

SOBRE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA

MANUEL ATIENZA*
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

Recibido el 5 de septiembre de 2009 y aprobado el 20 de octubre de 2009

RESUMEN

Existe una preocupación jurídica respecto de la posibilidad de existencia de una única respuesta correcta en varios de los actuales filósofos y teóricos del derecho, como Aulis Aarnio, con su texto *One right answer?*, desde el cual analizaré sus posturas en relación con las asumidas por Nino, Habermas, Perelman, Dworkin, Alexy, MacCormick y Peczenick, estableciendo sus concordancias y contraposiciones. Además, haré una síntesis de la doctrina contemporánea sobre argumentación jurídica comparando y sometiendo a sus tamices las tesis de Aarnio a fin de evidenciar sus grandes aportes en este campo de investigación iusfilosófico.

PALABRAS CLAVE

Argumentación jurídica, mejor respuesta posible, única respuesta correcta, razonabilidad, regla de derecho.

ON THE ONE CORRECT ANSWER

ABSTRACT

There is a judicial concern regarding the possibility of the existence of an only correct answer in several current law philosophers and theorists, such as Aulis Aarnio, with his text, *One right answer?*. His postures will be analyzed in relation to those taken by Nino, Habermas, Perelman, Dworkin, Alexy, MacCormick and Peczenick, in order to establish their agreements and counter-positions. Additionally, a synthesis of the contemporary doctrine on the judicial argumentation will be carried out, comparing and submitting Aarnio's thesis to its differences, with the purpose of making evident its great impact in this field of iusphilosophical research.

KEY WORDS

Judicial argumentation, best possible answer, one correct answer, reasonability, law rule.

1. Trataré, en primer lugar, de identificar cuáles son, en mi opinión, las principales tesis defendidas por Aulis Aarnio en su trabajo *One right answer?*

1.1. Debe distinguirse entre la respuesta *final* y la respuesta *correcta* a un problema jurídico. La existencia de una respuesta final es una condición necesaria de cualquier sistema jurídico que funcione adecuadamente, una parte del principio del *rule of law*. Pero esa respuesta final no tiene por qué ser correcta ni, menos aún, la única.

1.2. La noción de respuesta correcta es ambigua. En su versión fuerte, significa que existe una respuesta “escondida” en el ordenamiento jurídico y que puede ser deducida de premisas axiomáticas y evidentes. En su versión débil, por el contrario, significa que, para un juez o un teórico del Derecho, la respuesta correcta funciona como una guía. Pero esto último resulta problemático desde un punto de vista metodológico (¿cómo encontrar la respuesta correcta?), epistemológico (¿cómo saber que se ha encontrado?) y ontológico (¿existe una respuesta correcta?).

1.3. Aarnio niega tanto la versión fuerte (que hoy nadie defendería en la teoría del Derecho) como la débil: no existe una respuesta correcta y, por lo tanto, ni puede encontrarse, ni saberse que se ha encontrado.

1.4. La tesis de Dworkin de que existe una respuesta correcta presupone: 1) que los principios forman parte del Derecho; 2) que un “juez Hércules” –que ejemplifica una situación ideal de habla– sería capaz de encontrar esa respuesta. Aarnio califica

de problemática tanto la primera afirmación (¿por qué –en virtud de qué– son los principios parte del Derecho?) como la segunda (para saber que la “ponderación” que lleva a cabo Hércules es la mejor, la más coherente, necesitaríamos presuponer un súper-Hércules, y así hasta el infinito; además, Hércules no es un mero autómatas racional, sino también un ser creativo –que efectúa razonamientos no meramente deductivos–).

1.5. A diferencia de las proposiciones sobre hechos, los puntos de vista valorativos sólo pueden ser aceptados por el auditorio universal (en el sentido de Perelman), esto es, sólo pueden ser “objetivos”, si se consideran en abstracto o *prima facie*. Pero los enunciados de valor (o los más relevantes) que tienen lugar en el razonamiento moral o jurídico son contextuales o *consideradas todas las cosas*. Por ejemplo, lo decisivo no es si existe la prohibición de matar a un inocente, sino si un determinado individuo, A, debe o no (le está permitido o no) matar a otro, B, en un determinado contexto (dadas ciertas circunstancias de tiempo, sociedad, situación, lugar). Y el problema es que, con el paso de los juicios *prima facie* a los *consideradas todas las cosas*, el auditorio universal se dispersa en auditorios particulares: cada grupo comparte valores que difieren entre sí, aunque todos los miembros de cada grupo satisfagan los estándares de la racionalidad.

