



Aulis Aarnio  
Manuel Atienza  
Francisco J. Laporta

*Bases teóricas de la  
interpretación jurídica*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

**Presidente**

Ernesto Garzón Valdés

**Secretario**

Antonio Pau

**Secretario Adjunto**

Ricardo García Manrique

**Patronos**

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

**Gerente**

M<sup>a</sup> Isabel de la Iglesia

*Bases teóricas de la  
interpretación jurídica*



Aulis Aarnio  
Manuel Atienza  
Francisco Laporta

*Bases teóricas de la  
interpretación jurídica*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO  
MADRID

© 2010 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Aulis Aarnio, Manuel Atienza y Francisco J. Laporta

I.S.B.N. : 978-84-613-7827-2

Depósito Legal: M-3672-2010

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

## ÍNDICE

¿UNA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA? ( <i>Aulis Aarnio</i> ) .....	9
Respuesta definitiva <i>versus</i> respuesta única .....	9
La versión fuerte .....	10
La versión débil .....	11
Un punto de vista crítico .....	13
Perelman y la idea del argumento moral .....	17
Hacia un relativismo convencio- nalista moderado .....	21
Aplicaciones .....	31
El principio de la mayoría .....	36

La idea del principio regulador .....	43
SOBRE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA ( <i>Manuel Atienza</i> ) ....	47
¿CAMBIO O EVOLUCIÓN? ( <i>Aulis Aarnio</i> ) .....	81
ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE ¿CAMBIO O EVOLUCIÓN? ( <i>Francisco J. Laporta</i> ) .....	121

# ¿UNA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA?

*Aulis AARNIO*

Respuesta definitiva *versus* respuesta única<sup>1</sup>

Una de las cuestiones más problemáticas de la teoría jurídica es, y ha sido, la doctrina de la única respuesta correcta. Aleksander Peczenik ha criticado esta teoría en muchos de sus textos, ya sea de forma directa o indirecta. Su teoría de la coherencia se centra sin duda, desde un punto de vista, en las bases de la doctrina. Sin embargo, las reflexiones críticas más importantes de Peczenik con respecto a la teoría de la única respuesta correcta fueron, al menos a mi juicio, de naturaleza filosófico moral. Su respuesta, que recuerdo al final de esta ponencia, podría calificarse de relativismo convencionalista moderado.

Comencemos, no obstante, con algunos conceptos básicos sobre la doctrina de la

---

<sup>1</sup> Este trabajo está dedicado a mi colaborador y buen amigo, el profesor Aleksander Peczenik (Lund, Suecia), que falleciera en 2005.

única respuesta correcta. En primer lugar, hay que tener claras dos nociones básicas distintas, a saber, la respuesta *definitiva* y la respuesta *correcta*. La primera es condición necesaria de cualquier sistema jurídico que funcione correctamente. El uso del poder legal presupone simplemente que, en un determinado estadio del procedimiento legal, el sistema produce una resolución *con fuerza ejecutiva* para cada caso. A este respecto, la solución definitiva constituye una parte esencial del principio del Estado de derecho (*Rechtsstaat*).

Sin embargo, la respuesta definitiva no es necesariamente la correcta, y mucho menos la única respuesta correcta. Cuando hablamos de la (única) respuesta correcta, nos referimos a determinados criterios formales y sustanciales de corrección. Por otra parte, el concepto de respuesta correcta no es en absoluto inequívoco. Por el contrario, existen al menos dos versiones diferentes de este concepto.

### *La versión fuerte*

De acuerdo con esta doctrina, la única respuesta correcta siempre *existe* y también puede ser *detectada* en cada caso. La respuesta está “escondida” en alguna parte del ordenamiento jurídico y la habilidad del juez

consiste únicamente en explicitar lo que ya se encuentra implícito. Esta clase de doctrina únicamente es válida partiendo de la premisa de un sistema jurídico cerrado. La conclusión siempre *se deduce* de premisas axiomáticas y evidentes. La idea de un sistema jurídico cerrado se representó, por ejemplo, en las doctrinas extremas del derecho natural nacionalista y en la dogmática jurídica conceptualista (*Begriffsjurisprudenz*). En la teoría jurídica actual, apenas se encuentran indicios de este pensamiento.

### *La versión débil*

Esta versión acepta la idea de que la respuesta correcta *existe* en el sistema, pero *no siempre* (quizás nunca) *puede* ser detectada. La formulación débil ha sido sostenida por diversas doctrinas positivistas. Por ejemplo, en Finlandia, prácticamente la totalidad de los principales expertos en el campo del derecho administrativo defendían en la década de los 70 de este punto de vista.

Como ha señalado *Jerzy Wróblewski*, la base de esta teoría es principalmente ideológica<sup>2</sup>. Un sistema jurídico no debe tener fisuras. Por otra parte, cualquier juez o erudito debe

---

<sup>2</sup> Jerzy Wróblewski, “Legal Decision and its justification” en *Congreso Mundial de Filosofía Jurídica*

tener un determinado objetivo (la respuesta correcta) como guía. En nuestra condición de seres humanos, quizás no hemos logrado encontrar la respuesta correcta, y sin embargo *está* “ahí”. Si no fuera así –alguien podría decir– todo el proceso de toma de decisiones jurídicas se volvería ciego y arbitrario. Muy a menudo, la versión débil está, por ello conectada con la forma silogística del razonamiento jurídico. La primera y segunda premisas, elegidas de determinada manera, dan la impresión de que la conclusión es “segura”.

Sin embargo, esta versión implica también muchos problemas entrelazados. En general, los puntos flacos de la versión débil se refieren a los problemas del silogismo jurídico. Primero, nos encontramos con el denominado dilema de la falibilidad. Si la respuesta correcta *puede ser encontrada*, ¿es también posible *saber* que se la ha encontrado? La respuesta positiva significa que uno debe saber que realmente conoce las premisas del silogismo. En caso negativo, la respuesta correcta resulta una orientación muy débil para el juez o el jurista. Nunca sabe que lo sabe. Todavía más problemática es la *existencia* de la respuesta correcta. ¿Qué significa

---

y *Social* (ed. por Hubert Hubien), Bruselas, 1971, pág. 233 y ss.

exactamente hablar acerca de tal “existencia” en un contexto legal?

*Un punto de vista crítico*

En lo que sigue, se intentará argumentar una respuesta negativa. No *existen* respuestas correctas en el razonamiento jurídico (la tesis ontológica). Por tanto, tales respuestas tampoco pueden, por supuesto, ser *detectadas* (las tesis epistemológica y metodológica). Pertenece a la propia “naturaleza” de la ambigüedad semántica el que haya que abandonar tanto la versión fuerte como la débil. A fin de defender esta tesis, es necesario dar otro paso.

Ronald Dworkin argumenta que cada miembro de la sociedad tiene determinados derechos (y obligaciones) preexistentes. En su calidad de derechos (y obligaciones) naturales, necesariamente existen con carácter previo a cualquier contrato u otra actuación relativa a las situaciones jurídicas de los ciudadanos. De esta forma, también existen independientemente de los tribunales u otras autoridades que tengan la obligación de identificar dichos derechos (y obligaciones). Incluso en el caso de que haya una laguna jurídica, los principios obligatorios la ponen de manifiesto y resuelven el problema, exista

o no un determinado derecho (u obligación) natural para ese caso en concreto<sup>3</sup>.

En un caso concreto, el ordenamiento jurídico no ofrece garantías al juez para identificar los derechos (y obligaciones) naturales. Sin embargo, según Dworkin, dichas garantías pueden ser formuladas a nivel teórico. Utiliza a ese propósito el concepto de la teoría del derecho más sensata. Argumenta que los principios de la teoría del derecho más sensata forman, ellos mismos, parte del derecho, porque también llevan consigo autoridad jurídica. Si esto es así, se plantea una cuestión crucial: ¿cuáles son los criterios que sustentan el que formen parte del derecho? No pueden tener este carácter sólo porque formen parte de la teoría del derecho más sensata. El responder de esta forma conduce a un círculo vicioso.

Dworkin puede defender su opinión diciendo que no sólo el derecho vigente, sino también los principios del derecho, constituyen las garantías últimas de la teoría más sensata. Como instancia básica, los principios, y únicamente ellos, proporcionan una

---

<sup>3</sup> Ver, por ej., Ronald Dworkin, "No Right answer" en *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart* (ed. por Hacker y Joseph Raz), 1977, pág. 58 y ss., y Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously...*, 2ª ed., 1978, *passim*.

respuesta correcta a cada posible caso difícil. Sin embargo, los principios resultan a menudo insuficientemente precisos, o entran en conflicto entre sí. Por lo tanto, es preciso dar nuevos pasos.

A este respecto, Dworkin se refiere a un concepto adicional, esto es, el concepto del “juez ideal”. Dworkin lo denomina “Hércules J.”. Este juez es, frente a un juez “humano”, omnisciente, dispone de un tiempo ilimitado, su información acerca del caso y de los argumentos aplicables es ilimitada, es capaz de adoptar hasta las decisiones más difíciles (omnipotente) y también es imparcial. Además, Hércules J. es perfectamente desinteresado y, lo que resulta importante a efectos de imparcialidad, es capaz de ponerse, sin límites, en la posición de los demás. De ahí que Hércules J. sea una persona ideal, una metáfora o ilustración que ejemplifica la situación ideal del discurso introducida, por ejemplo, por *John Searle*. Por ello, Hércules J. puede adoptar las “mejores” decisiones jurídicas “posibles”.

Tomando las premisas de Dworkin en serio, todavía podríamos plantearnos una pregunta: ¿es realmente posible encontrar una única solución correcta en cada *caso difícil*? Demos otro paso más y preguntémosnos: ¿qué pasaría si hubiese *dos* Hércules J., ambos

racionales? ¿Serían también capaces de resolver de forma objetiva auténticos problemas axiológicos? La pregunta es crucial, porque las elecciones finales en el razonamiento jurídico no dependen sólo de la racionalidad del proceso de razonamiento, sino también de las evaluaciones. La elección final de las premisas (de evaluación) resulta de *sopesar y equilibrar*, como señaló Aleksander Peczenik<sup>4</sup>. Esta dimensión precisa ser aclarada con algo más de detalle.

Centremos, primero, nuestra atención en el concepto de coherencia, que desempeña un papel clave en la teoría del razonamiento jurídico de Peczenik. La coherencia presupone diversos criterios, que deben ser sopesados entre sí. Sin embargo, no hay forma de equilibrar los razonamientos finales de forma objetiva, porque el “mejor” equilibrio debe ser el “más coherente”. Esto presupone, a su vez, un meta-nivel, es decir, un “Super Hércules J.” capaz de resolver los conflictos entre estas dos subcoordinadas, etc., *ad infinitum*. Esta clase de “Super Hércules J.” sería como un Tirano Platónico que dictaría las soluciones correctas a las personas. Por

---

<sup>4</sup> Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, 1989, pág. 74 y sigs. Ver también lo que Peczenik dice acerca de la única respuesta correcta, *On Law and Reason*, pág. 301 y ss.

los motivos que más tarde se analizarán, esta clase de Tirano es imposible en el mundo jurídico. Hércules J. se parece más al Filósofo de Platón, que únicamente garantiza el marco de las decisiones unánimes o de compromisos justos entre los miembros de la comunidad jurídica de que se trate.

