse*. «Una norma es válida —según esta versión débil de U— si sus consecuencias y efectos paralelos que produce a los intereses de cada individuo como resultado del cumplimiento general de la norma *bajo circunstancias inmutables* pueden ser aceptados por todos» (Günther, 1993b, 35. El énfasis es mío). Gracias a esta versión débil de U en la justificación de una norma se omitirá la valoración de todos los aspectos relevantes en todas las posibles situaciones de aplicación, centrándose la deliberación en aquellos aspectos que permanezcan inalterables en todas las situaciones de aplicación: «En el discurso sobre la validez —dice Günther— sólo se es capaz de examinar los aspectos de la descripción de una situación que son iguales en cada caso de aplicación» (Günther, 1989a, 158). Éste es el significado de aceptar una norma bajo circunstancias inmutables o *all things being equal* (Günther, 1989a, 163).

1.3 La versión débil de U y la concepción dualista del discurso práctico

La versión débil de U es el gran valuarte a favor de la concepción dualista de la actividad discursiva, es decir, a favor de la distinción entre discurso de justificación y de aplicación de normas.

Para explicar la relevancia del concepto débil de U en la teoría discursiva de Günther hay que iniciar por el concepto de *conflicto de normas válidas*: situaciones concretas en las que es posible aplicar varias normas que alcanzan resultados incompatibles entre sí (Günther, 1993b, 207).

Para quienes sostienen, artificialmente, una versión fuerte de U y por lo tanto una versión monista del discurso práctico, el conflicto de normas se resolverá mediante una actividad de justificación (en su versión fuerte) según la cual una norma es válida cuando al sumarle las circunstancias relevantes del caso concreto es aceptada por todos. Esta solución esconde, tras su aparente simplicidad, una inversión del procedimiento discursivo porque primero se resuelve la aplicación de la norma, es decir, la completa descripción del caso concreto, y luego su justificación, es decir, la aceptación recíproca de sus consecuencias (Günther, 1989a, 160). Tal inversión significa que para cada situación concreta los participantes de un discurso práctico deben afrontar una *tabula rasa* moral, puesto que todas las normas son inválidas salvo una que además será la norma adecuada al caso concreto.

Para la versión débil del discurso de justificación, sin embargo, todas las normas son válidas, y por supuesto también lo son las normas en conflicto, porque han sido aceptadas por todos en condiciones inmutables. En otras palabras, su validez, su aceptación, no dependen de la completa descripción del caso de aplicación, sino de una descripción *all things being equal*. De las normas (válidas) en conflicto, sólo una será la norma adecuada a la situación concreta. La llave para solucionar el conflicto de normas *válidas* no será, por lo tanto, la aceptación de una norma en detrimento de otra, sino la *adecuación* de una de ellas a la completa situación de aplicación. Esta actividad, ajena al discurso de justificación, es el contenido del *discurso de aplicación de normas*. La actividad de aplicación de las normas consiste, pues, en la descripción del caso concreto de aplicación en sus aspectos relevantes para determinar qué norma es la adecuada.

Antes de analizar con más detenimiento en qué consiste este discurso de aplicación de las normas quiero reiterar que el concepto de conflicto de normas válidas no parece que encuentre su solución por vía del discurso de justificación débil. Esta versión, sin embargo, sí permite afrontarlo correctamente al separar las cuestiones de aceptación de las normas de aquellas otras de descripción del caso concreto. En otras palabras, la versión débil de U esconde una tesis más relevante para este ensayo: la necesidad de distinguir entre un discurso de justificación y un discurso de aplicación de las normas.

El criterio de distinción entre el *discurso de justificación* y el *discurso de aplicación de las normas morales* es su diverso contenido. La justificación es, según Günther, un discurso práctico sobre la *validez* de las normas independientemente de la situación individual o concreta en la que serán aplicadas. El discurso de aplicación, por otro lado, está centrado en la *adecuación* de las normas a las circunstancias relevantes del caso concreto. El núcleo de este discurso es el si se debe y el cómo se debe seguir una norma, en una situación particular y consideradas todas las circunstancias relevantes (Günther, 1993b, 37-38).

Justificación y aplicación son dos formas discursivas complementarias, validez y adecuación dos criterios de corrección complementarios. Allí donde no llega la justificación, es decir, a la consideración de todos los aspectos relevantes de una situación de aplicación, comienza la aplicación de la norma. El criterio de distinción entre justificación y aplicación no es otro que la distinta relevancia práctica atribuida a la situación concreta en uno y otro discurso: irrelevante para el primero, necesario para el segundo.