1.6. Aarnio denomina a su posición filosófica “convencionalismo relativista moderado”. Convencionalismo, porque los juicios morales presuponen convenciones, la existencia de creencias mutuas compartidas. Relativista, porque los juicios morales “objetivos” sólo lo son *prima facie*. Y moderado, porque Aarnio no es un nihilista en materia de ética y no considera que los juicios de valor sean simplemente preferencias personales.

1.7. El convencionalismo relativista tiene ciertas semejanzas con el constructivismo ético de Nino (que extrae la moral crítica, válida, de la propia práctica moral) y reconoce cierto valor a teorías del discurso como la de Habermas (próxima a la de Nino). Pero el procedimiento discursivo sólo permite identificar estándares objetivos *prima facie*; en relación con los juicios *consideradas todas las cosas*, sólo puede proporcionar criterios de validez relativa.

1.8. Cuando sobre un mismo problema jurídico se proponen dos soluciones basadas en juicios de valor intrínsecos (últimos) incompatibles entre sí, no cabe hablar de respuesta correcta: cada una es correcta dados ciertos criterios, y no hay un meta-criterio que cubra a ambos. En esa situación, para evitar el caos o la dictadura de ciertas opiniones, lo razonable es establecer un procedimiento de toma de decisiones de tipo democrático, basado en los principios de participación y de apertura.

1.9. La democracia no exige la respuesta *correcta*, sino la *mejor* justificación posible, esto es, una solución, una respuesta, que *pueda ser* aceptada por la comunidad

jurídica; no por la comunidad realmente existente, sino por una comunidad *ideal* (que se guía por las reglas del discurso racional), pero *particular* (sus miembros no comparten –necesariamente– los mismos valores básicos).

1.10. La mejor respuesta posible es la que resulta aceptable para la mayoría de esa comunidad ideal (que respeta las reglas del discurso racional y, por tanto, a las minorías).

1.11. Aunque no haya, para cada caso jurídico, una sola respuesta *correcta*, sí que debe haber una sola respuesta *final*. Ello es una exigencia de la certeza jurídica y del *rule of law*.

1.12. Todo lo anterior le lleva a Aarnio a proponer el siguiente *principio regulativo* que deberían seguir los prácticos y los teóricos del Derecho en sus razonamientos jurídicos: “*Frente a un caso difícil, trata de alcanzar una solución y una justificación tal que la mayoría de los miembros de una comunidad jurídica que piensen racionalmente pueda aceptar tu punto de vista y tu justificación*”.

2. El primer problema que plantea el texto de Aarnio es el de precisar su sentido. La necesidad de hacerlo deriva, por un lado, de que Aarnio no es muy explícito (o es muy sintético) a la hora de señalar, por ejemplo, cuáles son las diferencias que existen entre su propia postura y la de Perelman; o en qué consiste exactamente la crítica que le dirige a Dworkin o a Nino. Por otro lado, la tesis de la única respuesta correcta (y la negación de la tesis) no es sólo que sea ambigua, sino que es esencialmente gradual, en cuanto puede sostenerse con grados muy distintos de intensidad (al igual que ocurre con su negación), y lo que resulta de ello es que quizás sólo pueda hablarse de posiciones “antitéticas” cuando se comparan las posiciones situadas en uno y otro extremo de la escala; o sea, entre las posturas “fuertes” a favor de la única respuesta correcta, y las posturas, igualmente fuertes, que las niegan y defienden, en consecuencia, que el Derecho está radicalmente indeterminado. En los lugares intermedios, las diferencias son mucho más matizadas y cabría pensar incluso que no hay nada (o nada muy significativo) que separe a un defensor de la tesis de la respuesta correcta, al estilo de Alexy o del último MacCormick, y un crítico de la misma, como Aarnio o Peczenick. Veámoslo.

2.1. Aarnio parte, para construir su criterio de lo que llama “la mejor respuesta posible”, de la noción perelmaniana de auditorio universal. En la teoría de Perelman, esa noción juega el papel de ofrecer un criterio que pueda servir como parámetro de la argumentación objetiva o, mejor, imparcial: “*ser imparcial* –dicen Perelman y Olbrecht-Tyteca en su famoso *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*– no es ser objetivo, es formar parte del mismo grupo que aquellos a los que se juzga, sin haber tomado partido de antemano por ninguno de ellos” (1989: 119). Pero, infortunadamente, la noción de Perelman de auditorio universal es bastante