Esto se debe en parte al hecho de que Hércules J. no puede ser meramente un autó-mata racional, o una máquina que únicamente se ocupa de un material argumental disponible de acuerdo con un sistema experto, como si se tratase de un ordenador. La interpretación es, también en el caso de Hércules J., un *procedimiento creativo*, que produce siempre nuevas sendas de razonamiento. Por este motivo, el propio Hércules J. no es sólo un ser racional, sino también un ser creativo en el sentido sustancial del término.

### *Perelman y la idea del argumento moral*

En esta aportación, la creatividad del razonamiento jurídico constituye el punto de partida. Por otra parte, el análisis se basa en una tesis *relativista* en relación con los valores éticos, los principios morales y también las interpretaciones en los casos difíciles (desde el punto de vista jurídico). La tesis se puede dilucidar refiriéndonos, en primer lugar, a

algunas ideas introducidas por *Chaim Perelman*<sup>5</sup>.

Perelman hace hincapié en su “nueva retórica” en que cada punto de vista argumentativo está dirigido a algún receptor, a quien él llama “audiencia”. Puede consistir en un grupo de receptores o en un único individuo. En caso de que una persona que argumente en pro o en contra de una manifestación dirija su razonamiento hacia sí mismo, todo el razonamiento será un monólogo que no pertenece en absoluto a la esfera de la argumentación jurídica. El derecho es una cuestión social, motivo por el cual tampoco la comunicación relativa al derecho es, inevitablemente, un monólogo, por su propia naturaleza.

Desde el punto de vista del relativismo, el aspecto más interesante es la audiencia universal definida por Perelman. Él la caracteriza como un conjunto de receptores *juiciosos*, pero consiste, por otra parte, en una serie de individuos no limitados previamente. El distinguir la audiencia universal de la particular (por ejemplo, una clase de un colegio o los

---

<sup>5</sup> Chaim Perelman, “The New Rhetoric” en *Pragmatics of Natural Language* (ed. por Y. Bar-Hillel), 1971, pág. 148 ss, y Perelman, “The Rational and the Reasonable” en *The New Rhetorics and Humanistic Essays in Rhetoric and its Application*, 1979, pág. 117 y ss.

jueces de una ciudad determinada) resuelve, según Perelman, el argumento clásico sobre si la argumentación es una forma de persuadir o de convencer.

La diferencia entre estas dos categorías reside en el hecho de que *convencer* está dirigido a una audiencia universal y *persuadir* a una particular. Ante una audiencia universal, es necesario utilizar fundamentos generalizables en la argumentación, es decir, principios o argumentos que todos los que acepten las normas de la racionalidad estén dispuestos a aceptar. Una audiencia específica, por el contrario, puede ser persuadida para que adopte un determinado punto de vista sin ninguna referencia a motivaciones generalizables, y ello haciendo uso, por ejemplo, de la autoridad. Los argumentos pueden, en este caso, ser incluso pseudo justificaciones, porque el receptor no los evalúa de acuerdo con las normas de la racionalidad. Por el contrario, el diálogo ficticio con una audiencia universal se compone de argumentos generalmente aceptables, unidos por medio de las normas del discurso racional.

La idea de Perelman de una audiencia universal está relacionada con un razonamiento circular. Los miembros de una audiencia son individuos racionales y, puesto que son racionales, únicamente se les formulan

argumentos racionales. A efectos de evitar el razonamiento circular, parece necesario trazar una distinción entre convencer y persuadir *sobre la base del método* que se vaya a utilizar, únicamente, no “rodeando” el concepto de audiencia. Convencer se basa en un discurso racional, persuadir en formar una opinión no racional. En lugar de concentrarme en esta problemática, lo haré en la cuestión del relativismo.

Perelman afirma que cada estado de cosas generalizable alcanza la posición de un hecho en la argumentación. Al añadir más información acerca de los hechos, las proposiciones se verán reforzadas ante una audiencia universal. Gradualmente se aproximan a la realidad empírica y alcanzan, de esta forma, una naturaleza “objetiva” (correspondencia). Los juicios de valor son de distinta naturaleza. Incluso ante una audiencia universal, sólo pueden ser aceptados hasta un determinado nivel de generalidad, esto es, como no especificados, abstractos, por lo que se refiere a su contenido. Sólo en este sentido tan débil es posible decir que los valores son “objetivos”. Los juicios de valor siempre deben situarse en algún contexto en el que se abran a nuevas preguntas y nuevas justificaciones. El famoso argumento de *G. E. Moore* sobre la “cuestión abierta” se refiere a ellos.

## *Hacia un relativismo convencionalista moderado*

Avancemos un paso más y tomemos como ejemplo la prohibición “No matar a una persona inocente”.<sup>6</sup>

Para analizar esta norma, la distinción formulada por Aleksander Peczenik resulta de gran ayuda. Es la distinción entre *prima facie* (PF) y *teniendo todo en cuenta* (TTC). De acuerdo con esta distinción, la referencia a la universalidad de los valores morales básicos se refiere expresamente a los valores PF. La calidad de estar condicionado por el contexto es, por su parte, el resultado de un razonamiento TTC. La declaración de valor a la que uno se refiere, en un razonamiento jurídico condicionado por la moral, es siempre una *interpretación* TTC de una declaración de valores PF abstracta. Resumiendo, este tipo de razonamiento moral (y jurídico) puede ser denominado relativismo convencionalista moderado.

Esto significa que los juicios morales y los valores (éticos) nunca son una mera “cuestión

---

<sup>6</sup> Ver con más detalle en Aarnio, Aulis – Peczenik, Aleksander, “On Values. Universal or Relative?” en *Ratio Iuris*, Vol. 9, n° 4, 1996, pág. 321 y ss., y también Peczenik, *On Law and Reason*, pág. 114 y ss.

de gusto”, ni se derivan de alguna misteriosa “luz interna” de la conciencia. El relativismo convencionalista presupone que también los juicios morales pertenecen al ámbito del razonamiento. Tienen que ser debidamente argumentados, no pueden quedar librados a la mera intuición. La intuición no puede garantizar una base fiable en nuestra búsqueda de soluciones bien fundadas desde el punto de vista moral. Por el contrario, siempre es preciso formular preferencias trascendentes individuales e independientes. Fundamentadas en la convicción profunda, es posible sacar adelante y justificar una serie de actuaciones más variadas. No es necesario buscar ejemplos más allá de la propia historia humana. Las controversias religiosas son un ejemplo convincente de ello. Lo mismo sucede con el derecho. Las referencias a la conciencia o similares en el razonamiento jurídico, por lo que se refiere a las consideraciones morales, conllevan riesgos de los que uno debe ser consciente, si se toma en serio el ideal del Estado de derecho.

La prohibición “No matar a una persona inocente” constituye una base *prima facie* para no matar a un inocente. La medida en que esta prohibición ha sido aceptada en diferentes culturas y en diferentes períodos de tiempo es una cuestión completamente empírica. En el campo teórico, probablemente podemos

argumentar que, cuanto más general es la formulación de la norma, tanto más fácil es obtener una aceptación (amplia). Existen también algunas pruebas históricas que confirman esta afirmación.

En este ámbito es, sin embargo, esencial el hecho de que el argumento abstracto *prima facie* debe ser interpretado en el punto de aplicación, por ejemplo, cuando examinamos si debemos matar a la persona A o dejar que viva. La interpretación de la prohibición “No matar a una persona inocente” siempre es contextual, dependiendo del momento, la situación social o individual y el lugar. Supongamos ahora que el argumento *prima facie* ha sido interpretado *teniendo todo en cuenta*, es decir, que se han utilizado en el razonamiento todos los argumentos a favor y en contra existentes. En tal caso, el resultado final, la propia interpretación, está relacionada con los criterios dados.

Todo esto puede expresarse también de la siguiente forma. Los argumentos *prima facie* como “No matar a una persona inocente” planteados a un nivel general –expresado de forma abstracta– únicamente se dan *como puntos iniciales* del debate sobre valores, es decir, de la argumentación moral. Invitan al intérprete, al igual que a la audiencia, a seguir un discurso con la obligación de especificar

los argumentos. En este mismo sentido, los argumentos *prima facie* están siempre relacionados con sopesar y equilibrar. De hecho, este es el motivo de que la audiencia universal de Perelman no garantice una unanimidad moral, ni siquiera cuando los miembros de una audiencia sean personas informadas y racionales. Cuando da una interpretación contextual a un argumento *prima facie*, la audiencia universal se dispersa en audiencias particulares, es decir, en subgrupos en los que la base de valores difiere entre sí, aunque todos los miembros continúen cumpliendo los estándares de racionalidad.

A este respecto, merece la pena mencionar la idea de las *creencias mutuas compartidas*.<sup>7</sup> Los juicios morales y de valor, en tanto que *cuestiones sociales*, se basan necesariamente en puntos de vista compartidos acerca de lo que es bueno o malo, lo que está bien o mal en la sociedad de que se trate. Los juicios de valor compartidos no sólo están ligados a los individuos, no son meramente “subjetivos”, sino inter-subjetivos. Forman parte de nuestra forma de vida común y, de esta forma,

---

<sup>7</sup> Ver, en relación con este concepto, Aulis Aarnio, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics* 1997, pág. 137 y ss., y especialmente Eerik Lagerspetz, *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, 1995, *passim*.

también de la comunicación humana. La comprensión del lenguaje presupone que uno se compromete con la sociedad, es decir, con la forma de vida. En la actualidad, el concepto de sociedad significa que sus miembros tienen un “mundo en común”. Los individuos, por ejemplo, el Sr. A y el Sr. B, toman parte en juegos de lenguaje valorativos, pero no pueden crear (estipular) un juego propio totalmente nuevo que, al mismo tiempo, se convierta en socialmente aceptado (compartido). Un lenguaje totalmente privado es imposible. El lenguaje existe con independencia de cada individuo que habla, aunque la “existencia” del lenguaje y la “existencia” de valores (interpretados) sean una cuestión de creencias mutuamente compartidas.

De esta forma, la moral y la ética, al igual que todos los restantes juegos del lenguaje son dadas *ex ante*, los individuos únicamente toman parte en estos juegos. Dentro de un juego determinado, las opiniones pueden ser “objetivas”, es decir, *muy* habituales, no únicamente preferencias personales. Y sin embargo, en otros momentos y en diferentes culturas, los juegos pueden ser diferentes, aunque guarden un parecido de familia unos con otros, de forma que los seres humanos, en gran medida, se entienden entre sí.

