

¿HAY RESPUESTAS CORRECTAS PARA
LOS CASOS DIFÍCILES?

Observaciones sobre el razonamiento jurídico racional

AULIS AARNIO (*)

SUMARIO: I. OBSERVACIÓN INTRODUCTORIA. - II. LA VERSIÓN FUERTE. - III. LA VERSIÓN DÉBIL. - IV. UNA ACTITUD CRÍTICA. - V. HACIA UNA TEORÍA CONVENCIONALISTA DEL RELATIVISMO ÉTICO. - VI. EL PRINCIPIO MAYORITARIO. - VII. PARA CONCLUIR. - VIII. EL PRINCIPIO REGULATIVO DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO. - BIBLIOGRAFÍA.

(*) Catedrático. Universidad de Tempere (Finlandia)

I. OBSERVACIÓN INTRODUCTORIA

En primer lugar, hay que separar dos conceptos básicos, respuesta final y respuesta correcta. La primera es una condición necesaria para todo sistema jurídico que funcione correctamente. El uso del poder jurídico simplemente presupone que en cierto momento del procedimiento jurídico el sistema produce una decisión ejecutable para cada caso particular. A este respecto, la solución final es una parte esencial del principio del imperio de la ley.

Sin embargo, la respuesta final no es necesariamente la única correcta. Cuando se habla de la (única) respuesta correcta, se hace referencia a ciertos criterios formales y sustanciales de corrección. Por otra parte, el concepto auténtico de respuesta correcta no está exento de ambigüedad por completo. Al contrario, al menos pueden ser identificadas dos versiones de esta noción.

II. LA VERSIÓN FUERTE

De acuerdo con esta doctrina, la única respuesta correcta existe siempre y puede ser descubierta en cada caso particular. La respuesta está «escondida» en algún lugar del orden jurídico, y la habilidad del juez consiste precisamente en hacer explícito lo que ya está implícito. Este tipo de doctrina es válido sólo desde el supuesto de un sistema jurídico cerrado. La conclusión se deduce siempre desde premisas axiomáticas y evidentes. La idea de un sistema jurídico cerrado estuvo representada, v. gr., en las doctrinas extremas del Derecho natural racionalista y en la dogmática

jurídica de conceptos (Begriffsjurisprudenz). En la teoría del Derecho actual apenas pueden ser encontradas trazas de tal forma de pensar.

III. LA VERSIÓN DÉBIL

Esta versión acepta la idea de que la respuesta correcta existe en el sistema, pero no siempre (quizá nunca) podrá ser descubierta. La formulación débil ha estado representada por varias doctrinas positivistas. Por ejemplo, en Finlandia casi todos los principales investigadores en Derecho Administrativo compartían en los 70 este punto de vista.

Como ha señalado *Jerzy Wróblewski* la base de esta versión es principalmente ideológica (Wróblewski 1974, pp. 33 y ss.): un sistema jurídico no debe tener lagunas. Por otra parte, cualquier juez o investigador debería tener una cierta meta (la respuesta correcta) como directriz principal. Como seres humanos, quizá no tengamos éxito en encontrar la respuesta correcta, pero aún así, está «allí». De otro modo, –podría decir alguien– toda toma de decisión jurídica se volvería ciega y arbitraria. Con bastante frecuencia, la versión débil está consecuentemente conectada con la forma silogística de razonamiento judicial. La primera y la segunda premisas, elegidas de un modo determinado, dan la impresión de que la conclusión es «cierta».

También hay, sin embargo, muchos problemas entrelazados en esta versión. En general, la debilidad de la versión débil se refiere a los problemas del silogismo jurídico. Primero, nos encontramos con el dilema falibilista: si la respuesta correcta puede ser hallada, ¿es también posible *saber que* ha sido hallada? Si esto es posible, significa que uno tiene que saber que conoce las premisas del silogismo. Si no, la única respuesta correcta es una directriz muy débil para el juez o el investigador. El nunca sabrá que lo sabe. ¿Qué significa exactamente hablar acerca de tal «existencia» en un contexto jurídico?

IV. UNA ACTITUD CRÍTICA

En lo que sigue, se intentará argumentar a favor de una respuesta negativa: no *existe* en realidad ninguna respuesta correcta en el razonamiento

jurídico (tesis ontológica). Por tanto, tales respuestas no pueden, claro está, ser halladas. (Tesis epistemológica y metodológica). Pertenece a la verdadera «naturaleza» de la ambigüedad semántica que se tengan que abandonar las versiones fuerte y débil. Para apoyar esta tesis es necesario avanzar un paso más.

Ronald Dworkin arguye que todo integrante de una sociedad tiene ciertos derechos (y deberes) preexistentes. Como derechos (y deberes) naturales, existen necesariamente antes de cualquier contrato u otro acto referido a la situación jurídica de los ciudadanos. Por tanto, existen independientemente de los tribunales u otras autoridades que tengan la obligación de identificar los derechos (y deberes). Incluso en el supuesto de una laguna en el Derecho, los principios vinculantes los ponen de manifiesto y resuelven el problema acerca de si un determinado derecho (o deber) existe o no en un caso determinado. (Dworkin 1978, pp. 152 y 170 y ss.).

En un caso concreto, no hay garantías otorgadas por el orden jurídico para que el juez identifique los derechos (y deberes) naturales. No obstante, es posible en un plano teórico. Como es bien sabido, Dworkin emplea para este fin la noción de la teoría jurídica más adecuada. Él argumenta que los propios principios de la teoría jurídica más adecuada son parte del Derecho. Con otras palabras, tales principios poseen autoridad jurídica.

Sin embargo, surge una cuestión crucial: ¿Cuáles son los criterios sustentadores de su pertenencia al Derecho? La respuesta no puede ser: porque son parte de la teoría, jurídica más adecuada. Contestando de esta forma entramos en un círculo vicioso. Como dice *Andrew Altman*, esto significa que Dworkin tiene que aceptar la sugerencia de H. L. A. Hart según la cual la autoridad jurídica de una norma depende sólo de una convención (Altman, p. 33).

Incluso en este caso, Dworkin puede mantener que el Derecho promulgado formalmente y los principios de la teoría jurídica más adecuada proporcionan una respuesta correcta a todo posible caso difícil. Sin embargo, también los principios son con frecuencia insuficientemente precisos o entrarán en conflicto entre ellos. Por tanto, es necesario dar unos pasos más.