Concluye así el razonamiento a favor de la distinción entre discurso de justificación y discurso de aplicación, o, lo que es igual, a favor de una versión débil de justificación. Una argumentación que queriendo se puede resumir en los siguientes puntos: 1) Todas las normas son válidas si han sido aceptadas bajo circunstancias que permanecen invariables para cada situación de aplicación. 2) Estas normas son razones *prima facie* aplicables porque son insuficientes para sostener su aplicación a una situación concreta, o en otras palabras, su validez no contiene su aplicación. 3) Las normas válidas colisionan entre sí cuando se consideran los aspectos relevantes de una situación de aplicación concreta². Entonces comienza una actividad discursiva, distinta a la de validez, que pretende la aplicación adecuada de una de las normas en conflicto.

2. LA TESIS SOBRE EL DISCURSO JURÍDICO

La distinción entre actividad de justificación y de aplicación de las normas, y el carácter complementario de ambos puede ser trasladado, según Günther, al ámbito de la deliberación jurídica. Más aun, para este teórico alemán el

² «Por lo tanto —dice Günther— en el discurso de aplicación se afronta el problema del conflicto de normas. Las normas que son válidas en circunstancias inmutables pueden colisionar unas con otras cuando se consideran todas las circunstancias de una situación [...] El conflicto de normas sería así un problema de su adecuación y no de su validez» (Günther, 1993b, 212).

razonamiento judicial es identificado con el discurso de aplicación de las normas. Con ambas ideas se quiere, fundamentalmente, criticar la *tesis del caso especial* de Alexy cuestionando, en primer lugar, que el derecho pueda completar el razonamiento práctico general (es decir, que permita superar sus límites); y negando, en segundo lugar, que el razonamiento judicial pueda ser un caso especial del discurso práctico general (es decir, que exista una necesaria conexión entre el derecho y la moral).

Para reconstruir la tesis de Günther y dar cierta sistematicidad a las concretas pero dispersas menciones que hace a lo largo de su investigación, se pueden seguir las siguientes tres ideas-guía: 1) el carácter discursivo del razonamiento jurídico; 2) la distinción entre discurso práctico general y discurso jurídico o entre validez discursiva y validez jurídica; y finalmente, 3) la introducción del principio de adecuación en el discurso jurídico, es decir, la distinción, dentro del razonamiento jurídico, entre discurso de justificación y discurso de aplicación.

2.1 El carácter discursivo del razonamiento jurídico

Al igual que Habermas, Günther sostiene que el discurso jurídico está fundado en el discurso moral (discurso práctico general) y que por lo tanto comparten la misma estructura (Habermas, 1993, 89). Ambos son procedimientos de deliberación (ya sea moral o jurídica) en los que participan los miembros de una comunidad (la moral o la jurídica) y que pretende no tanto llegar a una conclusión determinada sobre qué debe ser, o qué se debe hacer, cuanto recoger aquellas normas (morales o jurídicas) que tienen que formar parte de la deliberación en un caso concreto (Günther 1993a, 149). Esta cualidad del discurso se denomina «reducción de lo discursivamente posible».

2.2 La distinción entre discurso general práctico y discurso jurídico

Sin embargo, a pesar de que el razonamiento jurídico tenga una estructura discursiva, la particularidad de su objeto, del derecho, explica las diferencias entre ambos (Habermas, 1993, 89). Antes de entrar en la distinción entre discurso práctico general y discurso jurídico (o entre moral y derecho si se quiere) conviene, así lo hace Günther, justificar la introducción misma del derecho en el ámbito de la deliberación práctica.



En una deliberación moral los participantes tienen en cuenta las normas (morales) porque arropan la expectativa de que los demás también lo hacen, es decir, la «base» de la deliberación moral es la *relación intersubjetiva de reconocimiento mutuo* entre los participantes (Günther 1993a, 149). Junto a esta ausencia de imposición de normas morales, la deliberación práctica general se caracteriza, en primer lugar, por una ausencia de límites temporales y de conocimiento, lo que permite a los participantes discutir sin que estén compelidos a alcanzar un consenso o lograr un resultado y, en segundo lugar, por una ausencia de coacción que impide, lograda una solución, garantizar su cumplimiento.