Esta es la razón por la cual el punto de vista filosófico moral aquí presentado puede ser denominado *convencionalista relativista*. Es convencionalista porque está basado en la premisa de las *creencias mutuas compartidas*, es decir, en la idea de que los juicios morales son de naturaleza “social”, por lo que precisan algún tipo de “convención” entre los individuos para que sean válidos para la sociedad. Es relativista debido a la premisa básica de que no existen valores objetivos *como tales* y, de esta forma, tampoco existe un método para abordar los valores objetivos o similares. Los “valores objetivos” son sólo manifestaciones *prima facie*, que siempre tienen que ser interpretadas y aplicadas teniendo todo en cuenta, es decir, contextualmente. La teoría del discurso racional no es capaz de dar respuestas objetivas a cuestiones axiológicas. Únicamente da las directrices del procedimiento interpretativo (interpretaciones teniendo todo en cuenta). Finalmente, la concepción es moderada porque trata de evitar los problemas del relativismo *extremo*, por ejemplo, los del denominado nihilismo de valores, así como los de quienes mantienen que los valores no son más que preferencias personales.

En *algunos* aspectos importantes el relativismo convencionalista está relacionado con la opinión de Carlos Santiago Nino<sup>8</sup>,

aunque también puede encontrarse una diferencia decisiva entre ambas. Nino definió su postura como una forma de *constructivismo* ético. Intentaba reconstruir los conceptos morales de forma tal que, por medio de ellos, pudiesen cumplirse las correspondientes funciones sociales de moralidad. Esto es importante, incluso necesario, según Nino, porque la moralidad cumple siempre, en su opinión, determinadas funciones sociales. La moralidad sin la sociedad carece de sentido. Nino consideraba que el núcleo de la ética no era ni ontológico ni epistemológico, sino más bien de naturaleza conceptual. Como dice Jorge Malem, “Nino suponía que la reconstrucción de los conceptos morales, y del propio concepto de moralidad, serviría tanto para identificar instituciones sociales ampliamente reconocidas como válidas y para satisfacer necesidades básicas de la vida”.<sup>9</sup>

Es interesante recordar que Nino señaló que la práctica moral de la sociedad, sea cual sea en un momento determinado, pretende

---

<sup>8</sup> Carlos Santiago Nino, “Positivism and Communitarianism: Between Human Rights and Democracy”. En: *Ratio Juris*, Vol. 7, n° 1, 1994, pág. 14 y ss.

<sup>9</sup> Jorge F. Malem Sena, Nino Carlos Santiago: “A Bio-Bibliographical Sketch”. En: *Inter-American Law Review*, Universidad de Miami, 1995, Vol. 27, n° 1, pág. 45 y ss.

formular los principios de la moralidad *ideal*. De esta forma, Nino intentó combinar la moralidad ideal con la práctica social. Las prácticas morales de la sociedad formulan puntos de vista con respecto a la moralidad ideal y, de esta forma, los criterios para un punto de vista moral válido se encuentran en la práctica moral. Analizando la práctica social, podemos explicar (al menos una parte de) la moralidad ideal. Por ello, Nino se inclinaba a denominar su teoría constructivismo ético.

Por otra parte, la moralidad ideal, de acuerdo con Nino, es siempre una moralidad ideal, crítica. Por este motivo, también las proposiciones morales individuales formulan y dan su aceptación a las proposiciones relativas a la moralidad ideal, porque la moralidad ideal existe *con carácter previo* a la positiva. Encontramos aquí similitudes con aquellas ideas alemanas del siglo XVIII, introducidas por Carl Friedrich von Savigny, que hacían hincapié en que el derecho era una manifestación de una ideología jurídica común.

La postura de Nino conduce fácilmente al resultado de que hay algunas opiniones “verdaderas” acerca de la moralidad intrínseca de la sociedad. Pero ¿cómo y por qué son “verdaderas”? Existe, por supuesto, la posibilidad de identificar algunas *normas prima*

*facie* como “No matar a una persona inocente”, pero todas las aplicaciones *tomando todo en cuenta* continúan siendo relativas por naturaleza. A este respecto, la teoría de Nino está abierta a la crítica, al igual que todas aquellas teorías procedimentales y constructivistas que tratan de formular algún tipo de corrección moral o ética objetiva.

No obstante, la postura de Nino puede ser interpretado en términos procedimentales, y ser vista como una forma de teoría discursiva. En este contexto, no voy a ahondar más en este aspecto del pensamiento de Nino. Sin embargo, merece la pena mencionar que, desde este punto de vista, la teoría de Nino se aproxima a la idea de Habermas del discurso racional. Ni la moral discursiva ni el procedimiento ético aprueban, no obstante, los principios propuestos como “verdaderos” o “correctos”. En lugar de preguntar qué valores básicos *son* importantes en la sociedad actual, resulta más fructífero plantear la pregunta de esta forma: ¿de acuerdo con qué procedimiento *deberían* formularse las opiniones morales y éticas?

El procedimiento, también de acuerdo con Nino, debe estar libre de compulsión, engaño o referencia a cualquier autoridad. De esta forma, los principios que guían la formación de las opiniones morales tienen que ser públi-

cos, universales, generales y deben ser sobrevenidos, por lo que se refiere a las circunstancias fácticas. También tienen que ser definitivos, es decir, que los principios morales deben ser la última instancia para justificar una acción o práctica social.

La moral es, de esta forma, según Nino un artefacto humano que demanda aceptación *en condiciones ideales*, en las que se cumplen tanto las normas de imparcialidad como las de racionalidad, y en las que no se vulnera la demanda de un discurso sin poder. El discurso racional es la única forma de garantizar el principio de imparcialidad. El procedimiento discursivo, estoy de acuerdo, es una herramienta para una discusión ideal determinada. Sin embargo, como antes se argumentó, no produce juicios de valor ideales u objetivos, y mucho menos verdaderos. El discurso es un mero *marco* racional para el debate sobre la moral y la ética. Los resultados de este discurso cumplen únicamente los criterios de la corrección relativa. De esta forma, la expresión “constructivismo moral” de Nino ha sido sustituido en esta aportación por el término “convencionalismo”.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Ver también Aulis Aarnio – Aleksander Peczenik, “On values”, cit..., pág. 329 y ss.

## *Aplicaciones*

Volvamos al razonamiento moral. El intérprete A introduce una solución justificada S1 a un problema jurídico O, de forma que la justificación incluye una actitud (VS) frente a un valor intrínseco V. La persona B representa otra postura inconmensurable S2. *No hay una medida común* para comparar S1 con S2 y, de esta forma, no hay respuestas correctas y ninguna de las respuestas es la mejor posible *con carácter general*. Todas ellas son correctas sólo desde unos *criterios* determinados. De igual forma: esta obra de arte es bella según los criterios x. Una respuesta correcta con carácter general presupone que disponemos de criterios que abarquen *tanto a S1 como a S2*. Por lo que se refiere a esos criterios, se puede llevar a cabo una elección. No obstante, aún es posible preguntarse si estos metacriterios son los únicos correctos, y así sucesivamente. Sin embargo, esta situación no es catastrófica.

Aunque aceptemos la relatividad de la idea de “buena vida” (o de un código moral), continúa siendo razonable preguntarse: ¿cómo *vivimos juntos* con diferentes concepciones de la buena vida?, o, de forma ligeramente diferente, ¿cómo construir una *atmósfera* social en la que haya lugar para las diferencias? En la vida social, la gente tiene que compartir

ciertas, incluso intrínsecas, concepciones éticas (y morales), para poder comunicarse y colaborar entre sí. De ahí que sea mejor alcanzar una conformidad sobre concepciones buenas que formar una variedad inconmensurable de ellas. ¿Por qué? No tengo una respuesta mejor que la de que, en caso contrario, al menos en situaciones extremas, prevalecería el *caos* en la sociedad, o la dictadura de determinadas opiniones. Para conservar un desarrollo social sano, dinámico y seguro, debemos disponer de medios racionales para “gobernar” el desacuerdo. Un compromiso equitativo siempre es mejor que el caos, la manipulación dictatorial o el uso de la fuerza.

Desde este punto de vista, el principio de la democracia es importante. Se basa esencialmente en la idea de participación que, a su vez, presupone la aceptación de la exigencia de apertura. La participación significa la posibilidad de controlar la toma de decisiones. En la toma política de decisiones, el control se realiza, por ejemplo, cambiando a los representantes. El control, sin embargo, es también algo distinto y algo más. Supone también la supervisión del *contenido de las decisiones*. El control, de esta forma, exige la publicidad de la toma de decisiones, en una decisión jurídica, específicamente la publicidad de las justificaciones. El estar presente en las

cuestiones jurídicas comunes se basa, en una democracia, en la justificación de las decisiones.

Supongamos que existen dos soluciones contrapuestas para, por ejemplo, S1 y S2; las soluciones manifiestan la naturaleza genuinamente interpretativa del ordenamiento jurídico. Tenemos entonces, naturalmente, que sopesar qué justificaciones cumplen mejor las exigencias establecidas por las expectativas de la certeza jurídica. A la hora de resolver cuál es mejor, es también imposible evitar las valoraciones y las evaluaciones. Ni siquiera la más racional de las personas que toman decisiones puede evitarlos. De hecho, la mera racionalidad no garantiza el contenido esencial de la decisión. La racionalidad está relacionada con el proceso del discurso. El discurso interpretativo tiene que cumplir con las exigencias de la racionalidad D. Además, el resultado final mismo tiene que cumplir las condiciones esenciales de la certeza jurídica. Tiene que ser conforme con la ley y la justicia.

Este modelo ideal simplemente consigue la justificación “mejor posible” que conecta la solución con el ordenamiento jurídico de una manera aceptable. Desde este punto de vista, es irrelevante el que también la denominada respuesta correcta se presuponga detrás de la interpretación. La respuesta correcta conti-

núa siendo un mero presupuesto ideológico. Las exigencias de la democracia ya se satisfacen elaborando, teniendo todo en cuenta, la “mejor justificación posible” para respaldar una decisión. Esta clase de justificación puede elaborarse sólo y únicamente cuando los miembros de la comunidad jurídica (audiencia) que se comprometen con las normas de la racionalidad *puedan aceptar* la solución. Llamaré a este tipo de comunidad que cumple con las exigencias de la discreción racional *comunidad jurídica ideal* (CI). De acuerdo con la terminología que he propuesto en algunos otros contextos, esta comunidad también podría denominarse *audiencia ideal particular*<sup>11</sup>. Esta clase de audiencia mide la aceptabilidad del resultado.