A este respecto, Dworkin emplea el concepto de «juez ideal» y lo llama «Hércules J.». Este juez, comparado con el juez «humano» Hermes, que intenta identificar los fines y metas del legislador, es, a su modo, una metáfora o ilustración ejemplificante de la situación ideal de habla introducida v. gr. por John Searle aunque Dworkin no se refiera explícitamente a esta clase de conexión (Dworkin 1986, p. 317).

El Super Juez lo sabe todo (es omnisciente), tiene a su disposición un tiempo ilimitado, su información acerca del caso y acerca de los argumentos relevantes es ilimitada, es capaz de hacer incluso las elecciones más difíciles y es desapasionado. Además, Hércules J. es totalmente desinteresado, y, lo que es importante para la imparcialidad, es capaz, sin ningún límite, de intercambiar su papel con el de cualquier otro. Resumiendo: Hércules J. es una persona ideal que funciona en la situación ideal de habla y que tiene la tarea de tomar las «mejores decisiones jurídicas posibles».

¿Es capaz Hércules J. de proporcionar una respuesta correcta cierta a todo caso difícil individual? En sus primeras aportaciones sobre la materia, Dworkin parecía estar inclinado a dar una respuesta afirmativa. Éste es precisamente el papel del Hércules J. Más tarde, la tesis de Dworkin se hizo más débil, pero, después de todo, las piedras angulares de su teoría acerca de la única respuesta correcta están todavía ahí. (Dworkin 1980, *passim*).

También Robert Alexy parece defender una tesis débil: Hércules J. puede ser incapaz de proporcionar la respuesta correcta para todo caso particular, *pero* sostener la idea de la única respuesta correcta tiene un buen fundamento. Esta respuesta es, decía Jerzy Wròblewski, como una meta escondida de nuestra toma de decisión, un trasfondo ideológico (Wròblewski 1974, pp. 33 y ss.). Por otra parte, el discurso racional puede, en el mejor de los casos, hacer factible la denominada tesis de la corrección relativa.

Todos estos puntos de vista están expuestos a la crítica. Una manera de formular el núcleo de esa crítica es preguntar: ¿Qué ocurre cuando hay dos Hércules J., ambos racionales? ¿Son capaces de resolver objetivamente problemas genuinamente axiológicos? La pregunta es crucial, porque las elecciones finales en el razonamiento jurídico no sólo dependen

de la racionalidad del proceso de razonamiento, sino también de valoraciones. La elección final de premisas (valorativas) es consecuencia de la ponderación y el sopesamiento.

La coherencia presupone varios criterios, que deben ser sopesados en relación unos con otros. Sin embargo, no hay forma objetiva de ponderar las razones finales, porque la mejor ponderación debe ser la «más coherente» (Alexy y Peczenik, 1990, pp. 130 y ss., especialmente p. 143). Esto presupone, por su parte, un meta-nivel, esto es, un «Super Hércules J.» capaz de resolver los conflictos entre aquellos dos subordinados, etc., hasta el infinito.

Esa clase de «Super Hércules» sería como un Tirano Platónico que dicta las soluciones correctas al pueblo. Debido a las razones analizadas más adelante, tal Tirano es imposible en el mundo jurídico. Hércules J. recuerda más al Filósofo de Platón que sólo garantiza la estructura de decisiones unánimes o de compromisos equitativos entre los integrantes de la comunidad jurídica en cuestión. Esto se debe parcialmente al hecho de que Hércules J. no puede ser sólo un autómatas racional, o una máquina que simplemente se ocupa con un material disponible de acuerdo con un sistema experto, como un ordenador. La interpretación es un proceso creativo que produce todo el tiempo nuevas vías de razonamiento. Por tanto, Hércules J. debe ser también un ente creativo.

V. HACIA UNA TEORÍA CONVENCIONALISTA DEL RELATIVISMO ÉTICO

En este artículo, la creatividad del razonamiento jurídico es un punto de partida. Por otra parte, el análisis está basado en una tesis relativista acerca de los valores éticos, los principios morales y también las interpretaciones de los casos (jurídicamente) difíciles. La tesis puede ser explicada con la referencia a algunas ideas básicas introducidas por Chaim Perelman (Perelman 1963, *passim*).

El problema del relativismo es tan viejo como la filosofía moral. No tiene sentido repetir, incluso en líneas generales, lo que se ha dicho a lo largo del tiempo acerca del relativismo ético y moral. Perelman resalta en su «nueva retórica» que cualquier punto de vista argumental está dirigido a algún grupo al que llama auditorio. Puede consistir en un grupo de

destinatarios de una opinión o sólo en un individuo. Si un punto de vista se dirige al único sujeto presente, lo que existe es un monólogo que, como ha sido puesto de manifiesto, no pertenece a la esfera de la argumentación jurídica. El Derecho es un asunto social, razón por la cual también la comunicación concerniente al Derecho es por naturaleza inevitablemente dialógica. Desde el punto de vista del relativismo, el aspecto más interesante es el auditorio universal definido por Perelman. Él lo caracteriza como un conjunto de destinatarios juiciosos, pero está compuesto, por otra parte, de un número de individuos sin limitación previa. Distinguir el auditorio universal del particular (por ejemplo, la clase de un colegio o los jueces de una ciudad determinada) resuelve, según opina Perelman, la cuestión clásica acerca de si la argumentación es una forma de persuasión o de convicción.

La antítesis no consiste, así piensa Perelman, en que la convicción sea algo objetivo y esté basada en la razón, mientras que la persuasión sea subjetiva y apele a los sentimientos. La diferencia reside en el hecho de que la convicción está dirigida a un auditorio universal y la persuasión a uno particular. Si un auditorio consiste sólo en personas juiciosas, hay que usar en la argumentación razones generalizables. Son principios o argumentos que cualquiera que piense de una forma racional puede aceptar. Algún grupo específico puede, en cambio, ser persuadido para adoptar un cierto punto de vista haciendo uso de, por ejemplo, la autoridad. En tal caso, los argumentos pueden ser incluso pseudo justificaciones porque el destinatario no los evalúa según los estándares de racionalidad. Un auditorio universal es entonces una cierta clase de «compendio» de razones generalmente aceptables cuando el asunto es considerado desde el punto de vista de un diálogo ficticio.

