

**¡Error! Marcador no definido.**

TEORIA DE LA JUSTICIA Y ARGUMENTACION EN ILMAR TAMMELO.

Juan Antonio García Amado  
- Oviedo -

## Introducción

La "rehabilitación de la razón práctica" que se ha vivido en la filosofía europea de los últimos decenios ha repercutido en la filosofía jurídica como auge de una serie de doctrinas que se pueden encuadrar bajo el rótulo, ya plenamente incorporado entre nosotros, de teorías de la argumentación jurídica. Dato común a todas ellas es el de tratar de sustraer al irracionalismo las valoraciones que acontecen en la praxis jurídica, ya sea legislativa, doctrinal o jurisprudencial. Hacia el irracionalismo las había arrojado una visión científicista de la razón, conforme a la cual no existiría otra manera de acreditar racionalidad para nuestros enunciados que la contrastación fáctica (verdad empírica) o la corrección lógica, de carácter puramente formal (verdad lógica).

Las teorías de la argumentación parten de que en los ámbitos de la razón práctica, es decir, los relativos a afirmaciones guiadas por valoraciones y tendentes a orientar la acción libre de los sujetos, ni es posible demostración de la verdad o falsedad empíricas ni basta con la corrección lógica como garantía de racionalidad, sin que por ello, como decía, se esté en esos ámbitos irremisiblemente abocado a la pura irracionalidad o al subjetivismo. Supuesto el respeto de las reglas de la lógica como primer requisito, la racionalidad aquí

**¡Error! Marcador no definido.**

se transmuta en racionalidad práctica o razonabilidad y se expresa en la idea de que allí donde se opera con valoraciones, la postura u opción más racional será aquella que vaya avalada por las mejores razones, por los argumentos más aceptables. Y dada la inconmensurabilidad apriorística de los valores en pugna, presuponiendo la capacidad de los individuos autointeresados para optar por lo que en mayor medida permita realizar sus planes vitales en el seno de una sociedad (sociedad que les ofrece cuanto por sí mismos no podrían proporcionarse al efecto) se acaba por entender de uno u otro modo, en las teorías de la argumentación, que los sujetos son capaces de ponerse de acuerdo (siempre y cuando que el debate transcurra en las adecuadas condiciones de libertad, respeto y participación) acerca de cuáles son esas opciones valorativas que en cada caso mejor aseguran el interés de todos; lo que es tanto como decir que las mismas están avaladas por las razones más convincentes para todos.

Pues bien, a la hora de mencionar a los precursores de tales doctrinas en el campo ético o iusfilosófico se suele mencionar nombres tan relevantes como los de Perelman, Viehweg, Esser, Wieacker, Kriele, Toulmin, etc.<sup>1</sup>. Ciertamente todos estos fueron los primeros que abrieron el camino hacia las teorías de la argumentación. Pero inmediatamente, ocupando un lugar temporalmente intermedio, se encuentran otros autores que no

---

<sup>1</sup> Neumann, U., Juristische Argumentationslehre, Darmstad, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986, p. 8; Atienza, M., Las razones del Derecho, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

**¡Error! Marcador no definido.**

suelen ser mencionados al efecto, como es el caso de Ilmar Tammelo<sup>2</sup>.

No es el suyo, en esta temática, un pensamiento excesivamente original, pues sin duda debe mucho a la lectura de alguno de los autores mencionados, principalmente Perelman o Viehweg. Pero tampoco son demasiado originales ni se libran del eclecticismo otros cultivadores de la teoría de la argumentación que, sin embargo, son generalmente citados en nuestros días. Pero, en todo caso, esta cuestión de por qué, entre quienes dicen y escriben cosas muy similares, unos caen rápidamente en el olvido y otros se perpetúan en las notas a pié de página deberá tratarla la sociología del conocimiento o alguna "jurisprudencia de intereses" de cuño peculiar. Aquí bastará con mostrar brevemente de qué modo teoría de la justicia y teoría de la argumentación se dan la mano en Tammelo.