Es importante trazar una distinción entre la aceptación de una interpretación y su aceptabilidad. Una solución puede, por diversos motivos, tener un apoyo social amplio y, de esta forma, ser ampliamente aceptada y eficaz. La eficacia significa o bien que los tribunales de justicia han aceptado una determinada postura o que esto ha sido realizado por toda la comunidad jurídica *fáctica* (CF).

---

<sup>11</sup> Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable*, 1987, pág. 223 y ss., y Aarnio, “Argumentation, Theory and Beyond; some Remarks on the Rationality of Legal Justification”. En: *Rechtstheorie* 4. 1983, pág. 385 y ss.

La eficacia no es, sin embargo, necesariamente la misma que alcanza la solución “correcta”, ni es una interpretación “eficaz” necesariamente aceptable para la comunidad jurídica *ideal* compuesta por individuos que comparten los estándares del razonamiento racional.

Esta circunstancia es importante, sobre todo, en el ámbito de la dogmática jurídica. En caso de que la dogmática jurídica quede confinada a presentar únicamente interpretaciones CF, fácilmente pierde su función *crítica*. La tarea de la dogmática jurídica consiste también en criticar las formas de pensamiento imperantes, hayan sido elaboradas por la propia dogmática o, por ejemplo, por los tribunales de justicia. Además de la aceptación, es preciso también tener en cuenta la aceptabilidad de la CI. Ese es el motivo por el cual se necesita la teoría de la “mejor justificación posible”, en lugar de la teoría de la única respuesta correcta.

La CI es una comunidad ideal. Se presupone que en la CI la aceptación la prestan personas idealizadas que no sólo comparten las normas de racionalidad, sino que también tienen (en alguna medida) sistemas de valores coherentes. Como tienen distintos intereses, pueden estar en disconformidad *in abstracto* pero, a la hora de elaborar sistemas de valores

coherentes, se dan cuenta de que la gente debe colaborar y, en consecuencia, son capaces de trascender a sus diferentes intereses y ponerse de acuerdo.

Ninguna de las comunidades jurídicas (CJ) *existentes en la actualidad* cumple estas exigencias. Incluso las mejores de nuestras aspiraciones encaminadas a la racionalidad continúan estando parcialmente logradas. Desde el punto de vista de la aceptabilidad, la comunidad jurídica esencial es, de esta forma, un ideal (CI), en donde el criterio de aceptabilidad es el discurso racional. Por otra parte, los principios del relativismo convencionalista moderado significan que incluso aquellas personas que examinan los problemas de manera racional pueden (en principio) tener diferentes concepciones de los valores básicos.

### *El principio de la mayoría*

La comunidad jurídica ideal (CI), al medir la aceptabilidad, no es por tanto necesariamente homogénea. Puede incluir grupos con una genuina diferencia de opinión en cuanto a lo que debe considerarse bueno y malo, correcto y equivocado. Pero, si se acepta la posibilidad de discrepar, surge un problema: ¿en qué clase de CI puede buscarse en primer lugar la aceptabilidad? En este caso se ha

sugerido como solución el denominado *principio de la mayoría*<sup>12</sup>.

Si la *mayoría* de la CI está dispuesta a aceptar, por ejemplo, la solución S1, esta solución es, *por el momento*, la “mejor posible”. Esto no significa que los miembros de la CI “voten” a favor de S1 o contra S2. La mayoría sencillamente proporciona la *aceptación más amplia posible* a la S1. La solución S1 sería aceptable para la mayoría en caso de que se sometiese a debate ante dicha audiencia. Desde el punto de vista social, la otra solución, S2 es, en su carácter de propuesta minoritaria, “más débil” que la S1.

Digamos que la solución S1 es aceptable para el conjunto de individuos (CI). Este conjunto forma parte de la totalidad de la comunidad jurídica C. La otra parte (no CI) de C no acepta la S1. La *importancia* de la S1 en C es mayor cuanto mayor es la CI. Ahora podemos definir el *grado de importancia* (M) de la siguiente forma:

$M = 0$ , cuando el número de individuos (N) de CI = 0

---

<sup>12</sup> Aarnio, *Reason and Authority*, pág. 227 y ss., y Aarnio, “Das Regulative Prinzip der Gesetzesauslegung”. En: *Rechtstheorie*, 1989, Vol. 20, pág. 409 y ss.

De ahí que  $M(S1) = N:C$ , y si  $M(S1)$  es mayor de 1:2 (50%),  $S1$  es *más importante* en  $C$  que  $S2$  y, en *este* sentido,  $S1$  es la “mejor solución posible”, por el momento, en  $C$ .

Aún así, podemos preguntarnos si el principio de la mayoría, incluso cuando se limita de esta forma, no es demasiado severo para la opinión minoritaria. En mi opinión, no es así. No tiene que ver ni con una democracia política ni con el principio de la mayoría en una democracia política:

- (1) En primer lugar, el modelo sólo se refiere al razonamiento jurídico en una situación discursiva *ideal*. La protección de la minoría tendría importancia en una comunidad jurídica fáctica (CF), es decir, en una audiencia en la que todas las distintas clases de constelaciones de poder desempeñan el mismo papel. En una comunidad ideal CI el uso del poder no es un problema. Esto se deriva del propio concepto de situación discursiva ideal. Los participantes se supone que son libres.
- (2) En un discurso racional, todos los razonamientos que sean pertinentes en relación con los temas objeto de debate se tienen en cuenta. De esta

forma, la opinión de la minoría forma también parte del razonamiento.

- (3) Como todos los miembros de la CI se comprometen con las normas de racionalidad D, todos deben aceptar necesariamente *también* el principio de la mayoría. Esta aceptación se basa en el propio concepto de racionalidad. Una persona racional puede preguntar: ¿Cuál sería el principio competitivo si no se aceptase el principio de la mayoría? ¿Una decisión por sorteo?
- (4) Las preguntas mencionadas en último lugar están relacionadas entre sí: ¿Por qué no estar satisfecho con *dos* (o más) soluciones igualmente bien fundamentadas y, en consecuencia, racionalmente aceptables, por ejemplo, con S1 y S2? ¿Por qué es necesario comprometerse con el principio de la mayoría?

Como antes he señalado, la aceptación de más de una respuesta posible es incluso necesaria, desde el punto de vista teórico. En primer lugar, la postura relativista, expuesta en este trabajo, se aparta de la premisa según la cual existen respuestas correctas en el orden jurídico *ex ante*. En segundo lugar,

todas las soluciones bien fundamentadas, tanto S1 como S2, son “correctas” *ex post* en el sentido de que son las respuestas correctas dentro de un determinado marco justificativo. No se pueden añadir más argumentos. Hemos llegado al límite del razonamiento racional, en el que resulta imposible “salir” de S1 y de S2 para compararlas entre sí.

Sin embargo, la colaboración social presupone que la gente puede estar de acuerdo con determinadas soluciones. Esto puede ejemplificarse de la siguiente forma. Si la comunidad jurídica (C) está formada únicamente por *dos* miembros, A y B, ambos con las capacidades de Hércules J., prevalecerá un *desacuerdo* permanente entre sus posturas y este desacuerdo provocará incertidumbre con respecto a lo que es correcto y lo que no lo es. También hay dos candidatas iguales para la solución “correcta”, S1 y S2. También en este caso las autoridades necesitan una solución *definitiva*, para ejecutarla. No obstante, la solución definitiva no decide la tensión entre A y B. Nadie puede decir si la solución definitiva es la correcta o no. Es simplemente una de las alternativas bien fundamentadas. Al no existir una mayoría en la comunidad, tampoco se puede presentar el problema del principio de la mayoría. La *elección* racional entre la S1 y la S2 solamente su puede llevar a cabo por sorteo, o alcanzan-

do A y B un *compromiso equitativo* con respecto a la solución definitiva (por ejemplo, con respecto a S1). El consenso no se alcanza, sin embargo, como consecuencia de un mero discurso racional. De acuerdo con nuestras premisas básicas, se basa parcialmente en la negociación, o en algo parecido.

En la segunda constelación, A y B componen una mayoría de la CI frente a D. El desacuerdo con respecto a las soluciones es el mismo que en el caso anterior. De acuerdo con nuestras premisas básicas, esta comunidad jurídica es racional por naturaleza. De esta premisa se deriva la siguiente tesis. Cada miembro de la CI acepta:

- a) las normas de racionalidad (*discursive rationality*) que está guiada por reglas y principios del razonamiento práctico, diferente de la racionalidad lógica (deducción)<sup>13</sup>;
- b) la idea de cooperación social;
- c) el principio de que la cooperación social presupone la previsibilidad;

---

<sup>13</sup> Ver Aulis Aarnio, *Reason and Authority, Treatise on Dynamic Paradigms of Legal Dogmatics*, Richgate 1997, págs. 200 ss.

- d) el principio de que la previsibilidad no funciona si la solución se alcanza por sorteo; y
- e) el hecho de que, para garantizar la previsibilidad, debe haber una respuesta definitiva para cada cuestión objeto de debate.

Si se aceptan estos compromisos, son, al mismo tiempo, argumentos para otro punto de vista: cada caso difícil *debería tener* una respuesta. Esto *no* significa que dicha respuesta sea la “única correcta”, sino la “mejor posible” en la CI y con los criterios a) a e). “La mejor posible” significa, a su vez, que la *mayoría* de la CI está de acuerdo con esta respuesta y que no ha llegado a ella por sorteo. Más adelante, la opinión minoritaria puede llegar a convertirse en la opinión mayoritaria, lo cual significa que la propia dinámica social cambia también las “mejores soluciones posibles” para la cuestión objeto de debate.

El principio de la mayoría es, por otra parte, elástico, y hace posible que haya una evolución dinámica de las ideas en la sociedad. La base de valores de la sociedad puede cambiar, por lo que, en algunas situaciones, la opinión de una minoría disidente podrá obtener el apoyo de la mayoría. Pero esto se

debe a cambios en los valores, de tal forma que la audiencia estará racionalmente convencida, después de haber reconsiderado el problema, sobre lo poco razonable de su propia opinión.

El principio de la mayoría es un modelo, un ideal. En una situación social actual, la mayoría no necesariamente –quizás nunca– resuelve de forma racional. La argumentación puede llevar consigo características autoritarias y, de esta forma, persuasión, aún cuando la argumentación pueda ser considerada racional. Sin embargo, la sociedad organizada no puede dejar de lado el modelo de discreción que incluye el principio de la mayoría. Si el reforzamiento de las características del Estado de derecho se considera una meta, el principio de la mayoría como modelo desempeña un papel importante. Este principio también está de acuerdo con los intereses de cada ser humano racional que persiga su propio interés. Para la sociedad, tanto la teoría del discurso racional como el principio de la mayoría son unas metas valiosas, aún cuando no puedan alcanzarse.