La definición de convicción ofrecida por Perelman no consigue ser definitiva. De hecho, la definición cae en el razonamiento circular. Los integrantes de un auditorio son individuos racionales, y, al ser racionales, sólo se les dirigen argumentos racionales. Es, realmente, más sencillo trazar la diferencia entre convicción y persuasión sólo a partir del método que debe ser usado, y no «dando vueltas» alrededor del concepto de auditorio. La convicción se basa en un discurso racional, la persuasión en la formulación no racional de una opinión. Dejaré de lado esta parte de la materia (Aarnio 1987, pp. 221 y ss.; Ray 1978, p. 368) y me concentraré en el asunto del relativismo.

Perelman mantiene que toda situación de hecho alcanza la posición de un hecho en la argumentación. Todo argumento de hecho está sometido, sin embargo, a la denominada cuestión abierta, es decir, puede ser discutida. Perelman parece, no obstante, pensar que mediante el añadido de información sobre los hechos, las pretensiones sobre hechos son fortalecidas ante el auditorio universal. Gradualmente adquieren una naturaleza objetiva.

Los puntos de vista valorativos están en una posición diferente. Incluso en el auditorio universal sólo pueden ser aceptados en un cierto nivel de generalidad, es decir, si son inespecíficos, abstractos, con respecto a su contenido. Sólo en este sentido tan débil es posible decir que los valores son «objetivos». Los puntos de vista valorativos siempre deben ser empleados en algún contexto, momento en el que se abren a sucesivos cuestionamientos y sucesivas justificaciones. El famoso argumento de G. E. Moore acerca de la cuestión abierta les afecta plenamente.

La concepción de Perelman proporciona una base para ciertas afirmaciones adicionales. Tomaré como ejemplo la prohibición «No matar a una persona inocente». En esta forma abstracta, puede decirse que la prohibición conforma un fundamento *prima facie* para no matar a una persona inocente. Es una cuestión totalmente empírica cuán extensamente ha sido aceptada esta prohibición en diferentes culturas (Aarnio - Peczenik, 1996, pp. 321 y ss.). En vez de eso, probablemente pueda argüirse que cuanto más general es la forma en que están dadas las normas de esta clase, más fácilmente obtienen una aceptación (extensa).

En esta materia es esencial, sin embargo, el hecho de que el argumento abstracto *prima facie* debe ser interpretado en el momento de su aplicación por ejemplo, cuando consideramos si uno debería matar a la persona A o dejarla con vida. La interpretación de la prohibición «No matar a una persona inocente» siempre es contextual, dependiente del tiempo y del lugar. Se puede decir que la interpretación de un argumento *prima facie*, considerando todas las circunstancias, es relativa, con relación a los criterios existentes (Peczenik, 1989 pp. 301 y ss.).

Maija-Riitta Ollila, que defiende las virtudes referentes a una moral universalizable, resalta que «las ética universalizable son básicamente inaplicables, porque son demasiado abstractas y sólo tiene en cuenta con-

sideraciones morales, desde el punto de vista del carácter primordial de la moralidad» (Ollila, p. 288). Según Ollila, se necesitan reglas excesivamente simplificadas que la autoridad refuerza para tomar decisiones contextualizadas.

Sin asumir ninguna posición acerca de las virtudes éticas, esto puede ser expresado como sigue: Los argumentos *prima facie* elevados a un nivel general —expresado de una forma abstracta: los puntos de vista valorativos— tales como «vida buena» o «vida respetable» sólo pueden tener éxito como *puntos de partida* de la discusión sobre los valores, es decir, de la argumentación. Además, con frecuencia no se expresan públicamente y, por tanto, provocan una discusión adicional bajo la obligación de la especificación. El contenido significativo de un punto de vista debe ser explicado para que sea posible argumentar en favor de una interpretación frente a otra.

Usando la expresión introducida en contextos diferentes por Robert Alexy y Aleksander Peczenik, los argumentos *prima facie* descritos anteriormente están vinculados a la ponderación. Y, en realidad, precisamente por esa razón el auditorio universal de Perelman no garantiza la unanimidad con respecto a los valores incluso en el caso de integrantes del auditorio que sean ilustrados y racionales. Al dar un contenido contextual a un argumento *prima facie*, el auditorio universal se disuelve en auditorios particulares ideales, es decir, en conjuntos cuyos valores básicos difieren unos de otros, pero cuyos integrantes aún cumplen con los estándares de racionalidad.

A este respecto, es provechoso recordar la idea ontológica de *creencias mutuas compartidas*. También tiene importancia desde el punto de vista axiológico. Los puntos de vista valorativos y las opiniones morales, como asuntos sociales, necesariamente están basados en visiones compartidas de lo que es bueno o malo, de lo que es correcto o equivocado. Los puntos de vista valorativos compartidos no están limitados sólo a los individuos, no son meramente «subjetivos», sino intersubjetivos. Son parte de nuestra forma de vida común, y, por tanto, también una parte de nuestra comunicación. La comprensión del lenguaje presupone que uno se compromete con la sociedad, es decir, con la forma de vida. Realmente, el concepto de sociedad significa que sus integrantes tienen un «mundo común».

Los individuos, por ejemplo los señores A y B, toman parte en juegos de lenguaje valorativos pero no pueden producir (acordar) un juego nuevo que sea exclusivamente suyo, que, al mismo tiempo llegue a ser socialmente aceptado (compartido). A este respecto, un valor compartido puede ser comparado con el lenguaje mismo: existe con independencia de los hablantes particulares de ese lenguaje. Sin embargo, la «existencia» del lenguaje, y de los valores, es un asunto de creencias mutuas compartidas.

Por tanto, los juegos de lenguaje morales y éticos, así como los demás, se dan *ex ante*, los individuos sólo toman parte en estos juegos. Dentro de un juego concreto, las opiniones pueden ser «objetivas», es decir muy comunes, y no sólo preferencias personales. Incluso, en tiempos diferentes y en culturas diferentes, los juegos podrán ser diferentes, pero con una relación de parentesco familiar recíproca.