A partir de esta idea de tiempo determinado y conocimientos limitados se pueden desarrollar dos líneas de argumentación. De un lado se puede sostener que la deliberación práctica tiene lugar en una situación real de deliberación, por lo que el reconocimiento intersubjetivo mutuo, la ausencia de restricciones temporales y de conocimiento, así como la ausencia de coacción deben ser considerados como *límites* del discurso práctico. Se dice entonces que la deliberación práctica general en circunstancias reales padece una indeterminación cognitiva y debilidad motivacional (incapacidad de lograr un resultado e incapacidad de garantizar su cumplimiento respectivamente) que justifica la introducción del derecho. Así, concluye esta línea de argumentación, el elemento funcional y coactivo del derecho *completa* el discurso práctico general, ayudando a éste a superar sus propios límites.

La otra línea de argumentación, la que adopta Günther, considera que el reconocimiento intersubjetivo mutuo, la ausencia de restricciones temporales y de conocimiento y la ausencia de coacción son las características, no los límites, del discurso práctico general, y que por tanto indican que éste sólo puede llevarse a cabo en una situación ideal de deliberación. Un discurso bajo condiciones de deliberación reales no puede entenderse, según parece, como un discurso práctico general con límites, sino más bien como un discurso distinto. Para esta forma discursiva determinada por la situación real de deliberación, se exige la introducción del derecho cuyos aspectos funcionales y coactivos no completan el discurso práctico general, sino que integran una forma discursiva distinta. En definitiva, concluye Günther, es la determinada situación de deliberación real (y no los límites del discurso práctico general) lo que justifica la introducción del derecho.

Si Günther no siguiera adelante con su razonamiento todo parecería indicar que más que hablar de discurso práctico general y discurso jurídico, la oposición relevante sería aquella entre el discurso ideal y el discurso real. Afortu-

nadamente, una vez justificada la introducción del derecho en la deliberación práctica, Günther ofrece un criterio de distinción entre ambas formas discursivas que disipa el anterior equívoco. Se trata del *criterio de corrección o de validez moral o jurídica* de uno u otro discurso.

En el razonamiento jurídico (el del legislativo es más ejemplificativo), incluso si éste tiene lugar en condiciones cercanas a una situación ideal del discurso, no sólo se tendrán en cuenta los principios o reglas del discurso³ sino también otras *razones pragmáticas* (Habermas, 1993, 155) como los programas y fines que persigue una determinada comunidad jurídica. Para Habermas, al igual que para Günther, el hecho de que en el razonamiento jurídico se consideren, además de los principios y reglas del discurso, los programas y fines de una comunidad jurídica no justifica en absoluto la tesis del caso especial, sino que más bien confirma la distinción entre el discurso práctico general y el discurso jurídico como dos formas discursivas con criterios de corrección diversos.

La valoración de programas y fines en un discurso práctico modifica, según Günther, el criterio de corrección del mismo. No se delibera sobre *lo que debe ser para todos* en términos universales, sino sobre *lo que es bueno para una determinada comunidad jurídica*. También modifica el concepto de validez o de aceptación de las razones aducidas en uno u otro discurso. Mientras que en la deliberación moral, la validez de las normas depende de la aceptación por todos los afectados que participan en una deliberación regulada por las *reglas y principios discursivos* universales, en el caso de la deliberación jurídica, sin embargo, la validez de las normas depende de su aceptación por los miembros de una determinada comunidad jurídica en la base de un *procedimiento institucionalizado*, es decir, regulado por normas jurídicas. Sólo una deliberación institucionalizada podía dar cabida a la consideración de razones pragmáticas (que en el discurso práctico general quedan fuera de toda deliberación por incumplir el requisito de universalidad); sólo una deliberación institucionalizada es compatible, además, con las condiciones reales en las que tiene lugar el discurso jurídico. «Las normas jurídicas —dice Günther— tienen que ser positivamente válidas y su validez depende de si han sido o no el resultado de procedimientos legítimos»⁴.

³ Entre éstos el principio de universalidad, que no es una regla más del discurso sino el verdadero centro de la deliberación moral.

⁴ Günther, 1989b, 448. Estos procedimientos legítimos son, en los sistemas jurídicos continentales, los legislativos y en los sistemas de derecho común habrá que añadir los de creación de precedentes judiciales.