### *La idea del principio regulador*

Tomando el análisis anterior como punto de partida, podría sugerirse, como resumen

de este trabajo, la siguiente directriz, o *principio regulador* (PR)<sup>14</sup>.

PR: Cuando se trate de un caso difícil, procura alcanzar alcanzar una solución y una justificación, de forma tal que la mayoría de los miembros de una comunidad jurídica que piensen de forma racional puedan aceptar tu punto de vista y tu justificación.

El PR no es una manifestación de la ideología “*Besser-Wisser*”. El principio regulador no confiere una autoridad para proclamar: tengo razón, sino que trata de:

- 1) invitar al intérprete (jurista o juez) a seguir las normas del discurso racional, y
- 2) advertirle de los graves problemas del objetivismo de valores.

La aceptabilidad por parte de la mayoría de la CI es lo *más* que el juez o el jurista pueden alcanzar en su razonamiento. Esta clase de aceptabilidad ideal proporciona una directriz

---

<sup>14</sup> Ver con más detalle en Aarnio, “Das Regulative Prinzip der Gesetzesauslegung”. En: *Rechtstheorie*, 1989, pág. 172 y ss.

para el razonamiento, pero también, al mismo tiempo, la medida más objetiva para la crítica. Finalmente, la aceptabilidad como objetivo del razonamiento jurídico es “suficiente” para los seres humanos. ¿Por qué? Sencillamente, porque el principio regulador hace posible maximizar las expectativas de certeza jurídica de las personas. De esta forma, el principio regulador es una de las garantías básicas del Estado de derecho (*Rechtsstaat*). En este ámbito, la fórmula de la “única respuesta correcta” no nos ayuda en absoluto. No satisface nuestras necesidades sociales y no facilita herramientas para que el abogado alcance “el mejor resultado posible”, es decir, la máxima aceptabilidad. Lo que realmente necesitamos en la sociedad no es una misteriosa única respuesta correcta, sino una justificación racional de las decisiones en la medida de lo posible, y una aceptación genuina y equitativa del principio regulador en todo el razonamiento jurídico.



# SOBRE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA

*Manuel ATIENZA*

1. Trataré, en primer lugar, de identificar cuáles son, en mi opinión, las principales tesis defendidas por Aulis Aarnio en su trabajo “¿Una única respuesta correcta?”.

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 en-

contrar la respuesta correcta?), epistemológico (¿cómo saber que se la 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 antema-

no por ninguno de ellos” (1989, pág. 119). Pero, desafortunadamente, 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 convincentes (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 se-

riedad 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 Hércu-

les 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” (pág. 49). Esa práctica discursiva tiene ciertos presupuestos como “las condiciones formales de generalidad, universalidad, superveniencia, publicidad y finalidad” (págs. 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 presentar, 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 (pág. 277). Es interesante subrayar que ese cambio supone, por parte de MacCormick, el alejamiento del positivismo jurídico á la 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 positivis-

mo analítico en aspectos que –creo– Dworkin no ha sabido apreciar, pero el positivismo mismo es insostenible (bien sea duro, blando, incluyente, excluyente o axiológico” (pág. 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” (pág. 266). Mientras que lo que sostienen los decisionistas (campo en el que militarían algunos jueces y también teóri-

cos 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” (pág. 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” (pág.

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 sea como es. 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) han 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 ó 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 los 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” (pág. 18). Me parece que la experiencia de los juris-

tas 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*, pág. 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 quieres, demasiado ambiciosos. Bus-

cáis, 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, págs. 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 contro-

vertido 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 sobre estos problemas. 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.



## BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A.: *Lo racional y lo razonable. Un tratado sobre justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Aarnio, A.: *One right answer?*, publicado en este mismo volumen.

Fernández, T.-R y Nieto, A.: *El Derecho y el revés*, Ariel, Barcelona, 2000.

Fernández, T.-R.: “Respuesta a Manuel Atienza”, en *Doxa*, nº 23, 2000.

Jonsen, A. R. y Toulmin, S.: *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, University of California Press, 1988.

MacCormick, N.: *Legal reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.

MacCormick, N.: *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, 2005.

MacCormick, N.: *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007.

Nino, C.S.: *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

Olbrecht-Tyteca, L. y Perelman, Ch.: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989.

## ¿CAMBIO O EVOLUCIÓN?

*Aulis AARNIO*

En su disertación de 1977, el filósofo jurídico danés *Jørgen Dalberg-Larsen* formuló la idea de que no se habían producido cambios sustanciales en la ciencia jurídica durante siglos. Esta declaración era radical y me forzó a efectuar un comentario. En aquel momento, acababa de lanzar un proyecto de investigación, cuyo objetivo era examinar las posibilidades, o incluso una aplicación analógica a la ciencia jurídica, de la teoría de Thomas S. Kuhn sobre los momentos decisivos de la ciencia. Estaba, y sigue estando, claro que el modelo de Kuhn no puede aplicarse a la ciencia jurídica, puesto que esta disciplina no forma parte de la familia de ciencias “duras” como la astronomía o la física.

Aún así, un análisis más profundo demostró que, aunque una aplicación directa sea imposible, Kuhn ofreció muchos estímulos para pensar en los problemas del cambio en lo que se refiere a la ciencia jurídica. Yo publiqué ya los primeros resultados a principios de la década de los 80, en parte en colaboración

con mi difunto ayudante de investigación, Jyrki Uusitalo. Sin embargo, este capítulo se basa fundamentalmente en el análisis que he realizado en el libro *Razón y autoridad* (1977). Como en años recientes he especificado mis pensamientos de muchas formas, también por lo que se refiere a los puntos integrales, estas especificaciones han sido tenidas en cuenta en esta presentación.<sup>1</sup>

A la hora de evaluar un posible cambio en la ciencia jurídica, es necesario tener en cuenta tres factores de cambio: (1) El *mundo* en el que se practica la ciencia jurídica, (2) el concepto de *cambio* y (3) lo que entendemos por *ciencia jurídica*. No voy a ahondar en más discusiones conceptuales sobre el primero de estos puntos (es decir, acerca del mundo). En lugar de ello, únicamente voy a centrarme en el concepto de ciencia jurídica que, a su vez, se entiende como dogmática jurídica (estudio analítico del derecho; en alemán,

---

<sup>1</sup> El principal desencadenante de que haya especificado –y en parte también modificado– mi postura básica fue el debate con Francisco J. Laporta en este mismo seminario. Sus comentarios abrieron mis ojos a determinadas confusiones e incluso manifestaciones contradictorias existentes en el texto original. Estoy muy agradecido a Francisco J. Laporta por sus observaciones. He intentado exponer mis especificaciones de forma que no se desvirtúen las ideas originales expuestas por Francisco J. Laporta.

*Rechtsdogmatik*). No obstante, es necesario tener en mente una premisa implícita. Como abogado civilista, conozco mejor la dogmática jurídica correspondiente a esa área concreta. Por este motivo, mi ejemplo será más tarde esencialmente la dogmática jurídica del derecho civil. La posible, incluso probable, diferencia entre el derecho civil y, por ejemplo, el derecho público, no ha sido tenida en cuenta en mi ponencia. Éste será el telón de fondo sobre el que merecen nuestra atención algunas observaciones acerca de los conceptos de cambio, evolución y progreso.

*Cambio* lo interpreto como el movimiento del mundo del estado  $t1$  al estado  $t2$ . En este sentido, el cambio es un concepto objetivo en el que, por ejemplo, carece de importancia la *causa* de dicho cambio. Se pueden abordar características como la intensidad, la velocidad o el tamaño del cambio y –por ejemplo– hablar de “grandes avances en el cambio”. Este tipo de calificativos quedan fuera de este estudio. No sirven de ayuda en nuestra búsqueda de una respuesta para la pregunta de si es conceptualmente posible identificar los cambios en la dogmática jurídica.

*Evolución* tiene un estatus diferente del de (mero) cambio. Siempre está interrelacionada con criterios valorativos. Evolución *positiva* significa que el estado  $t2$  se define de acuerdo

con los criterios  $k1 \dots kn$  como “más valioso”, “mejor” o “más elevado” que el estado básico  $t1$ . “Evolución” *negativa*, por su parte, es la regresión del estado  $t2$  al estado  $t1$ , de acuerdo con los mismos calificativos. De esta forma, la evolución es siempre *relativa* con respecto al punto de partida (el estado  $t1$ ). El problema de esta definición radica en las cualidades “más elevado/más valioso que”. El hombre ha evolucionado, sin duda, del utilizador de herramientas primitivas hechas de piedra al utilizador de las herramientas de la tecnología de la información, pero ¿ha evolucionado en la fabricación de un objeto *hecho de piedra*? Nos encontramos ante una evolución *si* el deseo de usar herramientas técnicas, su eficacia o, por ejemplo, la velocidad de producción de estos productos se adopta como criterio de la evolución. Si el cambio se independiza de criterios de este tipo, se convierte únicamente en movimiento de un estado a otro.

*Progreso* es el más difícil de estos conceptos. Es una subespecie de la evolución (*sensu largo*), pero contiene toda una serie de calificativos positivos adicionales. A este respecto, la idea de “progreso” está conceptualmente vinculada a un determinado *estado final de cosas*. Esta característica se destaca en la palabra “progresivo”, referida a los esfuerzos de un individuo. Por lo que se refiere a la

sociedad, la teoría más famosa es, por supuesto, la de la sociedad socialista (y comunista) de Karl Marx. Este tipo de “progreso” no será objeto de debate en esta ponencia.

No obstante, merece la pena mencionar que una comunidad desarrollada no es necesariamente progresiva. Esto sucede cuando el estado de sus objetivos no está dirigido al desarrollo. De ahí que el progreso sea conceptualmente una cuestión deseable. Sería curioso utilizar la palabra “progresiva” para describir a una persona que esté satisfecha con el *status quo*, o incluso dispuesta a un retroceso. Por otra parte, parece natural pensar que progresamos como seres humanos cuando y en la medida en que nos convertimos en “mejores personas” y, por ejemplo, con más habilidades sociales. Estos calificativos se caracterizan por medio de determinados criterios, que conforman estados ideales de objetivos.

A la hora de pensar en el cambio, la evolución o el progreso de la dogmática jurídica, tendré presente la teoría de David Nehrman sobre la interpretación jurídica y la clausura de las lagunas<sup>2</sup>. A la luz de esta

---

<sup>2</sup> Nehrman, David, Inledning til then svenska juridprudentia civilis efter Sveriges rikets år 1734 antagna lag. (1946), pág. 144. (Introducción a la dogmática

teoría, pueden identificarse dos los factores que dirigen el cambio del derecho:

- a) la totalidad de los *compromisos culturales* y
- b) la totalidad de los compromisos que mantienen *conceptualmente* unido el pensamiento jurídico.