Esta es la razón por la que mi postura filosófica de fondo puede ser llamada *relativismo convencionalista*. Es relativismo el mantener que no existen valores objetivos como tales y que, por tanto, tampoco hay método para enfrentarse con valores objetivos o algo similar (Weinberger 1991 pp. 114 y ss.; Mazzarese p. 60). Los «valores objetivos» son sólo afirmaciones *prima facie* que siempre tienen que ser interpretados y aplicados considerando todas las circunstancias, esto es, contextualmente (Aarnio - Peczenik 1996 pp. 326 y ss.). La teoría del discurso racional no es una teoría capaz de dar respuestas objetivas a las cuestiones axiológicas. Sólo directrices del proceso interpretativo (interpretaciones teniendo en cuenta todas las circunstancias).

Finalmente, esta concepción es moderada porque su propósito es evitar los problemas del relativismo extremo, por ejemplo, aquéllos del denominado nihilismo valorativo, así como también los de aquéllos que mantienen que los valores no son nada más que preferencias personales (Sadurski pp. 57 y ss.; Urbina pp. 43 y ss.).

En algunos aspectos importantes el relativismo convencionalista está relacionado con la opinión introducida por Carlos Santiago Nino (Nino 1989 *passim*; Nino 1994 pp. 14 y ss. y Malesm pp. 47 y ss.) aunque pueda ser encontrada una diferencia decisiva entre esas dos opiniones.

Nino definió su posición como una forma de *constructivismo* ético. Su propósito era reconstruir los conceptos morales de tal forma que mediante ellos pudieran ser cumplidas las funciones de la moralidad socialmente relevantes. Para Nino esto es importante, incluso necesario, porque la moralidad cumple siempre, según él, ciertas funciones sociales. La moral sin la sociedad es un absurdo.

Nino comprendió que el núcleo de la ética no era de naturaleza ontológica, ni epistemológica, sino más bien conceptual. Como dice *Jorge Malem*, «Nino supuso que reconstruir los conceptos morales, y el propio concepto de moralidad, serviría para identificar las instituciones sociales ampliamente reconocidas como válidas, así como para satisfacer ciertas necesidades vitales básicas» (Malem, p. 48).

De una forma interesante, Nino señaló que la práctica moral de la sociedad, cualquiera que sea en un momento determinado, tiende a formular los principios de una moral ideal. De esta forma, Nino intentó combinar la moral ideal y la práctica social. Las prácticas sociales en la sociedad formulan puntos de vista de moralidad ideal, y, por lo tanto, los criterios de los puntos de vista morales válidos han de ser encontrados en la práctica moral. Analizando la práctica social se puede explicar la moralidad ideal (al menos parte de ella). Consecuentemente, Nino estaba inclinado a llamar a su teoría un constructivismo ético.

Por otra parte, la moralidad ideal es, según Nino, siempre una moral ideal, crítica. Por tanto, también las proposiciones de moral individual formulan y son muestra de proposiciones concernientes a la moralidad ideal, porque la moralidad ideal existe antes que la positiva. Uno encuentra aquí similitudes con aquellas ideas alemanas del siglo XVIII, introducidas por *Carl Friedrich von Savigny*, quien resaltó que el Derecho era una manifestación de la ideología jurídica común.

La opinión de Nino lleva fácilmente al resultado de que hay algunas opiniones «verdaderas» acerca de la moralidad intrínseca en la sociedad. Aún más: ¿Cómo y por qué serían «verdaderas»? Existe una posibilidad, claro está, de identificar algunos *estándares prima facie*, como «No matar al inocente», pero todas las aplicaciones, considerando todas las circunstancias, son relativas por naturaleza. A este respecto la teoría de Nino está tan expuesta a la crítica como lo están todas aquéllas teorías proce-

dimentales y constructivistas que pretenden aceptar alguna clase de corrección objetiva de tipo moral o ético.

La opinión de Nino puede, sin embargo, ser interpretada sólo en términos procedimentales. Él siguió las ideas de, por ejemplo, *Jürgen Habermas* o *John Rawls*. En la medida en que afecta al punto de vista discursivo, la teoría de Nino está cerca de la concepción presentada en este artículo. El procedimiento discursivo moral o ético no admite, sin embargo, que los principios propuestos puedan ser «correctos». En vez de preguntarse: ¿Qué valores básicos son importantes en la sociedad actual? Es más provechoso plantear la siguiente pregunta: ¿De acuerdo con qué procedimiento *deberían ser formuladas* las opiniones éticas y morales?

El procedimiento debe ser, también según Nino, libre de coacción, fraude o vinculación a cualquier autoridad. Así, los principios que guían la formación de opiniones morales han de ser públicos, universales, generales y deben ser aplicados en razón de las circunstancias fácticas. También han de ser finales, es decir, los principios morales deben ser la última instancia para justificar una práctica o acción social.

La moral es, por tanto, para Nino, el artefacto humano que reclama aceptación *bajo las condiciones ideales* en las que los estándares de imparcialidad, así como los de racionalidad son cumplidos, y en las que la demanda de un discurso sin coacciones no es vulnerada. El discurso racional es la única vía para garantizar el principio de imparcialidad.

El procedimiento discursivo es, estoy de acuerdo, una herramienta para cierta discusión ideal. Sin embargo, como argumenté antes, no produce puntos de vista valorativos ideales u objetivos, ni mucho menos verdaderos. El discurso es simplemente una estructura racional para la discusión acerca de moral y ética. Los resultados alcanzados en este discurso satisfacen sólo los criterios de corrección relativa. Por lo tanto, la expresión de Nino, «constructivismo moral», ha sido sustituida aquí por el término «convencionalismo».

Volvamos ahora al razonamiento jurídico. El intérprete A introduce una solución justificada S1 a un problema jurídico Q, de forma que la justificación incluya un punto de vista (VS) sobre un valor intrínseco V. La persona B, representa otro punto de vista inconmensurable S2. *No hay*

una medida común para comparar S1 y S2, y, por tanto, no hay respuestas correctas ni ninguna de las respuestas es *en general* la mejor posible. Todas ellas son correctas sólo respecto de unos criterios determinados, tales como: esta obra de arte es hermosa según el criterio x. Una respuesta correcta presupone que tenemos criterios que abarquen a S1 y S2. Desde el punto de vista de esos criterios puede ser hecha una elección. No obstante, es posible todavía preguntarse si este meta-criterio es el único correcto y así sucesivamente. Esta no es, sin embargo, una situación catastrófica.