El criterio de validez jurídica atribuye a estos procedimientos legítimos un carácter eminentemente institucional, de manera que no sólo es un criterio de justificación de las normas jurídicas, sino que además cumple dos funciones adicionales en la deliberación. La primera es que «hace que sea institucionalmente obligatorio el tomar ciertas razones en consideración». Éstas serán las normas jurídicamente válidas establecidas por el procedimiento legislativo de una específica comunidad jurídica. La segunda función es la de «distribuir y definir los papeles de los participantes en el procedimiento jurídico, así como la forma en la que las razones jurídicas son introducidas en el procedimiento de decisión judicial». Se refiere a la regulación de cómo las razones jurídicas, de consideración obligatoria, tienen que usarse en el razonamiento judicial (Günther, 1993a, 155-156).

Resumiendo, el razonamiento jurídico está basado exclusivamente en normas jurídicas válidas cuyo criterio de validez jurídica determina *qué* razones pueden considerarse (sólo las que resulten del procedimiento legítimo) y *quiénes* y *cuándo* pueden participar en el discurso jurídico (tanto legislativo como judicial). Los efectos que el anterior concepto de validez (aceptación por una comunidad jurídica de las normas elaboradas en un procedimiento legítimo) tienen para el discurso práctico pueden resumirse en la *institucionalización* del discurso práctico jurídico.

2.3 El discurso jurídico como discurso de justificación y como discurso de aplicación

Justificada, finalmente, la introducción del derecho en el ámbito de la deliberación práctica y elaborado un criterio de distinción entre discurso práctico general y discurso jurídico (el mencionado criterio de validez jurídica), resta ahora abordar el núcleo de la tesis de Günther: la distinción, dentro del discurso jurídico, de una actividad de justificación y otra de aplicación de las normas jurídicas.

Sostener tal distinción, así como sostener, especialmente, que el razonamiento judicial es un discurso de aplicación, arremete definitivamente contra la tesis de Alexy en relación a la necesaria conexión entre el discurso práctico general y el discurso práctico jurídico.

La argumentación retoma el aspecto institucional del discurso jurídico y en concreto la obligación (también institucional) de tener en cuenta sólo las normas jurídicas válidas que: «exonera a los ciudadanos de demostrar que la ra-

zón jurídica a la que él o ella se refiere es legítima» (Günther, 1993a, 154). El razonamiento jurídico, por lo tanto, está basado en normas cuya validez jurídica se presupone y no se cuestiona, en otras palabras, la validez de las normas jurídicas, una vez elaboradas según un procedimiento legítimo, no es objeto de deliberación.

Lo anterior tiene una inmediata consecuencia para la lógica del discurso jurídico y particularmente para el razonamiento judicial: éste no está orientado a la justificación de las razones consideradas puesto que estas razones, las normas jurídicas, ya han sido justificadas por el procedimiento legislativo, es decir, son razones válidas⁵.

El concepto de validez jurídica conduce así al centro de la tesis de Günther: la actividad judicial no puede considerarse una forma del discurso de justificación puesto que las cuestiones de validez (jurídica) son irrelevantes. Entonces es el caso de *introducir el discurso de la aplicación de las normas para explicar el razonamiento judicial*⁶.

De esta manera, al igual que ocurría en el discurso práctico general, en el ámbito de la deliberación jurídica también habrá que distinguir dos formas discursivas (Günther, 1993b, 253). De un lado, el discurso de justificación de las normas jurídicas cuya pretensión es la validez jurídica de las normas. Éstas deben ser aceptadas por una concreta comunidad jurídica y según un proceso legítimo que permita la consideración de razones pragmáticas. De otro lado, el discurso de la aplicación de las normas jurídicas válidas, cuya pretensión de corrección será la adecuación de la norma a los aspectos y circunstancias relevantes del caso concreto (Günther, 1993a, 153). Las cuestiones de validez (jurídica) son del todo irrelevantes para la actividad de aplicación de las normas, al igual que la completa descripción de la situación

⁵ Otro argumento esgrimido por Günther en favor del contenido no justificativo del discurso jurídico (judicial) es la ya mencionada indeterminación cognitiva de las normas, o mejor la introducción del derecho para la eliminación de esta indeterminación. El discurso jurídico, a diferencia del discurso práctico general, tiene que dar una respuesta de qué es lo que se debe hacer en un caso concreto, así como garantizar el cumplimiento de la misma. La idea de la indeterminación cognitiva, señala Günther, no es sin embargo una exclusiva del discurso práctico general, pues tampoco las normas jurídicas determinan qué se debe hacer en un caso concreto. En definitiva, la indeterminación cognitiva es un problema de toda aplicación de las normas, sean éstas morales o jurídicas (Günther, 1993a, 148).