Los *compromisos culturales* que acabamos de mencionar especifican, entre otras, las relaciones sociales (relaciones entre las personas, relaciones de producción, etc.) y las manifestaciones ético-morales de las personas. Aparte de esto, se abren ciertos conflictos de intereses, como las polaridades basadas en diferencias económicas, cuando se definen de acuerdo con ellos. Los compromisos culturales también definen las prioridades relativas de diferentes conflictos. En un sistema socialista, los conflictos económicos entre individuos se han minimizado, mientras que la economía de mercado se basa en la competencia para dictar la relación entre los más fuertes/más débiles.

---

jurídica sueca tras la codificación que entró en vigor en 1734).

David Nehrman (1695-1769) fue el padre de la dogmática jurídica sueca moderna.

Las hipótesis culturales también delimitan las formas de solución de conflictos que se favorecen (ajuste, uso de la fuerza, negociaciones/consenso). En realidad, las cuestiones culturales también definen los *límites del derecho*, por ejemplo, las materias que deben ser resueltas por un Estado democrático de Derecho y las que no. Finalmente, podemos observar que los compromisos culturales alcanzan a nuestras concepciones sobre el origen del derecho y el papel que desempeña en la estructuración de las relaciones sociales. Estas concepciones son variables, históricamente y en función de los distintos lugares. La concepción azteca sobre el origen y el papel del derecho era totalmente diferente de la de la democracia finlandesa.

Al centrarnos en la tradición europea, debemos mencionar en primer lugar la influencia del derecho romano, de entre el grupo de compromisos jurídicos. Especialmente las denominadas instituciones formuladas por Justiniano en el *corpus iuris civilis* y, posteriormente en el *ius commune*, proporcionaron la base conceptual sobre la que se construyó el derecho europeo moderno<sup>3</sup>. Sin embargo, cualesquiera que sean los antecedentes histó-

---

<sup>3</sup> Ver R.C., Van Gaenegem, “The Unification of European Law?” En: *European Review* 1/2006, pág. 109 y ss.

ricos de la conceptualización, el concepto de derecho siempre se define a través de cada “cultura conceptual”, y el derecho de cada época es sólo una secuela de una antigua evolución, cuyos momentos iniciales residen en el pensamiento de la Antigüedad y de la tradición judeo-cristiana. Sobre estos cimientos culturales, y sin entrar en más discusiones acerca de sus cualidades, pasaré a analizar el cambio en la dogmática jurídica (pensamiento jurídico).

Tomando a David Nehrman como ejemplo, podríamos alegar que las concepciones acerca del *contenido* del derecho cambian siempre que el grupo de compromisos (culturales o de otro tipo) que mantienen unido al derecho experimenta una transformación. *Thomas S. Kuhn* ofreció un debate teórico sobre esta cuestión, el tan utilizado y a menudo mal entendido concepto de *paradigma*<sup>4</sup>. Parte de la culpa de que el concepto tenga un uso tan variado hay que atribuírsela al propio Kuhn. Para empezar, su concepto de paradigma era muy polifacético. Por una parte, lo utilizó para designar un *modelo*, o un punto de vista,

---

<sup>4</sup> Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2<sup>a</sup> edición, 1970 (incluida la postdata). Ver también Kuhn, *Reflections on my Criticism and the Growth of Science* (editado por L. Lakatos y A. Musgrave), 1970, pág. 321 y ss.

de la ciencia. Por otra parte, el concepto se refería a *casos modelo* de investigación (ejemplares). Debido a esta confusión, Kuhn recibió algunas críticas bien merecidas y, como consecuencia de ello, adoptó más tarde el concepto de *matriz*, específico para cada rama de la ciencia. Como veremos, este concepto también está cargado de problemas, pero a pesar de ello saca la cuestión adelante. Llevando a cabo una generalización simplificadora, podríamos decir que la matriz es una especificación del concepto de paradigma, no un concepto nuevo o diferente. En el sentido en que se usa el concepto de paradigma en los apartados siguientes, pretende significar, de acuerdo con el espíritu de Kuhn, una *matriz específica para cada disciplina*.

Lo que resulta importante del enfoque de Kuhn es que consideraba la matriz como un *marco que conecta a los científicos*. Explica el hecho de que puede descubrirse que existe una interacción relativamente no problemática entre los científicos pertenecientes a un campo determinado. La matriz también nos ayuda a comprender cómo puede alcanzarse un nivel de unanimidad relativamente elevado en la “evaluación profesional” de la investigación. Desde este punto de vista, la discusión suscitada por *Robert Merton* e *Ilkka*

Niiniluoto<sup>5</sup> sobre las notas distintivas de la ciencia trata los mismos problemas que la matriz de Kuhn. Con su ayuda, podremos alcanzar algún grado de consenso acerca de lo que es:

- la *ciencia* en general
- la investigación científica *en cualquier campo determinado*, y
- una *buena investigación científica* en un campo determinado.

Una matriz “compartida” hace que la ciencia jurídica sea ciencia jurídica; la sociología, sociología, etc. Por lo que se refiere al derecho, por ejemplo, el ser consciente de la matriz y articularla de forma comprensible hace posible identificar (con relativa facilidad) el interés intelectual específico del derecho, así como el punto de vista intelectual que satisface este interés. Aún así, esta clase de observaciones generales del pensamiento de Kuhn no nos llevará lejos en la evaluación del cambio en la dogmática jurídica. La teoría de Kuhn, pensada para las “ciencias duras”, tiene que ser sometida a un examen mucho más detallado de lo que hasta ahora se ha hecho. Sólo de esta forma es posible encon-

---

<sup>5</sup> Ilkka Niiniluoto, “*The Characteristics of science*”. En: *Tiede 2000* (Ciencia 2000) 1, 1980, págs. 5-8.

trarle alguna utilidad, y sólo cuando hayan sido especificados los conceptos será posible ver qué clase de especificaciones precisa la teoría de Kuhn para que resulte adecuada en materia de dogmática jurídica.

La idea básica de Kuhn es que la investigación científica es un *proceso*, en el que uno verifica constantemente las verdades existentes y rechaza las que no encajan en la nueva concepción de las “verdades” de un campo determinado. Pero Kuhn no estaba tan interesado en una continuidad estable como en las fases del proceso de evolución científica en el que la continuidad *se rompe*, o al menos sufre una amenaza. De ahí que el centro de atención del análisis de Kuhn se sitúe en la *discontinuidad* de la evolución de la ciencia. Para darle forma, Kuhn realiza un dibujo de las fases generales de la evolución científica. Describe la evolución desde su despegue a partir de la fase *pre-paradigmática*, en la que el marco intelectual que conecta a los científicos todavía no se ha estabilizado. A medida que pasa el tiempo, se *estabiliza* un modelo de ciencia (paradigma/matriz) como horizonte compartido (en cierto modo, inconscientemente) de discusión entre los científicos. De esta forma, ha nacido una matriz que domina todo el debate científico en un campo determinado. Sólo los pensamientos presentados dentro de la misma son “científicos”, mientras que los

que se desvían son “no científicos”. Con referencia a esta fase, Kuhn habla de *ciencia normal*.

La matriz dominante adquiere su forma y se *articula* en las *teorías* científicas de ese campo determinado. Este es uno de los descubrimientos fundamentales de Kuhn. Porque es cierto que, pasado el tiempo, hay determinados hechos que ya no “encajan” en los marcos de la teoría. No pueden explicarse mediante las teorías aprobadas por la matriz. La ciencia normal se somete a prueba, y esta prueba encuentra su forma en problemas científicos sin resolver, en *anomalías*. Una vez que existe un número determinado de anomalías, la matriz dominante entra en crisis. Hasta un punto determinado, la forma de pensamiento dominante puede continuar sosteniéndose con hipótesis adicionales adecuadas, pero la presión creciente de las anomalías dará lugar, en su momento, a la necesidad de revisar la propia matriz. Hay una *crisis de la ciencia* a la vista, que puede resolverse de tres formas:

- Las anomalías demuestran ser *aparentes*, de forma tal que al final pueden explicarse de acuerdo con la matriz dominante, posiblemente realizando pequeñas especificaciones a la misma.

- La situación que parece anómala se *elimina* de la ciencia, por ejemplo, como “no científica”, y se la deja en espera de tiempos mejores.
- La nueva matriz sale victoriosa, dando lugar a una *ruptura* o *cambio* del modelo científico, o a lo que Kuhn denomina una revolución científica.

La tercera alternativa describe la forma de Kuhn de ver una revolución científica. La cuestión radica en la *inconmensurabilidad* de las matrices que dominan la investigación científica. El tema ha sido debatido con cierta profundidad en la literatura filosófica finlandesa por *Veli Verronen*<sup>6</sup>. A continuación, evaluaré el modelo de Kuhn específicamente sobre la base de la inspiración que he obtenido de Verronen y a través de nuestras mutuas conversaciones. De acuerdo con Verronen, la inconmensurabilidad de dos matrices *significa* lo siguiente:

- El mundo descrito por la matriz M2 se compone de *diferentes entidades* y está dominado por conformidades que tratan cosas distintas del mundo que representa la matriz M1.

---

<sup>6</sup> Veli Verronen, *The Growth of Knowledge. An Inquiry into the Kuhnian Theory*, 1986, *passim*.

- La *ciencia normal*, definida sobre la base de la matriz M2, es diferente de la ciencia que domina la matriz M1.
- Los *hechos*, interpretados sobre la base de la matriz M2, son diferentes de los hechos interpretados de acuerdo con la matriz M1.

La inconmensurabilidad puede describirse con estas herramientas conceptuales y con la ayuda del ejemplo de dos rompecabezas distintos, utilizado por Verronen. El rompecabezas *P1* no puede armarse con las mismas piezas que el rompecabezas *P2*, aún cuando algunas de las piezas sean similares. Las piezas que quedan del rompecabezas anterior *P1* (las anomalías) encajan en el rompecabezas *P2*, pero en este caso el propio rompecabezas (su carácter básico) debe ser modificado, con el fin de que encaje con el nuevo sistema de piezas. Lo que forma parte integrante de esta teoría es que el intercambio de rompecabezas, el cambio de pensamiento, puede darse, y va a darse, sólo cuando quede un número determinado, importante, de piezas “no explicadas” fuera del primer rompecabezas *P1*. El cuadro siguiente, que ilustra el cambio y ruptura de la ciencia (revolución científica), resume las partes integrantes del pensamiento de Kuhn con respecto a la dimensión del tiempo, el estado de evolución de la

## teoría y la formación de la comunidad científica.

Período	Nivel de teoría	Comunidad científica
Fase pre-paradigmática	Recopilación de hechos no sistemática, forma poco clara de reconocer los problemas científicos	Escuelas contrapuestas
La matriz	Casos modelo (ejemplares)	El comienzo de la investigación profesional
Ciencia normal	Resolución de problemas	Libros de texto, disciplinas universitarias
Anomalías	Dificultad de predicción	La confianza en la matriz pierde fuerza
Crisis	La matriz se derrumba	Conflictos y diferentes concepciones
Revolución	Nace una nueva matriz	La comunidad científica se divide
Estabilización profesional de la nueva matriz	Nueva unanimidad	Nueva formación, nuevas publicaciones científicas, etc.