Aunque se acepte la relatividad de la noción «vida buena» (o la de un código moral), todavía es razonable preguntar: Cómo *convivir* con diferentes concepciones de la vida buena, o, dicho de una forma un poco diferente, cómo construir una atmósfera social en la que haya lugar para las diferencias. En la vida social, la gente tiene que compartir algunas concepciones éticas (y morales), incluso intrínsecas, para comunicarse y cooperar entre sí. De aquí que sea mejor tener un acuerdo entre concepciones sobre el bien que formar una inabarcable variedad de ellas. ¿Por qué? No tengo ninguna otra respuesta mejor que la de que, de otra manera, al menos en situaciones extremas, dominará el caos en la sociedad, o bien una dictadura de ciertas opiniones. Para mantener sano y salvo un desarrollo social dinámico, debemos tener medios racionales para «gobernar» el desacuerdo. Un compromiso equitativo siempre es mejor que el caos o una manipulación del uso del poder al estilo de las dictaduras.

Empecemos por el principio democrático. Está basado esencialmente en la noción de participación, que, por otra parte, presupone la aceptación del principio de publicidad. La participación significa la posibilidad de controlar la toma de decisiones. En la toma de decisión política, el control se lleva a cabo, v. gr., mediante el cambio de representantes. El control es, sin embargo, también algo diferente y algo adicional. También implica la supervisión del *contenido de las decisiones*. Esta versión del control demanda publicidad de la toma de decisión, y en una decisión jurídica, específicamente, la publicidad de las justificaciones. Por lo tanto, en una democracia la ocupación con las materias jurídicas comunes está basada en la justificación de las decisiones.

Si hay dos soluciones rivales para, digamos, S1 y S2, la solución manifiesta la naturaleza genuinamente interpretativa del orden jurídico. Na-

turalmente hay que ponderar qué justificaciones satisfacen mejor las exigencias lanzadas por la expectativa de certeza jurídica. A la hora de decidir sobre esta preferencia es imposible evitar valores y valoraciones. Ni siquiera el más racional de los que toman decisiones puede evitarlas. La mera racionalidad no garantiza, realmente, el contenido material de la decisión. La racionalidad está conectada al proceso del discurso: el discurso interpretativo tiene que responder a las exigencias de la racionalidad D. Además, el mismo resultado final tiene que afrontar las condiciones materiales de la certeza jurídica. Esto ha de estar de acuerdo con el Derecho y la justicia.

Desde el punto de vista de este modelo ideal, se trata simplemente de producir la «mejor justificación posible» del tipo de las que vinculan la solución al orden jurídico de una manera aceptable. Es irrelevante si la denominada respuesta correcta también es presupuesta detrás de la interpretación. La respuesta correcta queda como un presupuesto meramente ideológico. Esta clase de presupuesto no puede ser reforzada más, sino rechazada. La idea de la única respuesta correcta no tiene, por lo tanto, ninguna finalidad, ninguna función en la sociedad.

Las exigencias de la democracia están ya satisfechas con la producción de la «mejor justificación posible» para apoyar una decisión, atendidas todas las circunstancias. Esta clase de justificación se crea si, y sólo si, los integrantes de una comunidad jurídica (auditorio) que se comprometen con las reglas de la racionalidad *podieran aceptar* la solución. Llamaré a esta clase de comunidad que cumple con los requisitos de la deliberación racional COMUNIDAD JURÍDICA II o, según mi terminología anterior, un *auditorio particular ideal*. (Aarnio 1987, p. 225). Tal auditorio mide la aceptabilidad del resultado.

En este sentido, es importante trazar una distinción entre la aceptación de una interpretación y su aceptabilidad. Una solución podría tener, debido a una variedad de razones, un apoyo extenso en la sociedad, y podría, entonces, ser ampliamente aceptada y efectiva. La efectividad significa que los tribunales han aceptado un cierto punto de vista o que eso ha ocurrido en la COMUNIDAD JURÍDICA I entera.

Sin embargo, la eficacia no es necesariamente lo mismo que producir la solución «correcta», ni una interpretación «efectiva» es aceptable sin

más en la COMUNIDAD JURÍDICA II. Esta circunstancia es relevante sobre todo desde el punto de vista de la dogmática jurídica. Si ésta se contenta sólo con la exposición de las interpretaciones aceptadas en la COMUNIDAD JURÍDICA I, pierde fácilmente su función crítica. Pero también es tarea de la ciencia jurídica evaluar y criticar las formas de pensamiento predominantes, si han sido creadas por la ciencia jurídica o, por ejemplo, por los tribunales. Además de la aceptación, hay que considerar la aceptabilidad en la COMUNIDAD JURÍDICA II, es decir, la aceptación posible.

Y es por esto por lo que la «mejor justificación posible» es necesaria: la noción de aceptabilidad empieza con la capacidad de los miembros de la COMUNIDAD JURÍDICA II para aceptar la interpretación. Estos miembros se comprometen con las reglas de juego de una racionalidad D.

Puede decirse también que la COMUNIDAD JURÍDICA II es un ideal. Hay que asumir que en la COMUNIDAD JURÍDICA II la aceptación es otorgada por personas ideales que tienen sistemas coherentes de valores. Debido a que tienen intereses diferentes, en abstracto podrían discrepar, pero al construir sistemas coherentes de valores se dan cuenta de que la gente debe cooperar y, por lo tanto, son capaces de trascender sus intereses diferentes y llegar a un acuerdo.

Esta exigencia no es satisfecha por ninguna de las comunidades reales afectadas. Incluso la mejor de nuestras aspiraciones en la dirección de la racionalidad permanece a medio completar. Desde el punto de vista de la aceptabilidad, la comunidad jurídica esencial es, entonces, un ideal, un patrón de aceptabilidad (*kriterienlose Rationalitätspostulat*; postulado de racionalidad sin ningún criterio). Por otra parte, los principios del relativismo valorativo moderado significan que incluso las personas que consideran problemas racionalmente pueden (en principio) tener concepciones diferentes acerca de los valores básicos.