ambigua, como muchos autores (incluyendo el propio Aarnio) han señalado. Esencialmente, la ambigüedad consiste en que, en algunas ocasiones, Perelman parece haber dado a entender que el auditorio universal estaría constituido, sin más, por “todos los seres de razón”, de manera que el acuerdo de ese auditorio (no un acuerdo fáctico, puesto que se trata de un auditorio ideal) vendría a coincidir con el consenso al que apunta la situación ideal de diálogo habermasiana; Perelman puede, de esa manera, establecer una diferencia entre los argumentos simplemente *persuasivos* (que persuaden de hecho a un auditorio) y los argumentos *convincientes* (que persuadirían al auditorio universal, aunque quizás no logren persuadir a los auditorios particulares) o, dicho de otra forma, entre la eficacia y la validez de la argumentación. Pero, otras veces, lo que subraya es que el auditorio universal es una construcción del orador (por eso tiene un carácter “ideal”) que depende de las ideas de individuos particulares y procedentes de diversas culturas, de manera que no habría un único auditorio universal (cada orador construye el suyo que, además, puede ir modificando); como señaló Gianformaggio, argumenta frente al auditorio universal simplemente quien lo hace con seriedad y de buena fe y está convencido de las conclusiones que sostiene y de los procedimientos que utiliza. Esta segunda interpretación (que seguramente es también la más coherente con el relativismo de fondo de Perelman: para él, los juicios de valor sólo valen frente a auditorios particulares) es la que acoge Aarnio al hablar de “comunidad ideal particular”, pero añadiéndole una precisión que tiene su importancia: los criterios que rigen para (frente a) ese tipo de auditorio (lo que Aarnio llama Racionalidad-D, esto es, la racionalidad discursiva que incluye, a su vez, como un ingrediente suyo, la racionalidad lógica) serían los característicos del auditorio universal interpretado en su sentido más fuerte (digamos, en su sentido habermasiano) con lo que, en definitiva, se lograría superar el nivel de la simple *persuasión*, sin alcanzar el de la plena *convicción*. O sea, la pretensión de corrección (de convencer) erigida por Aarnio no se dirige frente a cualquier ser racional, sino frente a los seres racionales insertos en una determinada cultura, que comparten ciertos valores, cierta *forma de vida* (en varios de sus trabajos, Aarnio ha basado en esa noción wittgensteiniana su concepción relativista en materia valorativa).

Esto último permite también, me parece, entender mejor su crítica a Dworkin. Lo que viene a decir Aarnio es que, dado que Hércules no podría ser una encarnación de “cualquier ser de razón”, sino de un ser de razón inserto en cierta cultura, sería posible que otro juez Hércules (igualmente racional pero que, al participar de otra forma de vida, partiera de premisas –de juicios de valor– diferentes) diera, a un determinado problema, una solución incompatible con la del primero. De ahí que, para resolver esa discrepancia, se necesitaría un súper-Hércules, etc. En definitiva, lo que sostiene Aarnio es que, cuando surgen discrepancias entre valores últimos (y no valores últimos individuales, sino valores últimos compartidos por quienes pertenecen a una cierta cultura o forma de vida) no existen criterios racionales que permitan seguir discutiendo y, por ello (y dada la necesidad de no dejar abiertos los

problemas –cierto tipo de problemas–) lo único que cabe es orientar la respuesta en el sentido al que llevaría una argumentación racional que adoptara como premisas valorativas las de la forma de vida más difundida en la comunidad de que se trate.

Con ello se aclara también su diferencia con Nino (y con Habermas y, en general, con los partidarios de la teoría del discurso). Lo que Nino sostiene es que no todas las prácticas sociales o formas de vida son igualmente valiosas. La práctica social a partir de la cual cabe extraer lo que serían los principios de una moral justificada, ideal, es –para entendernos– la de la Ilustración: *“La moral positiva de la modernidad –escribió Nino en su obra póstuma Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho–, o sea, la que se ha difundido en buena parte del planeta –no en todo, por cierto– con el Renacimiento y la Ilustración, aunque, por cierto, con precedentes en el pensamiento clásico, incluye un modo de reproducción que consiste en una práctica discursiva”* (p. 49). Esa práctica discursiva tiene ciertos presupuestos como *“las condiciones formales de generalidad, universalidad, superveniencia, publicidad y finalidad”* (p. 170-171). Y de los presupuestos de la práctica del discurso moral se derivan principios sustantivos (autonomía, inviolabilidad, dignidad) *“que establecen un conjunto de derechos fundamentales”*. En eso se basa la ética objetivista y universalista de Nino que, como se ve, recurre a un procedimiento de fundamentación esencialmente semejante al de Kant o Habermas.