⁶ Esta tesis no ha recibido tanta atención como la inicial tesis de Günther sobre la distinción entre el discurso de justificación y de aplicación en el ámbito del discurso práctico general. Para el caso del razonamiento jurídico, Günther se limita a indicar que en el discurso jurídico la validez de las normas se presupone y no se cuestiona. Creo que éste es uno de los puntos débiles de la propuesta de Günther, que descubre un análisis superficial sobre el mismo concepto de validez jurídica, su relación (si existe) con la validez moral y finalmente su función en el razonamiento jurídico.

de aplicación es del todo irrelevante en la actividad de justificación de las normas jurídicas. Deliberación sobre la validez, y deliberación sobre la adecuación de las normas válidas a un caso concreto son dos formas discursivas que corresponden a los procedimientos jurídicos institucionalizados legislativo y judicial. Siguiendo a Günther, habrá que referirse al razonamiento jurídico como dos discursos institucionalizados (el legislativo y el judicial) a través de los cuales las normas jurídicas serán justificadas (primero) y aplicadas (después). Sólo gracias a estas dos formas discursivas, complementarias entre sí, se puede entender que el derecho pueda ser alterado sin perder su legitimidad, o que la validez de las normas jurídicas sea compatible con su permanente cambio debido a la adaptación a situaciones concretas (Günther, 1984, 171).

3. LA LÓGICA DEL DISCURSO JURÍDICO COMO DISCURSO DE APLICACIÓN

En principio, la lógica del discurso jurídico como discurso de aplicación no difiere de la del discurso práctico general. La actividad de aplicación da comienzo cuando se plantea un *conflicto de normas jurídicas válidas*, es decir, cuando al considerar una situación concreta de aplicación es posible aplicar al menos dos normas (válidas) que alcanzan resultados incompatibles entre sí. De esta definición conviene destacar, en primer lugar, que se trata de un conflicto entre normas válidas, y que por lo tanto su solución no puede venir de la mano de una actividad justificativa. En segundo lugar, puesto que el conflicto se origina al considerar un caso concreto, será la completa descripción del mismo la que permita solucionarlo⁷. El objetivo del discurso de aplicación (y esto vale tanto para el discurso práctico general como para el jurídico) será determinar cuál de las normas válidas en conflicto es la *adecuada* al caso concreto, una vez que éste ha sido descrito en sus aspectos relevantes. La aplicación de normas jurídicas aglutina, por lo tanto, dos actividades distintas: una de descripción y otra de justificación de la elección de unos aspectos (los relevantes) en detrimento de otros.

⁷ Se podría decir que una norma jurídica (las normas jurídicas en situación de conflicto) es indeterminada en tanto que no contiene referencia alguna a una situación concreta de aplicación. En este sentido, la indeterminación de las normas no es un problema de su estructura sino que concierne a su adecuada aplicación del caso concreto (Günther, 1993b, 274). Günther quiere así destacar la importancia que el caso concreto, su descripción completa, tiene para la aplicación también de las normas jurídicas.

Lo que sí es específico del discurso jurídico de aplicación es el concepto de *adecuación*, que se tiene que interpretar en relación a: 1) la *aplicación de las normas* jurídicas válidas, es decir, sólo son objeto del discurso jurídico de aplicación las normas jurídicas válidas; y 2) los diferentes problemas de *justificación de las decisiones judiciales* o de las normas jurídicas singulares a los casos concretos (Günther, 1993a, 155), es decir, la adecuada aplicación de una norma jurídica (general) determina la justificación de la decisión judicial (la norma jurídica individual).

Para *aplicar* una norma jurídica, es decir, para construir su relación de adecuación al caso concreto, Günther propone el análisis de dos teorías: la hermenéutica y la teoría de Dworkin.

Para la teoría hermenéutica, un texto (una norma jurídica) no se puede entender independientemente de la situación de su interpretación. Por eso la interpretación es descrita como un constante ir y venir entre la premisa mayor y las circunstancias de la vida⁸. La objeción de Günther a esta teoría es que lo que se determina con la interpretación de las normas, con este ir y venir, no es la propia aplicación de la norma al caso concreto, sino su significado en el contexto en el que tiene lugar la interpretación (Günther, 1993b, 275). La determinación del significado ambiguo, vago, abierto o carente de valor de una norma necesitará como instrumentos lo que Günther denomina reglas sobre el uso de las palabras. A esta categoría pertenecen los cánones interpretativos, los precedentes y los principios de la doctrina legal. Éstos se limitan a la justificación interna de las normas (de su significado) sin que logren justificar la selección de los aspectos relevantes de un caso concreto, es decir, la descripción del mismo.