La comunidad jurídica que mide la aceptabilidad no es, por tanto, necesariamente internamente homogénea. Puede incluir grupos con una diferencia de opinión genuina respecto a lo que tiene que ser considerado bueno y malo, correcto e incorrecto. Pero si es aceptada la posibilidad del desacuerdo, surge un problema: ¿En qué clase de COMUNIDAD JURÍDICA II puede ser buscada prioritariamente la aceptabilidad? He sugerido

do el llamado *principio mayoritario* como la solución (Aarnio 1989 pp. 409 y ss.).

La «mejor justificación posible» se ha producido si y sólo si la mayoría de los integrantes racionales de una comunidad jurídica han podido aceptar las justificaciones materiales sugeridas para una interpretación. Un punto de vista interpretativo es una «pelota de prueba» que es arrojada a la COMUNIDAD JURÍDICA II ideal. Si las presuposiciones básicas y los valores básicos de la posición asumida corresponden al punto de vista de la mayoría, el punto de vista interpretativo con sus justificaciones es el mejor que el intérprete puede producir en esas circunstancias. Es innecesario deliberar acerca de si la solución es también la única correcta.

VI. EL PRINCIPIO MAYORITARIO

El núcleo del principio mayoritario es como sigue: Si la mayoría de la COMUNIDAD JURÍDICA II pudiera aceptar el punto de vista interpretativo en cuestión a partir de los valores compartidos, ese punto de vista sería el «mejor» justificado -en esa comunidad (Aarnio 1989 pp. 389 y ss.). Algunas veces se ha pensado que el principio mayoritario conduce a algún tipo de «teoría votacional de la verdad». De acuerdo con ésta, los integrantes de la COMUNIDAD JURÍDICA II votarían acerca de cuál es la «mejor justificación posible». Interpretado de esta forma, el principio mayoritario ha sido mal entendido (Aarnio 1989 pp. 418 y ss.).

Primero, no se refiere en absoluto a una votación, sino a la aceptabilidad de la justificación. El principio mayoritario concierne sólo a las condiciones conceptuales de la aceptabilidad de una solución.

Segundo, sólo se refiere a la mayoría de las personas que consideran los problemas racionalmente, es decir, a la mayoría de la COMUNIDAD JURÍDICA II. Todos los integrantes de esa comunidad cumplen, v. gr., las siguientes condiciones:

- Todo el mundo está en pie de igualdad en la discusión;
- Todo el mundo participa voluntariamente;
- Todo el mundo aspira a la mejor justificación posible; y

- Todo el mundo se compromete con los principios de la deliberación racional cuando aspira a este resultado.

Estas presuposiciones básicas muestran un gran parecido con las exigencias básicas de la teoría de la justicia representada por *John Rawls*, así como con aquéllas empleadas por *Carlos Santiago Nino* (Nino 1989, *passim*). En una comunidad jurídica racional, los intereses de los individuos se combinan en una aspiración hacia la mejor solución concebible. Todo el mundo maximiza su contribución racional y ninguno puede ser considerado como una persona incapaz de ofrecer su contribución al proceso de deliberación.

Además, adaptando la noción de Rawls, los miembros de una comunidad jurídica racional también pueden ser situados detrás del «velo de la ignorancia». Con otras palabras, se les hace, «olvidar» sus orígenes personales, sus expectativas y valores, también los hechos de la Historia y la realidad. Sin embargo, en mi teoría, a diferencia de lo que ocurre en la de Rawls, el velo de la ignorancia es lo «suficientemente delgado» para permitir a la gente que esté en desacuerdo. Si las personas con preferencias iguales difieren, entonces lo correcto es lo que la mayoría considera correcto.

La solución mejor justificada en esa situación particular es la aceptada por tantos como sea posible. El que respeta los principios del discurso racional está, con otras palabras, dispuesto a aceptar el principio mayoritario, porque también la mayoría está sometida al juego de la racionalidad. El asunto puede ser expresado también con una pregunta: ¿Con qué otro principio podría comprometerse quien considera una materia racionalmente, aceptando los puntos de partida de la teoría del discurso? No puedo imaginar otra alternativa si se mantiene la fidelidad a los presupuestos básicos aceptados arriba.

Es decir, en el caso de que una persona no acepte el principio mayoritario, establecerá otras condiciones para el discurso y la aceptabilidad del resultado diferentes a las escogidas arriba. Podría estar dispuesto a manipular a la otra parte, o a persuadirla o quizá incluso a usar la coacción. A la hora de ser racional, él mismo también acepta ser objeto de manipulación, persuasión o coacción. Con esa clase de persona el discurso racional del tipo referido arriba no es posible.

Consecuentemente: todo el mundo tiene que aceptar el principio mayoritario porque acepta los principios del discurso racional. Por otro lado, los valores básicos de la comunidad pueden cambiar de forma que en algún momento la posición minoritaria disidente obtendrá el apoyo de la mayoría. Pero esto es debido a los cambios de valores y no a que una parte haya sido convencida racionalmente de la irracionalidad de su propia opinión, después de haber reconsiderado el asunto. Así es como funciona la dinámica del pensamiento jurídico.

El principio mayoritario así interpretado no es sólo de interés teórico. El principio mayoritario es un modelo, un ideal. En una situación social real la mayoría no necesariamente –quizá nunca– se conducirá racionalmente. La argumentación puede implicar aspectos autoritarios y, consecuentemente, una persuasión, incluso cuando la argumentación pueda ser considerada racional. La sociedad organizada no puede, sin embargo, descuidar el modelo de deliberación que incluye el principio mayoritario. Si el refuerzo de las características del imperio de la ley es considerado una meta, el principio mayoritario como modelo tiene un papel importante. El principio mayoritario está también de acuerdo con los intereses de cada ser humano racional que persiga su propio interés. Para la sociedad, es valioso, entonces, defender la teoría que incluye el discurso racional y el principio mayoritario como una meta, incluso si no puede ser conseguida.

VII. PARA CONCLUIR

Como vimos antes, la teoría habermasiana de puntos de vista morales (y jurídicos) «objetivos» no está muy bien fundada. La situación ideal de habla no garantiza un consenso entre tales participantes (ideales) en la discusión que representan diferentes valores intrínsecos. Todavía hay lugar para el desacuerdo, y, por tanto, para un compromiso (equitativo).