2.2. Decía antes que las posiciones en relación con la existencia o no de una única respuesta correcta para cada caso (difícil) podrían ordenarse en una escala que tomara en cuenta afirmaciones como las siguientes:

- 1) Existe una única respuesta correcta, que cabe extraer a partir de los principios del Derecho natural.
- 2) Existe una única respuesta correcta que deriva exclusivamente del Derecho positivo y de las reglas del método jurídico.
- 3) Existe una única respuesta correcta, pues cuando el Derecho positivo y el método jurídico no resultan suficientes, cabe acudir a la opinión de la comunidad en general o de la comunidad de los juristas o de los que gozan de más autoridad.
- 4) Existe una única respuesta correcta, pues el Derecho no es sólo un conjunto de reglas, sino una práctica guiada por principios y valores. La respuesta correcta es la que, respetando los materiales jurídicos, proporciona la mejor interpretación posible de los fines y valores que definen la práctica.
- 5) Existe una única respuesta correcta, pero sólo como una idea regulativa en sentido kantiano.

6) La idea de la única respuesta correcta es simplemente una ficción que, sin embargo, cumple una función útil en el razonamiento jurídico.

7) No siempre existe una única respuesta correcta de acuerdo con el Derecho, aunque eso no quiere decir que no exista otro tipo de criterios objetivos o cuasi-objetivos (morales, económicos, etc.) que, de alguna forma, “guían” las decisiones de los juristas (de los jueces).

8) Casi nunca existe una única respuesta correcta. El Derecho fija únicamente unos márgenes para la decisión pero, dentro de ellos, los juristas (los jueces) deciden en forma subjetiva e impredecible.

9) La noción misma de una única respuesta correcta para cada caso es una simple ideología que cumple la función de enmascarar el poder político de los jueces.

Por lo demás, incluso dentro de cada una de esas posturas sería posible establecer grados pues, por ejemplo en relación con 4) –la posición en la que, en principio, cabría ubicar a Dworkin–, no es lo mismo afirmar que *siempre* hay una respuesta correcta, o bien que *casi siempre* la hay; y no es lo mismo afirmarlo de manera general, o bien únicamente en relación con algún tipo de sistema jurídico; etc.

La posición de Aarnio estaría incluida dentro de 7); sería una variante suya. Se trata de una teoría escéptica, pero *débil*, de la no existencia de la única respuesta correcta. Como él mismo señala en su trabajo, lo que le separa de las teorías escépticas *fuertes* [la de los realistas jurídicos extremos –8)– o la de los *Critical Legal Studies* –9)–] es que Aarnio no sostiene una concepción puramente emotivista de los valores y atribuye gran importancia al *rule of law* y a la noción de certeza jurídica lo que le lleva, en definitiva, a no reducir el Derecho a política o a ideología. En ello viene a coincidir, por ejemplo, con lo sostenido por el “primer MacCormick” (en su libro de 1978, *Legal Reasoning and Legal Theory*).

Para ambos, MacCormick y Aarnio, existen criterios de racionalidad aplicables a las decisiones judiciales aunque, en algunos casos, estos pueden ser insuficientes, en el sentido de que puede haber más de una solución que cumpliría con los criterios de racionalidad, en cuyo caso no cabría hablar ya de una *única* respuesta correcta. Habría, sí, una respuesta *mejor* que sería, en el caso de MacCormick, la que elegiría un *espectador imparcial* (MacCormick se inspira aquí en Adam Smith y en Hume) y, en el caso de Aarnio, la que aceptaría la mayoría de los miembros de una comunidad jurídica que pensarán racionalmente; o sea, el criterio de MacCormick sería más bien monológico, y el de Aarnio, dialógico. Esa actitud aproxima en cierto modo la postura de Aarnio a la de Alexy (la única respuesta correcta tiene el sentido de un ideal regulativo que rige en el discurso práctico racional), pero la diferencia ahora sería que para Alexy (como también para Nino o para Dworkin)

el Derecho (al menos, el Derecho moderno o el del Estado constitucional) contiene un elemento de idealidad que lo conecta de manera necesaria a una moralidad universalista; mientras que para Aarnio los valores son relativos a cada forma de vida. La diferencia –quizás podría expresarse así– es que, para Aarnio, la existencia de distintas formas de vida significa un límite para la racionalidad discursiva; mientras que para Alexy (o para Nino) la racionalidad discursiva (los criterios de racionalidad que son presupuestos en la práctica discursiva) es lo que permite, al menos incoativamente, superar el límite que, para el ejercicio de la racionalidad, supone la existencia de diversas formas de vida: los valores últimos de cada forma de vida son también susceptibles de discusión racional.