### Planteamiento y presupuestos de la teoría de la justicia

Para Tammelo el problema de la justicia se plantea a los juristas no solamente porque bajo su invocación se suscitan en derecho determinadas exigencias, sino también porque el término "justicia" y sus equivalentes aparecen expresamente mencionados

---

<sup>2</sup> Indicaciones generales sobre el itinerario vital y académico de Ilmar Tammelo (Tartu -Estonia- 1917, Sydney 1982), pueden verse en Schreiner, H., "Ilmar Tammelos Leben und Werk", en Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo, Berlín, Duncker & Humblot, 1984, pp. 5ss; Tebaldesch, I., "Ragione e valore nel pensiero di Ilmar Tammelo", en RIFD 59/1982, pp. 465-466.

**¡Error! Marcador no definido.**

en los textos jurídicos y desempeñan un papel importante en la aplicación del derecho<sup>3</sup>, así como en los debates concernientes a la creación legislativa<sup>4</sup>. Pese a tales referencias y a semejante relevancia, la ley no fija qué sea lo justo. En unos casos, dice Tammelo, la determinación al respecto se entenderá que corresponde a la jurisprudencia de los tribunales que aplican aquellos preceptos que remiten a la idea de justicia; en otros, para la creación o aplicación del derecho se buscará el patrón de justicia en una especie de ethos jurídico generalmente admitido y reconocido. Y en todo caso se hará precisa una consideración ad hoc de cada concreto problema, con vistas a alcanzar la solución justa para el mismo<sup>5</sup>.

¿Qué papel le corresponde en ese marco a una teoría de la justicia? Tammelo parte de concebir la justicia como un valor enmarcado siempre en un contexto o situación determinados (Situationswert), valor que se expresa en la atribución del calificativo "justo" o "injusto"<sup>6</sup>. Por tanto, la justicia como ordenamiento o conjunto de postulados será un conjunto que abarca aquellos criterios que tienen un significado fundamental para responder a la cuestión de si un comportamiento es justo o

---

<sup>3</sup> Tammelo, I., Theorie der Gerechtigkeit, Freiburg Br./München, Alber, 1977, p. 17.

<sup>4</sup> Tammelo, I., Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit, Frankfurt M., Athenäum, 1971, p. 51.

<sup>5</sup> Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit, cit., p. 51.

<sup>6</sup> Tammelo, I., Zur Philosophie der Gerechtigkeit, Frankfurt M./Bern, Lang, 1982, p. 109.

**¡Error! Marcador no definido.**

no<sup>7</sup>. La teoría de la justicia tiene por tarea la de presentar, por consiguiente, una trama de postulados básicos, defendibles por sí mismos. La idea de justicia, tal como aparece aquí entendida, cumple una función "regulativa" en el derecho<sup>8</sup>. La misión de la teoría de la justicia no consiste en servir de fuente directa para la obtención de decisiones justas, ni en proporcionar postulados a partir de los cuales la decisión justa se deduzca sin más, sino en poner a disposición del jurista herramientas intelectuales que abran camino hacia la decisión correcta dentro del derecho, elementos con que construir tal decisión. Estos elementos o medios intelectuales que la teoría de la justicia aporta no servirán para que de ellos se derive silogísticamente la decisión justa, sino que únicamente abren vías de razonamiento que pueden conducir hacia ella<sup>9</sup>.

¿Cuáles son los presupuestos sobre los que Tammelo elabora su teoría de la justicia? Un primer punto de partida es el rechazo de toda visión objetivista acerca de qué sea lo justo. La justicia no es un valor que exista por sí mismo de modo intemporal y al margen de todo contexto o situación particular. No es una "cosa", un dato establecido, un ser equiparable a los objetos de la naturaleza y que se pueda comprender como prefijado al margen o con anterioridad a toda convención

---

<sup>7</sup> Zur Philosophie der Gerechtigkeit, cit., p. 31.

<sup>8</sup> Tammelo, I., "Gerechtigkeit als Wegweiser der juristischen Auslegung", en; E. Mock, R. Jakob (ed.), Auslegung-Einsicht-Entscheidung, Frankfurt M., Lang, 1983, p. 3.

<sup>9</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., pp. 22ss.

**¡Error! Marcador no definido.**

lingüística<sup>10</sup>. De ahí que, para Tammelo, el tema de qué sea lo justo no es propiamente cuestión de conocimiento, en el sentido en que, por ejemplo, conocen las ciencias naturales, sino que es objeto de opinión o adhesión<sup>11</sup>.