Sin embargo, en ciertas situaciones parece haber interpretaciones jurídicas que son «*más relevantes*» que otras para la comunidad en cuestión. ¿Qué significa esto?

Una respuesta prometedora parece ser: si la mayoría de la COMUNIDAD JURÍDICA II está dispuesta a aceptar, digamos, la solución S1, está solución es *por el momento* la «mejor posible». Esto no significa que los

miembros de la comunidad II «votan» a favor o en contra de S1. La mayoría simplemente proporciona la mayor aceptación posible para la solución S1. En otras palabras, la solución S1 es aceptable para la mayoría si S1 es discutida alguna vez en este auditorio. Desde el punto de vista social, la otra solución, como propuesta minoritaria, es «más débil» que S1.

Sea la solución S1 aceptable para un grupo de individuos (C1). Este grupo es parte de la comunidad jurídica C. La otra parte (no-C1) de esta comunidad C no acepta S1. La relevancia de S1 en C es mayor cuanto más grande sea el grupo C1.

Es posible ahora definir el *grado de relevancia* (M) como sigue:
 $M = 0$, si el número de individuos (N) en C1 = 0.

De aquí que, $M(S1) = N:C$, y por tanto si $M(S1)$ es más de 1:2 (50%), S1 es *más relevante* en C que S2, y a este respecto puede decirse también que S1 es la «mejor solución posible» por el momento en C.

Aún así, puede cuestionarse si el principio mayoritario, incluso cuando está limitado, no es demasiado severo con la opinión de la minoría. De la forma en que yo puedo verlo, ése no es el caso. No tiene que ver con la democracia política ni con el principio mayoritario de una democracia política.

1. Primero, el modelo trata sólo del razonamiento jurídico en una situación *ideal* de habla. La protección de la minoría tendría significación en una COMUNIDAD JURÍDICA I real (concreta), es decir, en un auditorio donde todas las clases de agrupaciones de poder representan algún papel. En una comunidad ideal, como la COMUNIDAD JURÍDICA II, el uso del poder no es un problema. Esto se deriva ya desde el auténtico concepto de situación ideal de habla. Se supone que los participantes son libres.

2. En el discurso racional, todas las razones que son relevantes para los problemas son tomadas en consideración. Por tanto, la opinión de la minoría es también parte del razonamiento.

3. A causa de que todos los miembros de la Comunidad jurídica II se comprometen con los estándares de racionalidad (D), necesariamente to-

dos deben aceptar *también* el principio mayoritario. Esta aceptación está basada en el concepto auténtico de racionalidad. Una persona racional puede preguntar: ¿Cuál sería el principio competente si el principio mayoritario no fuera aceptado? ¿Una decisión por sorteo?

4. Las últimas preguntas mencionadas están conectadas a otra: ¿Por qué no contentarse con *dos* (o más) soluciones igualmente bien fundamentadas y por tanto racionalmente aceptables, v. gr., con S1 y S2? ¿Por qué es necesario comprometerse con el principio mayoritario?

Como fue señalado más arriba, la aceptación de más de una respuesta posible es incluso necesaria teóricamente. Primero, la opinión relativista, representada en este estudio, parte del supuesto de que no hay respuestas jurídicas en el orden jurídico *ex ante*. Segundo, todas las soluciones bien fundamentadas, tanto S1 como S2, son «correctas» *ex post*, en el sentido de que son las respuestas adecuadas en el seno de cierta estructura justificativa. No es posible añadir más argumentos. Hemos llegado al límite del razonamiento racional, en el que es imposible ver desde fuera a S2 y S2 para compararlos entre sí.

Sin embargo, la cooperación social presupone que la gente puede estar de acuerdo en ciertas soluciones. Esto puede ser ilustrado como sigue. Si la comunidad jurídica (C) consta sólo de dos miembros, A y B, que poseen las habilidades de Hércules J., prevalece un desacuerdo permanente entre los puntos de vista y este desacuerdo causa incertidumbre acerca de lo que es correcto y de lo que es equivocado. Hay también dos candidatos equivalentes para la solución «correcta», S1 y S2. También en este caso, las autoridades necesitan una solución final para el cumplimiento.

No obstante, esta solución final no decide la tensión entre A y B. Nadie puede decir si la solución final es correcta o no. Es sólo una de las alternativas bien fundamentadas. Debido a que no hay una mayoría en la comunidad, el problema del principio mayoritario tampoco puede plantearse. La *elección* racional entre S1 y S2 sólo puede ser realizada por sorteo, o bien A y B alcanzan un *compromiso equitativo* sobre la solución final (v. gr. sobre S1). El consenso no nace, sin embargo, desde un simple discurso racional. Según nuestros presupuestos básicos, está basado parcialmente en la transacción o en algo similar.

En la segunda posibilidad, A y B forman una mayoría C, en comparación con D. El desacuerdo concerniente a las soluciones es el mismo que el mencionado antes. Según nuestros presupuestos básicos, esta comunidad jurídica es racional por naturaleza. La tesis siguiente procede de esta presuposición. Todo miembro de C acepta

- a) los estándares de racionalidad D;
- b) la idea de cooperación social: .
- c) el principio según el cual la cooperación social presupone la predictibilidad;
- d) el principio según el cual la predictibilidad no funciona si la solución es alcanzada mediante sorteo, y todo integrante de C
- e) está de acuerdo con el hecho de que debe haber, para que la predictibilidad esté garantizada, una respuesta final para cada caso singular.

Si estos compromisos son aceptados, al mismo tiempo son argumentos para un punto de vista adicional: todo caso difícil *debería tener* una respuesta. Esto no significa que tal respuesta sea la «única correcta», sino la «mejor posible» en la comunidad C según los criterios (a) - (e). «La mejor posible», por su parte, significa que la mayoría de C puede ponerse de acuerdo mutuamente sobre esta respuesta y que no lo hace mediante un sorteo.

Más adelante, la opinión de la minoría puede transformarse en la opinión de la mayoría, lo que significa que la misma dinámica social cambia también las «mejores soluciones posibles» para el caso en cuestión.