Cuando, y en caso de que, queramos utilizar la formación de modelos de Kuhn para la teoría de la dogmática jurídica, los conceptos que él ha adoptado deben ser *interpretados* (y acomodados) de una manera que permita emplearlos en una ciencia no dura como la dogmática jurídica. La matriz que acabamos

de esbozar puede resultar útil, desde un punto de vista conceptual, para las necesidades de la dogmática jurídica, mientras que una *aplicación directa* de la matriz de Kuhn iría en contra del pensamiento del propio Kuhn. Por este motivo, es importante especificar, a efectos de las necesidades de la dogmática jurídica, el *concepto de matriz* y examinar cuál es la importancia de una *teoría* en el campo de la dogmática jurídica, es decir, una teoría que constituya la articulación de una matriz dogmática jurídica. Empezaré por la matriz de la ciencia jurídica (dogmática jurídica).

En el sentido “kuhniano”, se puede pensar que la matriz está compuesta, entre otros, por los siguientes elementos:

- 1) *generalizaciones simbólicas*, es decir, formas de conceptualizar intelectual y verbalmente los elementos necesarios que precisa la matriz;
- 2) un compromiso comunitario (no sólo individual) con respecto a los *modelos estructuradores de objetivos* de una rama determinada de la ciencia;
- 3) un compromiso similar con respecto a los *valores que mantienen unida a la comunidad científica* y a las normas e instrucciones que dirigen la ciencia, así como

- 4) ideales científicos compartidos, es decir, *soluciones paradigmáticas*, que pongan de relieve la forma como la ciencia normal resuelve los problemas que puedan presentarse.

Una característica básica de la matriz es la elasticidad, una determinada clase de amplitud conceptual. Es de “carácter general”, y constituye la hipótesis implícita subyacente en la práctica de todas las disciplinas. Sin los compromisos “paradigmáticos” a que hemos hecho referencia, dicha disciplina no sería posible. En este sentido, la matriz es el fundamento “normativo” de cada disciplina. Sin embargo, resulta obvio que, cuanto más específica se vuelva la matriz de una determinada disciplina, más vulnerable será a críticas “extra-científicas”. También puede deteriorarse con mayor facilidad, se encuentre ya en formación o no otra matriz que la sustituya.

Sobre esta base, ¿cuál podría ser la *matriz de la dogmática jurídica*? La pregunta es fácil de plantear, pero la respuesta es difícil de encontrar. Si tratamos de captar lo que es la dogmática jurídica en general, frente a otras disciplinas cercanas, debemos, al menos, tomar seriamente en cuenta las siguientes *características especiales*:

1. *El objetivo de la dogmática jurídica.*  
La matriz debe incluir una hipótesis acerca de qué es lo que se está investigando. El objetivo, por su parte, define la forma como funciona la investigación.

La definición del objetivo de la dogmática jurídica se basa en la sociedad y no tiene sus raíces en la propia dogmática jurídica. Se ha dicho que tiene un interés social de conocimiento. Una comunidad jurídica tiene un interés (necesidad) de saber lo que es el contenido interpretado  $T$  de la disposición  $L$  en el momento  $t1$ . Esto significa un compromiso con el concepto de dogmática jurídica como *investigación de normas y principios*. La dogmática jurídica no sólo examina el contenido de disposiciones jurídicas válidas, sino que también las estructura y sistematiza.

2. *Un punto de partida positivista.* Forma parte de la naturaleza de la dogmática jurídica, como investigación de normas, el examinar *normas determinadas*.

Su objetivo no es hacer un catálogo de instrucciones normativas, cuyo seguimiento no ha establecido el sistema ejecutivo de la sociedad. De ahí que el paradigma dominante de la ciencia jurídica (dogmática jurídica)

sea, desde este punto de vista, *jurídico-positivista* o –dicho de forma más sutil– no basado en el derecho natural.

3. La matriz del derecho incluye también la hipótesis *de que* los valores (y los principios morales) desempeñan un papel en la deliberación jurídica.

La dogmática jurídica continúa siendo dogmática jurídica incluso si se aceptan razonamientos no jurídicos en su grupo de argumentos. De entre ellos, los ético-morales son especialmente importantes. No sólo constituyen el objetivo de la investigación, sino que también están necesariamente incluidos en el pensamiento jurídico. El derecho y los valores están conectados entre sí, puesto que los valores y las valoraciones sirven como fundamento de la resolución en determinados casos de interpretación judicial. En una situación de elección, el resultado no puede extraerse de forma deductiva de ningún grupo de premisas en uso. Una actitud de acuerdo con el positivismo jurídico más drástico no es posible en la teoría de la dogmática jurídica. Los valores y las declaraciones morales están incluidos dentro del pensamiento jurídico, especialmente cuando el derecho es sensible a la moralidad (derecho de familia y derecho penal).

4. *Los compromisos lingüístico-conceptuales* forman parte de la matriz de la dogmática jurídica. Podemos hablar también de compromisos lógico-conceptuales o semánticos. Su papel es esencial en *cualquier* investigación jurídica, aunque haya sido especialmente en la dogmática jurídica analítica en donde se ha manifestado su importancia. Sólo tenemos que pensar en la relación del *ius commune* con los compromisos lingüístico-conceptuales. Basándose en ellos, y con su ayuda, la dogmática jurídica ha formado, y continúa formando, la *estructura sistemática* que se da al ordenamiento jurídico. Sin compromisos lingüístico-conceptuales, no puede haber un debate sobre pensamiento jurídico basado en sistemas o comprometido con ellos. Sólo con su ayuda podemos reconocer un problema jurídico y hacer un catálogo de las posibles alternativas de interpretación. Por este motivo, no es posible practicar una actividad legal o interpretación jurisprudencial verosímil y decisiva separada de los compromisos lingüístico-conceptuales (el sistema). Esto sucede también con las posturas interpretativas modernas, como por ejemplo la interpretación

que propicia la interpretación favorable de la constitución. Aquí también, los compromisos lingüístico-conceptuales constituyen un elemento estructural necesario para reconocer el problema y hacer un catálogo de interpretaciones alternativas.

Los compromisos lingüístico-conceptuales también desempeñan un papel importante en la propia argumentación, es decir, en la *deliberación racional*, en la que se busca la justificación de las alternativas interpretativas reconocidas con la ayuda del sistema. Tanto la racionalidad L como la racionalidad D exigen no sólo determinados compromisos lingüístico-conceptuales, sino también el trabajar apoyándose en ellos.

5. *Fuente jurídica-compromisos doctrinales*. Los profesionales de la dogmática jurídica están unidos por conceptos similares con respecto a los argumentos que deben tenerse en cuenta a la hora de justificar una decisión relevante desde el punto de vista jurídico. Si no existen fuentes jurídicas aceptables que respalden la resolución, no se podrá llamar judicial.

6. *Principios metódicos*. El paradigma del derecho incluye también determinados principios metódicos. Señalan *grosso modo*

los argumentos que pueden o deben emplearse en la deliberación legal, la forma como debe proceder el razonamiento y las cosas que no están permitidas en la dogmática jurídica.

No sostengo que lo que acabo de exponer sea una descripción amplia del paradigma de la dogmática jurídica. No obstante, creo que es suficientemente apropiado para seguir adelante con nuestro debate. Supongamos que el paradigma/matriz de la ciencia jurídica (dogmática jurídica) es algo parecido a la presentación previa, en la forma en que los signos distintivos presentados encierran el modelo científico de la dogmática jurídica a un nivel general. ¿Qué es la matriz de la dogmática jurídica, en este contexto? Mi respuesta es que la matriz es *una interpretación del paradigma*, vinculada al tiempo, al espacio y a las actitudes.

La matriz, por su parte, toma forma y se articula como *teorías* dogmático jurídicas. Estas teorías se componen de muchos factores. Únicamente voy a presentar una lista resumida de ellos. De acuerdo con ella, una teoría dogmático-jurídica consta de:

(1) *Propuestas de normas*, que tienen una función dual. Por una parte, ofrecen una norma para ser reconocida, es decir, expresan (a menudo de forma implícita) qué normas

están en vigor. Por otra parte, las propuestas de normas presentan el *contenido* del mandato legal referente a una determinada área o problema. Esta función dual es consecuencia de las teorías de la dogmática jurídica, que son todas cognitivas que ayudan a reconocer el derecho vigente en un campo determinado y a darle contenido. En caso de que una teoría no sea capaz de dar respaldo institucional a aquellas normas que se dice que expresan el contenido del ordenamiento jurídico, dicha teoría no presenta de forma adecuada el derecho vigente y, en consecuencia, debe ser abandonada. En la práctica, la demanda de respaldo institucional (regla de reconocimiento) no está establecida *expressis verbis*, sino que cada teoría la presupone (al menos) de forma encubierta. Las propuestas de normas pueden ser o *normas* o *principios generales del derecho*, que establecen las demandas de respaldo institucional a que hemos hecho referencia. Los principios del derecho pueden ser principios autorizados, como el principio de igualdad en la Constitución, o un principio declarado de uso jurídico como fundamento de las decisiones, principios autorizados de forma indirecta (legalmente) pero no necesariamente declarados (*pacta sunt servanda*) o principios que únicamente se presuponen en la teoría jurídica, “en espera” de un posible respaldo institucional.

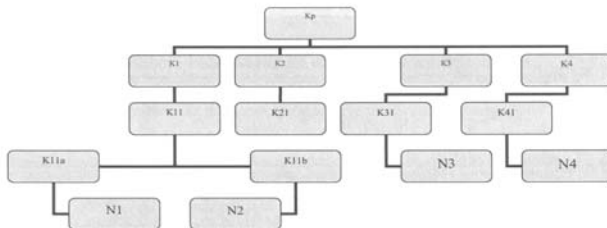
(2) *Propuestas de hecho*: definen el estado de cosas que subyace a la teoría. Por ejemplo, la teoría de los derechos de propiedad presupone una opinión acerca de las tareas sociales relativas a la propiedad, la dimensión “natural” de la utilización de los derechos de propiedad y los intereses que una persona distinta de su dueño pueda tener en relación con el objeto en cuestión. Como vemos, las propuestas de hecho de esta clase se sitúan en la frontera entre la propiedad privada y la colectiva. También podemos decir que sirven de fundamento para la postura política que adopta una sociedad con respecto a la propiedad, sin resolver esta cuestión de una forma sencilla. Para trazar esta frontera, se necesitan también herramientas que permitan priorizar diferentes conceptos, es decir, se necesitan juicios de valor.