Por este motivo, Günther recurre al principio de integridad de Dworkin. Este principio tiene la cualidad de explicar «la idea de una consideración imparcial de todos los aspectos relevantes de una situación» (Günther, 1993b, 278). Pero Günther interpreta estos «aspectos relevantes» no como elementos fácticos sino principalistas: la indeterminación de las normas jurídicas desaparece cuando éstas se remiten a los valores o a los argumentos principalistas ajenos al sistema de derecho positivo. El juez, sostiene Günther siguiendo a Dworkin, «personifica la comunidad cuando interpreta y aplica el derecho» (Günther, 1995a, 45).

Günther no ha interpretado el principio de integridad de Dworkin como una regla semántica o como una regla de consistencia de la interpretación, se-

⁸ La metáfora recogida por Günther es de Engisch (Engisch, 1943, 15).

gún la cual las normas se aplican de manera similar en casos iguales. Más bien, lo entiende como «un concepto relacional que prescribe la compatibilidad de una decisión con todos los posibles principios».⁹

El principio de integridad es interpretado por Günther como el principio de adecuación del discurso de aplicación jurídica (el razonamiento judicial). Como tal principio, permite una relación entre el conjunto de derechos que se aplica y los principios sobre los que descansa la comunidad política: el derecho (ley y precedentes) se aplica de forma igual a casos semejantes a la luz del conjunto coherente de principios (Günther, 1993b, 283).

De esta interpretación del principio de integridad como principio de coherencia quisiera destacar dos aspectos fundamentales para elaborar una crítica razonable a la teoría de Günther. Me refiero, en primer lugar, al carácter no fáctico sino principalista que cobra la descripción del caso concreto; y en segundo lugar, al uso restringido de este principio en la aplicación de las normas jurídicas y no en la justificación de las mismas.

4. LAS CRÍTICAS A LA TESIS DEL DISCURSO JURÍDICO COMO DISCURSO DE APLICACIÓN

Las críticas que ahora se presentarán inciden en dos conceptos esenciales de la teoría de Günther: la *no conexión* entre el discurso práctico moral y el discurso práctico jurídico, y el *principio de adecuación jurídico*. Ambos plantean dudas sobre la corrección de las tesis de separación entre validez discursiva y validez jurídica, por un lado, y entre discurso de justificación y de aplicación en el razonamiento jurídico, por otro lado¹⁰.

4.1 Sobre la distinción entre discurso práctico general y discurso práctico jurídico

Mientras que en el discurso de justificación la completa descripción de una situación de aplicación es irrelevante, en el discurso de aplicación la vali-

⁹ Günther, 1993b, 278. Se refiere a los principios de una comunidad política.

¹⁰ En la obra de Günther aparece insinuada la necesaria relación entre discurso práctico general y discurso práctico jurídico, así como la relación entre discurso de justificación y discurso de aplicación. Günther concluye así contradiciéndose en lo que a la separación se refiere.

dez de las normas es irrelevante. Es más, en el discurso de aplicación jurídica la validez de las normas jurídicas, si han sido elaboradas mediante un procedimiento legítimo, se presupone y no se cuestiona. La labor del juez, sostiene Günther, es la de describir una situación de aplicación en todos sus aspectos relevantes para así determinar qué norma jurídica válida es la norma adecuada al caso. Los jueces, en fin, no entran a valorar la validez, la justificación, de las normas que aplican.

La separación de las cuestiones de validez de las cuestiones de adecuación no sólo tiene consecuencias dentro del discurso práctico jurídico¹¹ sino dentro de la filosofía discursiva misma. Me refiero en concreto a la separación entre el discurso práctico general y el discurso práctico jurídico: parece impensable, al menos para la teoría de Günther, un conflicto entre normas morales válidas y normas jurídicas válidas. Efectivamente Günther considera en su obra la existencia de conflictos entre normas discursivamente válidas o entre normas jurídicamente válidas.

Esta hipótesis creo que sea más ficticia que real. Existen normas jurídicas que aun siendo producto de un procedimiento legislativo legítimo, es decir, normas jurídicamente válidas, están en claro conflicto con una norma moral aceptada recíprocamente por todos, es decir, una norma discursivamente válida. Éste es el caso de las leyes discriminatorias: normas que jurídicamente son válidas (fruto de un procedimiento legislativo legítimo) y discursivamente no son válidas (contradicen el principio de igualdad).