3. En una de sus últimas obras, *Rhetoric and the Rule of Law. A theory of Legal Reasoning*, Neil MacCormick modifica el punto de vista que, sobre la argumentación jurídica y sobre la cuestión de la única respuesta correcta, había sostenido en su libro de 1978 al que antes me refería. Entonces se situaba entre una teoría “ultra-racionalista”, como la de Dworkin, con su tesis de la única respuesta correcta para cada caso, y una “irracionalista”, como la de Ross, para el cual las decisiones jurídicas son esencialmente arbitrarias, un producto de la voluntad y no de la razón. Ahora, introduce un giro en su posición que le lleva a aproximarse a Dworkin y a Alexy; más exactamente, acepta la tesis de la única respuesta correcta en la formulación de este último, esto es, MacCormick entiende también que, en el razonamiento práctico y, por tanto, en el razonamiento jurídico que es un caso especial de aquel, se erige una pretensión de corrección (p. 277). Es interesante subrayar que ese cambio supone, por parte de MacCormick, el alejamiento del positivismo jurídico a Hart que anteriormente había defendido y la asunción de una concepción expresamente no positivista del Derecho. En la entrevista que se le hizo en *Doxa* poco antes de su muerte, a la pregunta de si seguía considerándose un autor iuspositivista, contestaba: “*Mi posición es postpositivista. Hemos tenido mucho que aprender del positivismo analítico en aspectos que –creo– Dworkin no ha sabido apreciar, pero el positivismo mismo es insostenible (bien sea duro, blando, incluyente, excluyente o axiológico)*” (p. 488) (MacCormick desarrolla esta nueva concepción en su libro *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, 2007).

En relación con los discursos en los que se trata de aplicar normas generales a casos concretos (distintos de aquellos que tienen por objeto la justificación de normas generales), MacCormick contrapone dos teorías a las que denomina respectivamente “declarativa” y “decisionista”. Los defensores de la primera teoría (entre los cuales se encuentran tanto prácticos –jueces– como teóricos del Derecho partidarios del Derecho natural o Dworkin; Hart estaría en una posición intermedia) sostienen que, en los casos difíciles, los jueces (incluidos los jueces supremos) pueden cometer errores, puesto que hay una respuesta correcta que puede no coincidir con la respuesta final; la existencia de esa respuesta correcta

deriva de su creencia de que *“argumentos apropiados aplicados al campo del Derecho establecido pueden establecer persuasivamente una conclusión sobre el problema dado como más aceptable que cualquier otra”* (p. 266). Mientras que lo que sostienen los decisionistas (campo en el que militarían algunos jueces y también teóricos del Derecho como Kelsen –sobre todo, el último Kelsen–, los realistas americanos y los “Critical Legal Studies”) sería que lo que un tribunal ha decidido es lo correcto simplemente porque lo ha decidido y en tanto su decisión no ha sido anulada por otro. Los jueces –dirían los decisionistas– pueden decidir de manera poco inteligente o poco apropiada, pero no pueden cometer errores en materia de Derecho en casos problemáticos, *“puesto que no hay una verdad anterior sobre la cuestión acerca de la cual pudieran equivocarse”* (p. 266).

MacCormick subraya que optar por una u otra posición tiene consecuencias muy importantes y da una serie de razones que le llevan a rechazar el decisionismo. Básicamente, son las siguientes:

1) Aceptar la teoría decisionista supondría considerar que el objeto del conocimiento jurídico está formado exclusivamente por lo que los jueces han decidido y por lo que probablemente decidirán en el futuro. Pero con ello se deja fuera una perspectiva que consiste en considerar el Derecho, al menos parcialmente, como *“un objeto teórico, constituido por una interacción de prácticas humanas y de teorizaciones sobre ellas”* (p. 274). O sea, la labor (en el campo de la enseñanza y de la investigación) de los juristas académicos se amplía considerablemente si el Derecho no es considerado exclusivamente como un fenómeno autoritativo, sino también como una práctica compleja que suministra una base para enjuiciar la corrección o no de las decisiones.

2) Aceptar una u otra posición implica también plantearse de manera distinta la función judicial y el estilo de toma de decisión y de motivación de las decisiones. Obviamente, quien suscribe una posición decisionista no puede estar muy interesado en debatir en profundidad acerca de cuál es la respuesta correcta a un caso, sino más bien en establecer con claridad cuál es la respuesta dada al caso.