Con lo anterior no quiere decir Tammelo que todo tratamiento de la justicia esté irremisiblemente abocado al puro subjetivismo. Finalidad de la teoría de la justicia será, precisamente, aportar instrumentos y puntos de referencia que permitan someter a examen racional lo que de subjetivo y puramente emotivo se muestra en toda utilización de la noción de justicia<sup>12</sup>. Dichos instrumentos serán, como luego veremos, una serie de criterios formales y un esquema del proceder racional para la concreción material de esos criterios a la luz de cada concreto caso a decidir.

Por las razones indicadas, no podrá haber una Realdefinition de la justicia, como si de un objeto se tratase. Tampoco cabe una definición estipulativa que se limite a fijar unívocamente el significado y uso de los términos "justicia" o "justo", pues éstos nos vienen ya dados, con su carga de equívocidad, en el lenguaje ordinario con el que hemos de operar. Lo único que cabe y compete a la teoría de la justicia es indicar una definición configuradora (gestaltende

---

<sup>10</sup> Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit, cit., pp. 52, 57

<sup>11</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 28.

<sup>12</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 16.

**¡Error! Marcador no definido.**

Definition), una "re-definición" que se limite a recoger y remarcar con claridad los perfiles del uso habitual del término<sup>13</sup>.

La finalidad de una tal definición ya no estribará en determinar qué sea la justicia, como algo previamente dado y que es captado sin más por el intelecto, sino en delimitar el marco dentro del que se ha de mover, en cada caso, el debate sobre qué sea lo justo, la solución justa; es decir, el ámbito en cuyo seno tienen que desarrollar sus tesis los defensores de cada una de las concepciones en pugna si quieren que su proceder y la decisión final sean racionales. En consecuencia, esa definición de la justicia hace referencia únicamente al aspecto formal<sup>14</sup>. La dimensión material, el contenido concreto de lo justo, sólo se obtendrá para cada ocasión mediante la concreción racional de los criterios formales de justicia en un proceso argumentativo entre los contendientes.

Por otra parte, que no existan determinaciones apriorísticas y absolutas de la justicia y que lo justo material se determine mediante el proceder argumentativo ante el caso particular, no quiere decir que tal argumentación se estructure ex nihilo y sin unos presupuestos comunes o unas referencias incuestionadas. Se argumenta sobre la base de un lenguaje común y toda su carga cultural, a partir de una intuición y una

---

<sup>13</sup> Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit, cit., pp. 52, 66-67.

<sup>14</sup> Zur Philosophie der Gerechtigkeit, cit., p. 55.

**¡Error! Marcador no definido.**

precomprensión que hallan sus raíces en valoraciones sociales compartidas, y esa argumentación tiende al consenso como principal factor de legitimación de los argumentos y de la decisión final<sup>15</sup>.

El elemento lingüístico desempeña, como estamos viendo, un papel central a la hora de fijar esa noción operativa de justicia sobre la que Tammelo entiende que se ha de constituir la teoría en cuestión. La primera y principal indicación para configurar ese marco para la discusión viene dada por el uso que de "justicia" y "justo" (o sus negaciones) se hace en el lenguaje ordinario<sup>16</sup>. En ese sentido dice Tammelo que "para la determinación del concepto de justicia es primeramente necesario establecer el campo de significados del término "justicia", para luego fijar dentro de ese campo los límites adecuados<sup>17</sup>.

Pero a los dos presupuestos mencionadas, esto es, el no objetivismo y la importancia del uso lingüístico, aún podemos sumar otro dato fundamental del enfoque de Tammelo: su confianza en el papel de la razón<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., pp. 28ss.

<sup>16</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 25.

<sup>17</sup> Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit, cit., p. 57.

<sup>18</sup> Esa insistencia de Tammelo en la idea de razón como posibilidad de superación de todo dualismo cognitivo, es destacada por Tebaldeschi como el núcleo central de su filosofía (Tebaldeschi, op.cit., p. 468). En el mismo sentido, resaltando cómo en Tammelo la razón aparece al mismo tiempo como una capacidad natural y como necesariamente inserta en un contexto histórico de pensamiento, Fischer, M.W., "Esoterikoi Logoi. Die stille Revolte des Ilmar Tammelo", en Objektivierung des



**¡Error! Marcador no definido.**

Si la idea de qué sea lo justo no nos viene dada de antemano de una vez por todas y de modo cognoscible, y puesto que se determina ante cada caso mediante un proceso argumentativo en el que sólo está preestablecido de modo general el marco conceptual y lingüístico, entender, como hace Tammelo, que se pueda alcanzar una decisión racionalmente defendible como justa, supone situar como presupuesto de la teoría la capacidad de la razón para optar por la solución que, a la luz de los parámetros sociales y personales que entran en juego, se acredite como más valiosa o razonable.