Como se ha indicado, este tipo de conflictos parecen imposibles en la obra de Günther debido a la rígida distinción entre los dos niveles discursivos. Pero incluso si se aceptara su posibilidad, es decir, que un aplicador del derecho (un juez) tuviera que resolver un conflicto entre una norma jurídicamente válida y una norma moralmente válida, la teoría de Günther no le sería de gran ayuda. Al excluir de la aplicación del derecho una deliberación sobre la justificación de las normas (su validez jurídica y no digamos su validez moral) se excluye también la posibilidad de solucionar el conflicto, al menos por el juez.

Parece que Günther ha intuido la anterior crítica cuando dice que si un conflicto no puede solucionarse en un discurso de aplicación, «entonces podría ser el caso de que una de las normas no es universal [...] Entonces, tendríamos que entrar en la justificación de su validez» (Günther, 1989a, 165). Aunque no se especifique el carácter de las normas que provocan este conflicto, su impo-

¹¹ Esta separación fundamenta la distinción entre la actividad justificativa y la actividad de aplicación.

sible solución se debe a que *una de ellas no ha sido discursivamente justificada*, no es discursivamente válida. Esto significa, en primer lugar, que la validez jurídica de las normas parece depender de su justificación discursiva, y en segundo lugar, que un conflicto, como el que plantea una ley de discriminación racial, sí puede ocurrir e incluso provocar un discurso de aplicación. Lo que sin embargo sigue siendo imposible es que el mismo discurso de aplicación pueda resolverlo porque, en el razonamiento judicial (como en el discurso práctico general de aplicación), «entrar en la justificación de la validez de las normas» significa abandonar el discurso de aplicación y entrar en el discurso de la justificación. La tesis de Günther carece, finalmente, de cualquier valor para la actividad judicial¹².

4.2 Sobre el principio de adecuación jurídica

La segunda crítica que quisiera ofrecer incide en el principio de adecuación y en general en la lógica de la aplicación del derecho propuesta por Günther. Quizás ésta sea más ejemplificativa de la facilidad de malinterpretar el discurso de aplicación jurídica como discurso de justificación, o de la necesidad de una relación entre ambos discursos que debilita la tesis dualista del discurso práctico.

El criterio de corrección del discurso de aplicación es el principio de adecuación. Está definido como una relación de coherencia entre la norma que se aplica y el caso concreto. Para desarrollar el contenido de este principio, Günther recurre al principio de integridad de Dworkin, con el que ve un paralelismo. Según este principio un caso concreto se describe por la consideración no de sus aspectos fácticos sino por los principios e intereses de la comunidad política. Lo que significa que para determinar cuál es la norma adecuada y justificar la descripción del caso concreto al que se aplica, el juez tiene que relacionar la norma jurídica concreta, es decir, su decisión, con los principios políticos.

¹² A esta crítica hay que sumarle la realizada por Alexy y que vale tanto para el discurso de aplicación general como para el jurídico. Sostiene que el discurso de aplicación jurídico logra determinar qué normas son las que se deben considerar en la deliberación (reduce el espacio de lo discursivamente posible), pero olvida explicar cómo se aplica la norma adecuada, cómo se subsume ésta en el caso concreto que se ha descrito. Esta consideración incide en el escaso valor que el discurso de aplicación puede tener para los jueces y en general para los aplicadores del derecho. Sí es criticable, además, el hecho de que la distinción entre discurso de justificación y de aplicación jurídica obligue a remitir la solución de ciertos conflictos (entre normas morales y jurídicas) a un procedimiento distinto del judicial.

Entendida así la aplicación de las normas jurídicas, no sólo no se excluye el discurso de justificación sino que incluso tiene cabida en el mismo discurso de aplicación. Primero, al introducir los principios políticos como objeto del discurso se refuta la tesis según la cual el discurso de aplicación jurídico sólo considera el derecho válido. Segundo, al introducir valoraciones principalistas para describir el caso concreto (y lograr así una adecuada aplicación) se está facilitando una conexión con el discurso de justificación, sin que en ningún momento se haya abandonado el de aplicación.

La distinción entre discurso de justificación y de aplicación, y entre validez y adecuación, es una distinción innecesaria si los intereses de la comunidad se valoraran tanto para justificar las normas jurídicas (en el proceso legislativo) cuanto para aplicarlas adecuadamente (en el proceso judicial). Incluso Günther señala esta identidad cuando dice que «los intereses tienen que considerarse en la legislación, y también en la aplicación del derecho que no es un análisis semántico de las premisas de la decisión, sino una valoración de los intereses» (Günther, 1984, 172). Existe, por lo tanto, una identidad en el contenido de la justificación y aplicación de normas jurídicas (ambos referidos a la valoración de intereses), por lo que la distinción entre estas dos formas discursivas parece quedar reducida a un criterio institucional.