3) Si se acepta la posición decisionista, los jueces tienen que ser vistos como actores políticos en el sentido más estricto de la expresión; no simplemente en el sentido de que sus decisiones tienen consecuencias políticas, sino en el de que ellos son quienes “crean” y no simplemente quienes “dicen” el Derecho; a la hora de designar a los jueces habría que tener en cuenta, entonces, criterios de “representatividad” y no cualidades como prudencia, experiencia o capacidad para discernir cuál es la decisión correcta en cada caso.

4) El *rule of law*, como gobierno de las normas y no de los hombres, sería imposible si la tesis de la infalibilidad judicial fuera verdadera; o sea, el imperio de la ley

supone que los jueces son los encargados de confirmar e implementar el Derecho más bien que de crearlo con sus decisiones.

4. Si ahora volvemos a Aarnio y nos preguntamos hasta qué punto estas críticas son aplicables a su posición, la respuesta parece que tendría que ser que sólo en un grado pequeño, puesto que él no defiende una teoría “decisionista” del Derecho; esto es, Aarnio no está entre quienes parecen ser los destinatarios directos de la crítica de MacCormick. Pero eso no quiere decir, me parece, que no le alcancen en absoluto.

1) Una teoría escéptica como la de Aarnio (aunque sea moderadamente escéptica) supone también aceptar un límite en la construcción de la teoría y de la dogmática jurídica que quizás no esté justificado aceptar. Aarnio no limita el objeto del conocimiento jurídico a lo que los jueces han decidido o decidirán, pues incluye también lo que deberían decidir (según la comunidad ideal particular); pero lo que sí parece es que un cultivador de la dogmática que asumiera las tesis de Aarnio no podría proponer soluciones que chocaran con los valores característicos de la forma de vida más difundida en la sociedad de que se trate. O sea, lo que estaría aquí en cuestión es la validez (también para la dogmática) del principio regulativo propuesto por Aarnio. Luego volveré sobre ello.

2) Algo parecido cabe decir en relación con la función judicial y la motivación de las decisiones. Negar la tesis de la única respuesta correcta como lo hace Aarnio supone también poner un límite a la deliberación y, a partir del mismo, primar exclusivamente el valor de la claridad: lo que los jueces tendrían que hacer es establecer con precisión su decisión (que, en sentido estricto, no podría justificarse, puesto que no aspira a ser correcta sino, en todo caso, final).

3) En esa medida, habría que considerar también que la función judicial es estrictamente política. Pero, además, de acuerdo con el principio regulativo de Aarnio, habría quizás razones para rechazar a los candidatos a jueces que no suscriban los puntos de vista mayoritarios en la sociedad de que se trate; o, en todo caso (y sobre todo en las instancias supremas), habría que primar a los que representen los valores –las formas de vida– socialmente más difundidos.

4) En fin, si hay un punto en el que ya no cabe hablar de respuesta correcta, sino de respuesta final, entonces parecería que a partir del mismo ya no regiría en sentido estricto el principio de legalidad, del *rule of law*, puesto que esas decisiones no podrían verse como el resultado de la aplicación de reglas preestablecidas.

Naturalmente, cualquiera podría objetar a lo anterior diciendo que las críticas en cuestión sólo tienen sentido si la tesis de la única respuesta correcta es verdadera. Si no lo fuera, uno podría lamentarse de que la condición humana y el mundo

natural y social en el que se desarrollan nuestras vidas sean como son. Pero nada más. Quiero decir que si el Derecho es (parcialmente) indeterminado, nada se gana negando esa realidad. ¿Pero es así? Me parece que no, o sea, me parece que la postura mejor fundada en relación con la cuestión de la única respuesta correcta no es la de Aarnio, sino más bien la que han defendido autores como Dworkin, Alexy o, últimamente, MacCormick, con la precisión que paso a señalar. En los Derechos del Estado constitucional, casi siempre hay una única respuesta correcta. No la hay siempre, pero no porque exista más de una respuesta que pueda considerarse correcta, sino más bien porque no hay ninguna que lo sea, esto es, porque no puede excluirse la existencia de casos trágicos, en relación con los cuales no cabe tomar ninguna decisión que no suponga vulnerar algún elemento esencial de un valor fundamental; y aunque probablemente en esos casos pueda pretenderse todavía que hay una respuesta que, sin ser buena, sin ser correcta, es menos mala que las otras. Dejaré, sin embargo, de lado aquí la discusión a propósito de los casos trágicos en el Derecho e indicaré, para terminar, algunos argumentos que, me parece, podrían aducirse todavía en contra de lo sostenido por Aarnio en su trabajo:

5) Al negar la tesis de la única respuesta correcta, Aarnio no tiene quizás suficientemente en cuenta el ámbito al que la misma se refiere, que no es el de la justificación de normas generales (la argumentación legislativa), sino el de la aplicación de normas a casos concretos o la comparación entre normas para determinar si una contradice o no a otra (o sea, la argumentación judicial). Ello es importante, porque la toma de decisiones judiciales supone (en relación con las decisiones legislativas) una gran simplificación: como Luhmann (y antes que él, Llewellyn y muchos otros) ha puesto de manifiesto los jueces tienen que dar respuesta a problemas bivalentes: el acusado es culpable o inocente, la ley constitucional o inconstitucional, el propietario del bien B, X o Y, etc. Por eso, entre otras cosas, nadie erige la pretensión (salvo en algún caso muy excepcional) de que tal ley es la *única* correcta. Mientras que la decisión que consiste en absolver a X de tal delito puede perfectamente ser considerada como la única correcta aunque (pongamos por caso) el juez que la toma puede incluso pensar que muy probablemente X cometió el delito en cuestión (pero que ello no resultó debidamente probado). O sea, la tesis de la única respuesta correcta puede ser menos “fuerte” de lo que a primera vista pudiera parecer.

6) Para defender la idea de que la objetividad de los juicios de valor (la aceptación por el auditorio universal) sólo puede establecerse en abstracto, mientras que desaparece en los juicios *consideradas todas las cosas* (el punto 1.5.), Aarnio parece apelar a la experiencia ordinaria de la gente, o de los juristas. Pero esto es algo que puede discutirse. Jonsen y Toulmin (que formaron parte de una famosa Comisión del Congreso de Estados Unidos encargada de establecer en los años 70 los principios de la bioética) propusieron una “rehabilitación de la casuística” (en *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, University of California

Press, 1988) basándose en su experiencia en la comisión, que describen así: “*En el momento en que el debate tenía lugar en el nivel de los juicios particulares, los once comisionados veían las cosas básicamente en la misma forma. En el momento en que se remontaban al nivel de los “principios” iban por caminos separados*” (p. 18). Me parece que la experiencia de los juristas prácticos tiende a avalar más bien lo señalado por Jonsen y Toulmin. Discutiendo precisamente a propósito de la cuestión de si existe o no una sola respuesta correcta para cada caso, Tomás-Ramón Fernández afirmaba, frente a la tesis de la indeterminación radical del Derecho que sostenía Alejandro Nieto, que en sus 30 años de práctica de abogado sólo en una ocasión se había encontrado con un caso en el que había dos soluciones igualmente correctas (*El derecho y el revés*, p. 136). Naturalmente, no se trata de negar la existencia de discrepancias en la práctica jurídica, sino de mostrar que quienes actúan en la misma guían realmente su comportamiento por la idea de que existe (casi siempre) y que se puede encontrar (en ocasiones con no poco esfuerzo) una sola respuesta correcta, precisamente porque la búsqueda de la misma no es “en abstracto”. “*Cuando os proponéis un caso –escribe T.-R. Fernández criticando precisamente a los teóricos del Derecho que no toman suficientemente en cuenta lo que él llama “el escenario procesal”-, tomado incluso de la realidad, sois, me parece, demasiado maximalistas o, si quierdes, demasiado ambiciosos. Buscáis, ni más ni menos, la solución, en lugar de limitaros a indagar “la solución del caso tal y como se ha planteado”...*”. Y añade: “*Podría ser de otro modo, en otras circunstancias, con otros abogados y manejando otras razones... pero es como es y sobre esa concreta base es como ha de buscarse y obtenerse la respuesta correcta al conflicto así planteado*” (*Doxa* 23, p. 759 y 760).

7) Un problema que se plantea con una solución “intermedia” como la que propone Aarnio es que no logre evitar los inconvenientes, sino que más bien reúna los que plantea cada una de esas soluciones “extremas” por separado. Lo que quiero decir es que, al proponer en su principio regulativo un tipo de consenso (de mayoría) ideal, siempre habrá incerteza en relación a cuál sería la solución a la que deberían llegar los miembros de una comunidad jurídica “que piensen racionalmente”, con lo que se priva de la mayor ventaja que supone el apelar al consenso fáctico. Y como no se trata del auditorio universal, sino de un auditorio particular, tampoco cabría hablar de justificación en sentido pleno, esto es no “aprovecharía” la ventaja que supone el criterio del consenso ideal.