A partir de ese marco formal que la teoría de la justicia establecería, la fijación del contenido material de lo justo, por medio de la argumentación ante cada caso, da por sentado que en toda visión de la justicia está presente el concepto de razón como "idea regulativa"<sup>19</sup>. Por ese motivo, según Tammelo, se ha de entender que en toda formulación de criterios formales de justicia, como "a cada uno según sus méritos", "a cada uno según sus necesidades", "obra conforme a una regla cuya aplicación pueda elevarse a regla universal para los casos semejantes", etc., se ha de entender tácitamente presente la idea de racionalidad. De tal modo, la formulación completa de tales máximas sería "a cada uno racionalmente según sus méritos", "racionalmente según sus necesidades", "obra conforme a una

---

Rechtsdenkens, cit., p. 63.

<sup>19</sup> Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit, cit., pp. 76, 83.

**¡Error! Marcador no definido.**

regla cuya aplicación racional pueda elevarse a regla universal para los casos semejantes", etc.<sup>20</sup>. Así se excluye que la equivocidad del lenguaje en que estos criterios necesariamente se expresan dé lugar a cualquier interpretación arbitraria pero que se pretenda compatible con el tenor literal de la máxima y, con ello, como justa. No existiría justicia material al margen de ese tamiz que la razón encarna para la concreción de los criterios formales.

Por razón no se concibe aquí "un capital seguro", una medida evidente e indubitada, sino la histórica capacidad del hombre para conducir sus destinos y cuestionar sus propias creencias. Y no es algo que venga dado sin ulterior desarrollo, pues hallará su principal ámbito de configuración y desenvolvimiento en la argumentación y el diálogo, sobre la base, ya mencionada, de una cierta comunidad cultural y valorativa.

Resumamos con un par de textos del propio autor lo que es su postura fundamental ante el tema de la justicia.

"La producción de controversias forma parte constitutiva de la justicia. Puesto que "justo" es una cualidad valorativa, lo justo no es algo en lo que esta cualidad se encuentre de antemano, sino que está constituido mediante la atribución de una cualidad

---

<sup>20</sup> Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit, cit., p. 77; Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 96.

**¡Error! Marcador no definido.**

valorativa a un objeto. La plausibilidad de tal atribución es enjuiciable conforme a criterios de justicia, los cuales no pertenecen a un orden normativo cerrado. Tal orden es, como los ordenamientos jurídicos, cambiante y susceptible de desarrollo y en él pueden añadirse, y de hecho así ocurre, sucesivas normas"<sup>21</sup>.

"La propiedad "justo" no es algo que se encuentre dado en una conducta, un derecho o una persona sino que es asignado a tales objetos mediante ciertos actos valorativos. Por ello no puede atribuirse objetividad en sentido estricto a juicios de justicia. Su racionalidad resulta de si son intersubjetivamente plausibles. Para conseguir tal intersubjetividad es necesario que se muestre a la luz la situación objetiva y valorativa determinante. Ello significa remitir de modo decisivo la justicia al campo de la comunicación humana"<sup>22</sup>.

### Desarrollo de la teoría de la justicia.

Tammelo desarrolla su teoría de la justicia en torno a tres núcleos temáticos: la determinación del concepto de justicia, la exposición de los criterios de justicia y la teorización del

---

<sup>21</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 134.

<sup>22</sup> Zur Philosophie der Gerechtigkeit, cit., p. 23.

**¡Error! Marcador no definido.**

modo como se fundamentan los juicios de justicia.

La definición o determinación del concepto de justicia tendría por finalidad, como ya se ha visto, ofrecer el marco dentro del cual se puede discurrir y hablar sobre el tema de lo justo. Los criterios de justicia o postulados básicos constituyen el orden fundamental a cuya luz se debe establecer lo que en un caso concreto sea justo. Y los principios y métodos argumentativos para la fundamentación de los juicios de justicia enseñan el medio para que dichos juicios encuentren aceptación racional<sup>23</sup>.