VIII. EL PRINCIPIO REGULATIVO DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Tomando el análisis mencionado antes como punto de partida, uno puede proponer la siguiente directriz, o *principio regulativo* (RP) para el razonamiento jurídico (Aarnio 1987 pp. 225 y ss.).

RP: Intenta alcanzar una solución y una justificación en la situación de un caso difícil tales que la mayoría de los integrantes racionales de una comunidad jurídica puedan aceptar tu punto de vista y tu justificación.

El principio RP no es una manifestación de la ideología «Besser-Wisser». El principio regulativo no concede autoridad para proclamar: llevo razón. Sólo intenta

1. estimular al intérprete (investigador o juez) hacia una justificación racional, y
2. advertir sobre los problemas que afectan al objetivismo valorativo.

La aceptabilidad por parte de la mayoría de la COMUNIDAD JURÍDICA II es lo máximo que el juez o el investigador pueden alcanzar en su razonamiento. Esta clase de aceptabilidad proporciona también la medida más objetiva para la crítica.

Finalmente, la aceptabilidad como meta del razonamiento jurídico es suficiente para los seres humanos. Usando el principio regulativo, se pueden intentar maximizar las expectativas de certeza jurídica. Una presunción acerca de la «única respuesta correcta» no nos ayuda a servir mejor a la sociedad. Lo que realmente necesitamos es la justificación racional y la aceptabilidad por parte de la mayoría de un auditorio racional.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, AULIS: Das Regulative Prinzip der Gesetzesauslegung. En: *Rechtstheorie* Vol. 20, 1989, pp. 409 y ss.

AARNIO, AULIS: *Denkweisen der Rechtswissenschaft*. 1979.

AARNIO, AULIS: *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*. Ensayos sobre Filosofía del Derecho. 1995.

AARNIO, AULIS: *Law and Society*. En: *Festschrift für Dr. TonKak Suh's 70th Birthday*. 1990 pp. 3 ss.

AARNIO, AULIS: *The Rational as Reasonable*. 1987.

AARNIO, AULIS: *Reasoning Judicial Decisions*. En: *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*. *Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*. 1994 p. 643 ff.

- AARNIO, AULIS: On the Truth and Acceptability of Interpretative Propositions in Legal Dogmatics. En: *Rechtstheorie*, Beiheft 2, 1981 p. 33 ff.
- AARNIO, AULIS, ALEKSANDER PECZENIK: On Values. Universal or Relative. En: *Ratio juris*, Vol. 9, N.º 4, 1996, p. 321 ff.
- ALEXY, ROBERT: *Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 1983.
- ALEXY, ROBERT: *Theorie der Grundrechte*. 1985.
- ALEXY, ROBERT: *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Argumentation 1978* (En Inglés: *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (trad. de R.Adler y N.MacCormick).1989.
- ALEXY, ROBERT, PECZENIK, ALEKSANDER: The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive rationality. *Ratio juris*. 1990 pp. 130 y ss.
- ALTMAN, ANDREW: *Critical Legal Studies. A Liberal Critique*. 1990.
- DWORKIN, RONALD: *Law's Empire*. 1986.
- DWORKIN, RONALD: No Right Answer? En: *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart* (ed. por P.M.S. Hacken y J. Raz). 1977 pp. 58 y ss.
- DWORKIN, RONALD: *Taking Rights Seriously*, 2.ª ed., 1978.
- FINCH, HENRI LEROY: *Wittgenstein - The Later Philosophy*, 1977.
- MALEM SENA, JORGE, F., CARLOS SANTIAGO NINO: A Bio-Bibliographical Sketch. En: *Inter-American Law Review. The University of Miami*. Fall 1995, Volumen 27, N.º 1 pp. 45 y ss.
- MAZZARESE, TECLA: «Norm Proposition»: Epistemic and Semantic Queries. En: *Rechtstheorie* 1991 pp. 39 y ss.
- NINO, CARLOS SANTIAGO: *El constructivismo Ético*. 1989.
- NINO, CARLOS SANTIAGO: *The Ethics of Human Rights*. 1991.

- NINO, CARLOS SANTIAGO: Positivism and Communitarianism: Between Human Rights and Democracy. En: *Ratio Juris* Vol. 7, N.º 1, 1994 pp. 14 y ss.
- OLLILA, MAIJA-RIITTA: The Ethics of Rendezvous. Morality, Virtues and Love. *Acta Philosophica Fennica*, Vol. 54, 1993.
- PECZENIK, ALEKSANDER: *On Law and Reason*, 1989.
- PERELMAN, CHAIM: *The Idea of justice and the Problem of Argument*. 1963.
- PERELMAN, CHAIM: The New Rhetoric. En: *Pragmatics of Natural Language* (ed. por Y. Bar-Hillel) 1971 pp. 148 y ss.
- PERELMAN, CHAIM: The Rational and Reasonable. En: *The New Rhetoric and the Humanistics: Essays in Rhetoric and its Applications*. 1979 pp. 117 y ss.
- RAY, JOHN, W.: Perelman's Universal Audience. En: *The Quaterly Journal of Speech*, n.º 4, Vol. 64 p. 361 ff.
- SADURSKI, WOJCIECH: *Moral Pluralism and Legal Neutrality*. 1990.
- URBINA, SEBASTIAN: *Reason, Democracy, Society. A Study on the Basis of Legal Thinking*. 1996.
- WEINBERGER, OTA: *Jenseits von Positivismus und Naturrecht*. En: *Contemporary Conceptions of Law. Archiv für Rechts- und-Sozialphilosophie. Beiheft Vol. 1, Parte 1'*, 1982 pp. 43 y ss.
- WEINBERGER, OTA: *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. 1991.
- WRÒBLEWSKI, JERZY: Fuzziness of Legal System. In: *Essays in Legal Theory in Honour of Kaarle Makkonen. Oikeustiede-jurisprudentia* 1983 pp. 311 y ss.
- WRÒBLEWSKI, JERZY: Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. En: *Rechtstheorie* 5, 1974 pp. 33 y ss.
- WRÒBLEWSKI, JERZY: Paradigms of Justifying Legal Decisions. En: *Theory of Legal Science* (ed. por Aleksander Peczenik et al.) 1984 pp. 253 y ss.