8) Otra dificultad es que no resulta nada obvio que el propio Aarnio no incurra en cierta contradicción al proponer su criterio, por lo siguiente: La inexistencia de una sola respuesta correcta cuando se proponen soluciones basadas en juicios de valor intrínsecos e incompatibles es lo que lleva a Aarnio a proponer un procedimiento de toma de decisiones de tipo democrático (punto 1.8.). ¿Pero cómo justificar la democracia? ¿Acaso no está considerando Aarnio como valores últimos de carácter objetivo (superiores por tanto a los de cualquier forma de vida no democrática)

los característicos de ese tipo de organización política? ¿Y por qué incorpora los criterios de la racionalidad discursiva en su noción de “comunidad ideal particular”? ¿Acaso no los está considerando como criterios objetivos, independientemente de que sean acogidos o no por una determinada forma de vida?

9) En fin, cuando el criterio sugerido por Aarnio se traslada a la práctica, lo que se produce, en mi opinión, es un resultado que no puede considerarse satisfactorio. Hace pocos días un tribunal español condenó a una mujer mauritana, porque esta última había obligado a una hija de 14 años a casarse y tener relaciones sexuales con un hombre de 40 años. La mujer y varios compatriotas suyos reclamaron ante las puertas del juzgado “respeto hacia sus tradiciones”, esto es hacia los valores característicos de su forma de vida. ¿Sería aceptable que los jueces hubiesen justificado su decisión esgrimiendo, como razón última, que la libertad personal (de la chica) era el valor que debía prevalecer aquí simplemente porque es el predominante en la comunidad jurídica española? ¿No supone eso un reconocimiento de que, si el juicio se hubiese celebrado en Mauritania (y, efectivamente, los matrimonios forzados formaran parte de la cultura allí predominante), entonces la decisión justificada habría sido otra? Otro ejemplo. Hace poco, la Corte Suprema mexicana declaró la constitucionalidad de una reforma del Código Penal del Distrito Federal que despenalizaba el aborto durante las primeras 12 semanas del embarazo. Se trató de un caso muy controvertido y en el que se planteaba (como ocurrió anteriormente con otros tribunales que tuvieron que decidir casos parecidos en otros países) la cuestión de cómo interpretar el derecho a la vida y el derecho a la libertad personal. Supongamos que la forma de vida más extendida en México sea la que asume los valores de la religión católica que, como se sabe, considera que el aborto practicado en cualquier momento después de la concepción es un acto ilícito, moralmente prohibido. ¿Deberían haber resuelto los jueces ese problema de interpretación guiándose por ese criterio, si es que efectivamente es el mayoritario, y aunque pensarán que, en realidad, se trataba de un prejuicio contrario a los principios morales?

5. Las anteriores son, me parece, cuestiones que merece la pena discutir y que quizás puedan contribuir a ordenar de alguna forma el debate que tendremos ahora. Como conozco a Aulis Aarnio desde hace muchos años y sé, en consecuencia, que nuestros valores últimos son esencialmente idénticos, que asumimos –como, me parece, ocurre con todos los asistentes– la misma forma de vida, podemos concordar también en que, al menos en este debate, sí que tiene sentido erigir una pretensión de corrección y asumir que existe una sola respuesta correcta, por muchas que sean las dificultades para llegar a ella. Naturalmente, la pretensión de corrección no supone que, quien la erige, parte de la idea de que sus juicios son de valor absoluto y, por tanto, inmodificables. Lo que pretende es que tienen un valor objetivo y que, por ello, está dispuesto a modificarlos si resultan derrotados por argumentos más fuertes que los suyos. No sé, en consecuencia, si, al final o a lo largo del

debate, voy a ser convencido por algo de lo que diga Aarnio; probablemente sí, lo que me obligará, por tanto, a modificar algo de lo que acabo de decir. Pero, en todo caso, de lo que no tengo ninguna duda es de la extraordinaria importancia, teórica y práctica, que la obra de Aarnio ha tenido en la filosofía del Derecho contemporánea. Él ha contribuido además, de diversas maneras, al desarrollo de la filosofía del Derecho y de la cultura jurídica en España y para mí es muy grato tener la oportunidad de expresarle un agradecimiento que, estoy seguro, comparte toda la comunidad jurídica española “que piensa racionalmente”. Además, y sobre todo, Aulis es un amigo por el que siento afecto y admiración. De él he aprendido una lección fundamental: que la discusión iusfilosófica no sólo es compatible sino que puede proporcionar el contexto más adecuado para el cultivo de la amistad. Todo un principio regulativo, y no sólo para los filósofos del Derecho.