#### A. Concepto de justicia.

Puesto que lo que sea lo justo no es determinable a priori, el encuadre que con esta definición se pretende dar ha de buscarse, según Tammelo, a partir del uso lingüístico general y de las opiniones doctrinales. En realidad, se trata de mostrar cómo se ha de emplear el término "justicia"<sup>24</sup>. Se busca, por decirlo una vez más, delimitar los caracteres de un concepto, no averiguar las propiedades de un objeto<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., pp. 77-8.

<sup>24</sup> Críticamente al respecto, alegando que Tammelo no diferencia adecuadamente entre qué es lo justo y qué significa el término "justicia", Bjarup, J., "Ilmar Tammelo's Thoughts about Justice", en Objektivierung des Rechtsdenkens, cit., pp. 22-25.

<sup>25</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 65.

**¡Error! Marcador no definido.**

Según Tammelo, esta definición, que se pretende sólo "definición configuradora", únicamente cumplirá con su objetivo de ser intersubjetivamente sostenible si no contradice los mencionados usos lingüístico y doctrinal del término "justicia".

De conformidad con esto, define la justicia como "un estado (Zustand) que posee una cualidad valorativa positiva, ética y social, la cual concierne a las relaciones correlativas de derecho y obligación y a la asignación de lo que a cada uno corresponde"<sup>26</sup>. Qué sea esto que a cada uno le corresponde se establece mediante los criterios de justicia, los cuales han encontrado expresión general en postulados básicos o máximas, merced a la experiencia moral y jurídica de nuestra civilización<sup>27</sup>. Luego examinaremos cuáles son esos criterios que Tammelo propone al respecto.

Ahora veamos cómo explica cada elemento de la definición que se acaba de mencionar<sup>28</sup>.

- Al hablar de estado (Zustand) se intenta abarcar de modo abstracto los diferentes objetos de los que se puede predicar la justicia.

---

<sup>26</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 77; Gerechtigkeit als Wegweiser der juristischen Auslegung, cit., p. 4.

<sup>27</sup> Gerechtigkeit als Wegweiser der juristischen Auslegung, cit., p. 4.

<sup>28</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., pp. 69ss.

**¡Error! Marcador no definido.**

- La atribución de la cualidad de justo no puede ser arbitraria, sino que ha de ser justificable como racional a la vista de criterios valorativos generalmente admitidos.

- La condición de cualidad valorativa de carácter positivo viene dada por el uso que del término "justicia" tiene lugar en el lenguaje ordinario. Supone, además, que en última instancia la justicia se predica siempre de una conducta, pues, por ejemplo, un ordenamiento justo es aquel que posibilita una conducta justa; una ley justa es la que prescribe o permite una conducta justa, etc.

-Que de esa cualidad valorativa y positiva se diga también que es "ética", quiere indicar que se habla de conductas humanas sujetas a la voluntad.

- Que sea "social" significa que es una conducta referida siempre a los otros y en relación a ellos.

- La alusión a los correlativos derechos y obligaciones tiene por fin delimitar las normas de justicia frente a las puramente morales, cuyo sentido estaría meramente en crear obligaciones, no derechos. Las normas de justicia, por el contrario, o son por sí mismas normas jurídicas o exigen o aconsejan su transformación en jurídicas. Las normas de la justicia serían "aquella parte de la moral que es apropiada para

**¡Error! Marcador no definido.**

ser o convertirse en derecho"<sup>29</sup>.

- La referencia a la asignación de "lo suyo" a cada uno alude a lo que sería una constante histórica en el tratamiento de la justicia y su enlace con la problemática práctica a la que responde. Aquí se hace necesario ya pasar al apartado siguiente para hallar los criterios de justicia.

#### B. Criterios de justicia.

Estos criterios no pretenden recoger las normas concretas de justicia que por sí han de dotar de contenido material cada decisión; no se trata de constituir el ordenamiento completo de las reglas de justicia, sino sólo de establecer su constitución básica, sus postulados generales y fundamentales, que forman la base unitaria para todo desarrollo del ordenamiento de la justicia. Los criterios de justicia serían únicamente las normas superiores de ese ordenamiento<sup>30</sup>. Su fuente de procedencia radica en el uso ordinario del lenguaje y en las opiniones doctrinales dominantes, así como en su reflejo en la moralidad social, en la ética normativa, en las constituciones y otros textos jurídicos, etc.<sup>31</sup>.