5. CONCLUSIONES

La principal aportación y valor de la propuesta teórica de Günther son sus puntos de partida: 1) el discurso de justificación tiene lugar en condiciones de deliberación reales, por lo que sólo será posible describir aquellas situaciones de aplicación que dentro de los límites de conocimiento y tiempo sean posible adelantar; 2) las normas (morales o jurídicas) válidas no contienen su propia aplicación, por lo que hay que considerar la necesidad de una actividad complementaria a la justificativa, es decir, la de aplicación del derecho; y 3) la introducción de un elemento institucional en la deliberación práctica, es decir, la introducción del derecho no adapta la deliberación práctica general a las condiciones reales, sino más bien, genera una forma discursiva distinta.

A pesar del interés que suscitan los anteriores puntos de partida, y de la corrección en el razonamiento de Günther, el mayor problema de su propuesta radica en los puntos de llegada: 1) el discurso práctico jurídico deviene excesivamente institucionalizado, basado en una distinción rígida entre discurso moral y jurídico, y entre justificación de las normas jurídicas (el proceso legisla-

tivo) y aplicación de las normas válidas (el proceso judicial); 2) la inclinación por utilizar el principio de integridad de Dworkin para explicar el criterio de adecuación de normas termina por confundir la actividad de justificación y la de aplicación de las normas; y 3) Günther no ofrece criterios con los cuales el juez puede reconstruir la relación de coherencia que debería existir entre una norma aplicada, el caso concreto y el resto de normas aplicables.

De acuerdo con la teoría de Günther, la actividad judicial aparece subordinada a la actividad legislativa de manera que es imposible cuestionar —dentro del discurso de aplicación jurídica— la validez jurídica de una norma, y menos aun su validez moral.

Esta limitación del discurso de aplicación jurídico a cuestiones de adecuación (no de validez) parece obscurecerse cuando Günther define el contenido mismo de la adecuada aplicación del derecho: el principio de coherencia como principio de adecuación. El juez, a fin de describir una situación en sus aspectos más sobresalientes, tendrá en cuenta los principios políticos sobre los que descansa una comunidad jurídica. Al igual que en el discurso práctico general, en el discurso jurídico Günther confunde el plano de la descripción con el de la evaluación, y por qué no, el de la aplicación y el de justificación.

Por último, en cuanto a la pregunta acerca de la utilidad práctica de la teoría de Günther, creo que ésta debe recibir una respuesta negativa. Günther no elabora ningún instrumento adicional que ayude al juez en la descripción de una situación: en la *evaluación* de lo relevante en cada caso. En este sentido, Alexy tacha de vacía la teoría de Günther (Alexy, 1996, 1032). Más bien confía en la capacidad intuitiva del juez para ello. Creo, en definitiva, que la teoría del discurso de aplicación jurídico es una teoría vacía, que no logra desarrollar el contenido de la actividad judicial ni dar instrumentos relevantes para la aplicación de las normas jurídicas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R., «Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse», en *Cardozo Law Review*, n.º 17 (1996), pp. 1027-1034.
- , *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. por M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ENGISCH, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg Universität Verlag, Heidelberg, 1943.

- GÜNTHER, K., «Legal Adjudication and Democracy», en *European Journal of Philosophy*, n.º 3 (1995), pp. 36-54.
- , «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», en *DOXA*, n.º 17-18 (1995), pp. 271-302.
- , «Critical Remarks on Alexy's "Special-Case Thesis"», en *Ratio Juris*, n.º 6 (1993), pp. 143-156.
- , *The Sense of Appropriateness*, trad. por J. Farrel, State University of New York Press, Albany, 1993.
- , «Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification», en *Ratio Juris*, n.º 2 (1989), pp. 155-166.
- , «The Pragmatic and Functional Indeterminacy of Law», en *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, ed. por Ch. Jörges y D. M. Trubek, Nomos, Baden-Baden, 1989.
- , «The Idea of Impartiality and the Functional Determinacy of the Law», en *Northwestern University Law Review*, n.º 83, 1984, pp. 152-183.
- HABERMAS, J., *Justification and Application. Remarks on Discourse Ethics*, trad. por C. Cronin, Polity Press, Cambridge, 1993.