Tammelo distingue dentro de estos criterios o postulados

---

<sup>29</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 75.

<sup>30</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 81; Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit, cit., p. 55.

<sup>31</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 82.

**¡Error! Marcador no definido.**

básicos los de carácter moral, jurídico y propiamente de justicia. Juntos formarían esa constitución fundamental a que se ha aludido. Veámoslos.

a) Postulados morales.

(1m) El sufrimiento (Elend) debe ser evitado o eliminado.

(2m) Lo que no se desea para uno mismo no se debe imponer a otros ("regla dorada").

(3m) Una decisión debe ser tomada conforme a una regla de base que sea apropiada para ser aplicada en todos los casos esencialmente semejantes (imperativo categórico).

(4m) Nadie debe sin razón suficiente ser tratado de modo más favorable o menos favorable que cualquier otro en una situación igual (principio de igualdad).

(5m) Nadie debe sin razón suficiente ser impedido de hacer lo que quiera.

(6m) De nadie se debe pedir lo imposible.

b) Postulados jurídicos.

(1j) Se ha de asegurar la protección contra toda extralimitación del poder.



**¡Error! Marcador no definido.**

(2j) Se ha de reconocer a toda persona humana la condición de sujeto jurídico.

(3j) Los pactos deben ser respetados (principio de lealtad contractual).

(4j) Las condiciones y el desarrollo de todo proceso jurídico deben excluir la parcialidad del llamado a decidir (principio de imparcialidad procesal)

(5j) No se debe impedir a nadie la defensa frente a un ataque ilícito (principio de legítima defensa).

(6j) A nadie debe serle impedida o injustificadamente dificultada la vía judicial<sup>32</sup>.

c) Postulados específicamente de justicia.

(1j<sup>a</sup>) A cada uno se le han de dar de los bienes disponibles los que merece. Puntualiza Tammelo aquí que han existido diversas concreciones de este principio (a cada uno según sus necesidades, a cada uno según su papel, según su

---

<sup>32</sup> Alfred Schramm ("Ammerkungen zu Ilmar Tammelos Theorie der Gerechtigkeit", en ARSP 69-1983, pp. 236-237) plantea dos críticas principales a esa enumeración de Tammelo: que no recoge reglas u orden de preferencia entre esos criterios que pueden presentarse como concurrentes en muchos casos, y que los criterios mencionados son demasiado abstractos como para poder servir de ayuda en la solución de casos concretos.

**¡Error! Marcador no definido.**

esfuerzo, etc.) y que la perspectiva última para la opción, en un momento dado, por uno u otro la proporcionan las ideas sociales dominantes, ideas que, por supuesto, están permanentemente abiertas a la crítica y a su defensa o refutación, sobre la base de invocar la realidad objetiva o el sentir valorativo último.

(2ª) A toda prestación le debe corresponder una contraprestación que sea adecuada conforme a las necesidades del tráfico jurídico (principio de intercambio).

(3ª) Se tiene que asegurar para cada daño un resarcimiento que sea adecuado conforme a las necesidades del tráfico jurídico (principio de resarcimiento).

Según Tammelo, esta "constitución" general de la justicia es susceptible de progresiva ampliación con nuevos principios, del mismo modo que lo es, por ejemplo, el derecho. En tal sentido dice que podrían añadirse los tres principios siguientes, pese a que aún no han alcanzado su cristalización como principios de justicia en todas las culturas actuales:

- Debe ser admitida toda prueba que sea imprescindible para la averiguación de los hechos jurídicamente relevantes.
  
- Debe ser impedida toda realización de un derecho que vaya guiada por la intención exclusiva de dañar a alguien

**¡Error! Marcador no definido.**

(principio de abuso del derecho).

- Debe ser admitido todo ataque jurídico contra bienes ajenos cuando sea imprescindible para la correcta conservación de los bienes propios (principio de estado de necesidad)<sup>33</sup>.

¿Cómo se diferencia esta constitución general de la justicia de lo que son los principios constitutivos del ordenamiento jurídico? Para Tammelo las más importantes notas diferenciadoras al respecto serían las siguientes<sup>34</sup>:

- Estas reglas de la constitución de la justicia no son sentadas mediante un acto legislativo, sino que surgen espontáneamente a partir de la experiencia social.

- La constitución de la justicia no contiene, como el ordenamiento jurídico, ninguna norma relativa al tratamiento de otras normas, es decir, a su validez espacial o temporal.

- Estos postulados de la justicia no se encarnan en formulaciones autoritativamente fijadas.

C) La fundamentación de los juicios de justicia.

---

<sup>33</sup> Theorie der Gerechtigkeit, p. 95.

<sup>34</sup> Theorie der Gerechtigkeit, pp. 97-98.

**¡Error! Marcador no definido.**

Ya se ha indicado que para Tammelo "la teoría de la justicia desemboca finalmente en la teoría de la fundamentación", de modo que justo es en última instancia "lo que se muestra como justificado"<sup>35</sup>. Si decimos, por ejemplo, que justicia es dar a cada cual lo que le corresponde, qué sea en cada caso eso que a cada cual corresponde se determina mediante la aplicación de los criterios de justicia en el correspondiente proceso argumentativo que desemboca en la decisión<sup>36</sup>. En cada precisa situación la decisión de qué sea lo justo depende de un proceder argumentativo. La teoría de la argumentación tiene aquí la función de ofrecer las reglas conforme a las que los partícipes en un procedimiento decisorio sobre una cuestión de justicia pueden alcanzar una solución capaz de consenso. Tal teoría no proporcionará axiomas de los que las soluciones se deduzcan, sino únicamente vías que conduzcan a ellas<sup>37</sup>. Ello hace, según Tammelo, que máximas del tipo de "a cada uno lo suyo" no queden en puras fórmulas vacías, pues implican una remisión a ese proceso argumentativo que en cada oportunidad las dotará de concreto contenido material<sup>38</sup>.

Veamos cómo elabora Tammelo su teoría de la argumentación. Lo primero que puntualiza es que en tal proceder tienen cabida

---

<sup>35</sup> Theorie der Gerechtigkeit, p. 99.

<sup>36</sup> Zur Philosophie der Gerechtigkeit, cit., p. 34.

<sup>37</sup> Zur Philosophie der Gerechtigkeit, cit., p. 129.

<sup>38</sup> Zur Philosophie der Gerechtigkeit, cit., p. 34.

**¡Error! Marcador no definido.**

necesaria todos los tipos de razonamiento racional que se precisan para mostrar la validez de los juicios o reglas dentro de un contexto. Las leyes de la lógica tienen, por tanto, imprescindible aplicación<sup>39</sup>. Pero no basta la pura lógica formal, puesto que se trata de algo más que de meras deducciones. Junto al pensamiento lógico, necesario pero no suficiente<sup>40</sup> para la formulación argumentativa de los juicios de justicia, sitúa Tammelo el pensamiento "cetético" (del griego zetein, investigar) o investigador<sup>41</sup>.

Concurren, por tanto, dos distintos modos de pensamiento en la fundamentación de los juicios de justicia: el de la lógica, cuyo método es deductivo, y el investigador. El ámbito de la "cetética" o pensamiento investigador abarca los métodos reductivo (la inducción, conforme a la cual se establecen las leyes científicas, y la abducción, mediante la que se determinan en la ciencia las excepciones), el eductivo (por medio del que se establecen probabilidades y analogías) y el pareductivo (mediante la que se determinan valoraciones plausibles)<sup>42</sup>. La

---

<sup>39</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., pp. 101-102.

<sup>40</sup> Lo que en Perelman o Viehweg se presenta a veces como contraposición tajante entre lógica y argumentación, aparece en Tammelo como necesaria complementariedad. Así lo destaca por ejemplo Schreiner, op. cit., pp. 13-14.

<sup>41</sup> En esto sigue Tammelo el esquema y la terminología acuñada por Viehweg. Véase por ejemplo Viehweg, Th., "Ideologie und Rechtsdogmatik", en W. Maihofer (ed.), Ideologie und Recht, Frankfurt M., Klostermann, 1969, pp. 83-96. Sobre todo ello, García Amado, J.A., Teorías de la tónica jurídica, Madrid, Civitas, 1988, pp. 225ss.

<sup>42</sup> Theorie der Gerechtigkeit, p. 102. Al respecto puede verse también Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit, pp. 42-49, y,

**¡Error! Marcador no definido.**

lógica garantiza la racionalidad formal, y las conclusiones que de la aplicación del método lógico se desprenden están dotadas de validez indubitada a partir de la mera corrección formal del proceder de su obtención, con independencia de su contenido. La racionalidad material o del contenido corresponde establecerla al proceder cetético. Para la fundamentación de juicios de valor o normas el método cetético particularmente relevante sería el paraductivo, que es aquel cuya aplicación tiene por finalidad el logro de adhesión inteligente (einsichtig) a juicios de valor, es decir, la obtención de consenso<sup>43</sup>, y que vendría recibiendo distintas denominaciones, tales como tópica, dialéctica, retórica, razonamiento prudencial, etc<sup>44</sup>.

El proceder paraductivo pertenecería al campo de la razón práctica y se diferencia de los métodos propios del marco de la razón teórica en el hecho de exigir la adhesión de quienes toman parte en el proceso. Es un proceder ad hominem. Su objetividad no se tiene que buscar en la ejecución impersonal del proceso, sino en una cierta disposición personal de los interlocutores<sup>45</sup>. Esa adhesión que se persigue ha de ser racional, lo que quiere decir que el método tiende al convencimiento y no a la pura persuasión. Para que ello sea así han de concurrir determinadas

---

especialmente, con una terminología distinta, Tammelo, I., "Zetetische Verfahren für juristisches Aufweisen", Rechtstheorie 9/1978, pp. 421-428.

<sup>43</sup> Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit, cit., p. 45.

<sup>44</sup> Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit, cit., p. 45; Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 103.

<sup>45</sup> Theorie der Gerechtigkeit, p. 105.

**¡Error! Marcador no definido.**

condiciones en la disposición y el actuar de los intervinientes, tales como imparcialidad de quien tenga la última palabra, aptitud intelectual y una cierta honestidad en los interlocutores, etc. Todo ello lo resume Tammelo en la afirmación de que tal proceder exige un foro que se puede denominar "foro de la razón"<sup>46</sup>. Semejante foro sería en la teoría una mera idealización, una referencia hipotética, pero desempeña en el ejercicio del método paraductivo una importante función, pues indica una meta que no se puede perder de vista si se quiere que las valoraciones que se defiende sean plausibles<sup>47</sup>

El proceder paraductivo tiene lugar bajo la forma de un diálogo en el que hay un proponente que plantea una opinión o punto de vista y un oponente que presenta objeciones y formula opiniones contrapuestas. Mediante el consiguiente debate se da una aproximación a un más adecuado conocimiento de la situación y surge la impresión valorativa que será determinante<sup>48</sup>.

Como instrumentos auxiliares para la obtención de argumentos, las partes en el debate disponen de un arsenal de lugares comunes o topoi, cuya función no es la de servir directamente de premisas sino la de ser fuente y apoyo de los argumentos<sup>49</sup>. En general, desempeñan un importante papel en esta

---

<sup>46</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 105.

<sup>47</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 107.

<sup>48</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 108.

<sup>49</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 109.

**¡Error! Marcador no definido.**

actividad argumentativa las ideas sociales dominantes y todo tipo de concepciones ético-políticas, cuya función será la de servir de hilos conductores de la argumentación y punto de referencia para la concreción de criterios formales como los de justicia<sup>50</sup>.

Afirma Tammelo que no es posible indicar un esquema formal del proceder paraductivo, del tipo del que se puede mostrar para el método inductivo o el deductivo. Sólo cabe enumerar sus fases principales, que serían las siguientes: la toma de conocimiento del objeto de la argumentación, la invocación de los tópicos relevantes, lo que es propiamente la discusión de los argumentos, el intento de integrar sus resultados y, finalmente, la decisión a partir de la ponderación de los pros y contras respectivos<sup>51</sup>. Aún después de sentada la decisión, el juicio de que se trate no puede entenderse como probado, sino como justificado. Las valoraciones no pueden ser objeto de prueba, sino de fundamentación<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 110.

<sup>51</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 112.

<sup>52</sup> Theorie der Gerechtigkeit, cit., p. 113.