(3) *Los juicios de valor* tienen una fuerza diferente en función de las distintas teorías. Para decirlo sin rodeos, pueden expresar o bien *valores básicos* o bien *valores instrumentales*. En los primeros, la cuestión se refiere al peso relativo que se da a determinados hechos sociales, por lo que se refiere a la propiedad privada o colectiva. También articulan la escala óptima de la propiedad dentro de la sociedad. Por su parte, los valores instrumentales están vinculados a la cuestión de la utilidad de la teoría para resolver

determinados problemas jurídicos. Por ejemplo: la teoría moderna de los derechos de propiedad es *buena* cuando se piensa en las demandas que plantea a la teoría la dinámica de la sociedad.

Aún así, esto no puede decidirse sin incluir juicios de valor en la teoría, haciendo posible elegir entre diferentes alternativas de interpretación. Estas elecciones deben realizarse siempre dentro de la teoría, cuando el problema en cuestión tenga relevancia moral (valores). Es lo que sucede en muchas situaciones interpretativas en el campo del derecho de familia y del derecho penal.

(4) *El marco lingüístico-conceptual* proporciona a la teoría jurisprudencial su estructura como teoría científica. Esquemáticamente, la estructura de una teoría judicial es similar a la estructura de cualquier teoría científica:



El concepto general empleado (Kp; por ejemplo, derecho de propiedad) se organiza mediante un grupo determinado de subconceptos (K1-K4; el derecho primordial del propietario, competencia y protección dinámica de diferentes clases). Los subconceptos (k11, etc.) se van volviendo más exactos, a su vez, en cada nivel sucesivo y este proceso continúa hasta que llegamos a la exactitud conceptual adecuada para describir el sistema de normas. Los conceptos del nivel más bajo de la jerarquía se refieren a una norma determinada (N1-N4) o a un grupo de normas, en el que una norma puede ser una ley o un principio, dependiendo de la forma como haya sido regulado el fenómeno mencionado en el campo de que se trate. Siguiendo el ejemplo, las normas pueden referirse a la protección reivindicativa del propietario (en derecho de propiedad), la garantía de la posesión, la inscripción registral de un título de propiedad, hipoteca, competencia para la cesión o diferentes formas de protección de la transmisión.

Los instrumentos esbozados en el apartado anterior nos permiten resumir la definición de una teoría dogmático-jurídica con la exactitud que exige el examen del cambio en la dogmática jurídica.

Def.: Una teoría dogmático-jurídica consiste en un grupo de conceptos, propuestas, juicios de valor y principios, con cuya ayuda es posible describir ciertas normas determinadas.

Entendidas de esta forma, las teorías dogmático jurídicas son herramientas que sirven para *sistematizar* normas (formular y reformular un sistema), y por ello pertenecen al ámbito de la dogmática jurídica teórica<sup>7</sup>. En este sentido, las teorías contribuyen a la economía del pensamiento, al proporcionar una forma de describir, con cohesión interna y de manera general, un grupo determinado de disposiciones legales. Si se acepta esta caracterización, es posible pensar que el cambio en la dogmática jurídica es el movimiento de la teoría *T1* a la teoría *T2*. Veamos ahora más de cerca esta posibilidad interpretativa.

La parte teórica de la dogmática jurídica es examinada por la dogmática jurídica teórica. Uno de sus principales representantes en Finlandia ha sido Simo Zitting, que introdujo una interpretación original de la teoría analítica

---

<sup>7</sup> Ver, por ej., Aulis Aarnio, “On Changes in the Systematics of Law” en *Vermunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart* (Hrsg. Torstein Eckhoff, Lawrence M. Friedman, Jyrki Uusitalo). *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986, pág. 161 y ss.

de la propiedad de Alf Ross. El análisis de Zitting sobre la posición jurídica del propietario pertenece, precisamente, a la parte teórica de la dogmática jurídica. Este tipo de actividad intelectual puede denominarse dogmática jurídica teórica. Por otro lado, la parte práctica de la dogmática jurídica extrae su contenido de la interpretación de los textos legales y del material de las restantes fuentes jurídicas. Denominaremos a esta actividad dogmática jurídica práctica. Introduce información y/o recomendaciones con respecto al contenido de las disposiciones legales, esto es, con respecto al contenido de las normas N1... N6 del diagrama anterior. En este sentido, la dogmática jurídica práctica tiene siempre una naturaleza interpretativa.

La dogmática jurídica teórica y la práctica se encuentran en constante interrelación. Cualquier interpretación dogmático-jurídica se produce *dentro* de un determinado marco teórico (conceptual). Éste es, a su vez, formulado por la dogmática jurídica teórica. En caso de que el marco conceptual no pueda dar respaldo a una determinada interpretación, surge la necesidad de redefinir con más exactitud los necesarios antecedentes conceptuales. Por otra parte, un nuevo marco conceptual da lugar normalmente a un nuevo conjunto de interpretaciones prácticas. Esto es lo

que quiero decir con el término “interrelación”.<sup>8</sup>

Las normas a las que se aplica la teoría pueden ser numerosas, inexactas en su expresión o contradictorias, dando lugar en este caso a lo que Alchourrón y Bulygin<sup>9</sup> denominan una laguna en el conocimiento. En algunos casos, las normas pueden verse forzadas como consecuencia de la existencia de una laguna normativa, es decir, que el sistema no contiene ninguna norma jurídica que regule la materia. Una interpretación que utilice la teoría se esfuerza en especificar inexactitudes, bloquear las lagunas normativas y eliminar las contradicciones. Aquí es donde la naturaleza creadora (constitutiva) de derecho de la dogmática jurídica se hace patente; el fenómeno se ha caracterizado desde la perspectiva del derecho por la expresión derecho de los jueces (*Richterrecht*). La dogmática jurídica desempeña la misma tarea mediante la presentación de recomendaciones interpretativas razonadas, aún cuando dichas recomendaciones no gocen del mismo estatus normativo que las resoluciones jurídicas.

---

<sup>8</sup> Sobre dogmática jurídica práctica y teórica, Aulis Aarnio. *The Rational as Reasonable*, Dordrecht 1986, pág. 139 y ss.

<sup>9</sup> Ver Carlos Alchourrón - Eugenio Bulygin, *Normative Systems*. Viena, 1971, pág.146.

Pueden denominarse “derecho blando”, puesto que su naturaleza normativa es similar a la de una norma técnica. Cuando se debate la eliminación de las contradicciones, hay que tener en cuenta que el sistema de normas no puede, en sí mismo, ser contradictorio, como convincentemente ha demostrado Georg Henrik von Wright<sup>10</sup>. La cuestión siempre gira en torno a dos (o más) sistemas contradictorios entre sí; por tanto, la eliminación de la contradicción significa siempre seleccionar un determinado sistema de normas y rechazar otro.

A la vista de lo que se ha dicho, el cambio en la dogmática jurídica es un cambio de matriz. Esto puede suceder de dos formas. En el cambio *externo* de la matriz, se trata de transformar la matriz en otra cosa. El cambio *interno* es una nueva interpretación que se da a la misma matriz. Cuando cambia la matriz entera, todo el “carácter” de la dogmática jurídica cambia con ella. Un ejemplo de esta clase de cambio sería el abandono por parte de la dogmática jurídica de la investigación de las normas y su reorientación hacia la investigación de regularidades en las actuaciones, eventos o fenómenos sociales. Este cambio

---

<sup>10</sup> Georg Henrik Von Wright, “Is and ought”. En: *Man, Law and Modern Forms of Life* (editado por Eugenio Bulygin, J-L Gardies e Ilkka Niiniluoto). Berlín, 1985, pág. 263 y ss.

podría ser descrito, *grosso modo*, como la transformación de la dogmática jurídica en sociología (empírica). Un cambio de esta clase es ajeno a la historia de la dogmática jurídica, y ello por un motivo totalmente claro. El interés social del conocimiento antes citado es el que mantiene a la ciencia jurídica como dogmática jurídica. Algunas veces se ha dicho que, si la dogmática jurídica abandona su papel de investigadora de normas, pronto llegará otra disciplina diferente que asumirá para ella esta misma tarea. Esto es así porque el interés en saber algo sobre el contenido de las disposiciones legales no va a desaparecer de la sociedad por una mera redefinición teórica del papel de la dogmática jurídica.

Sabiendo esto, resulta fácil estar de acuerdo con la reivindicación de Jörgen Dalberg-Larsen de que la dogmática jurídica no ha llevado a cabo un cambio de matriz en toda su historia. Sin traicionar los datos históricos, no es posible reivindicar que la dogmática jurídica europea, por ejemplo, ha experimentado un cambio “revolucionario” de una matriz a otra. Ni siquiera la jurisprudencia de intereses defendida por Rudolf von Ihering habría significado una transformación de la dogmática jurídica, en caso de haber gozado de vigencia. Únicamente habrían cambiado los argumentos empleados por la dogmática jurídica. La jurisprudencia de intereses ni

siquiera habría tenido fuerza para cambiar el pensamiento interno de la matriz. Quedó como un modelo teórico, sin ninguna aplicación práctica clara, aunque se haya dicho que, después de Ihering, se han abierto camino dentro de los argumentos de la dogmática jurídica unos intereses socio-judiciales diferentes. La propia matriz ha continuado siendo judicial-interpretativa.

Lo mismo sucede con la aplicación del realismo escandinavo formulada por Alf Ross en su teoría de la predicción<sup>11</sup>. No tuvo el efecto de cambiar la realidad de la investigación judicial. Si la dogmática jurídica hubiese sido verdaderamente capaz de haber seguido el modelo de Ross y continuar siendo *dogmática jurídica*, se podría haber dicho que la *matriz* de la dogmática jurídica habría cambiado. La dogmática jurídica habría cambiado, pasando de su forma tradicional de efectuar recomendaciones a ser una ciencia empírica que predijese la conducta de los funcionarios. Pero ese no ha sido el caso y, como he dejado expuesto, ni siquiera habría podido serlo. Tras un examen más detallado, la teoría de la predicción demostró ser una aplicación hermenéutica del derecho interpretativo.

---

<sup>11</sup> Ver Alf Ross: *Om ret og retfaerdighed*. København, 1953, pág. 44 y ss.

El cambio *interno* de la matriz es, al mismo tiempo, más aparente y más interesante que la cuestión que acabamos de debatir. En este caso, sólo se trata del *cambio de las interpretaciones que se dan a la matriz dominante*. Existen pensamientos acerca de la dogmática jurídica diferentes de los de antes y eso significa que están empezando a practicarse de una forma nueva. Ilustraré esta idea de la siguiente forma: supongamos que la matriz *MI* representa a la dogmática jurídica en un momento *t1*. A continuación, supongamos que la teoría tradicional de los derechos de propiedad *PI* es la articulación de esta matriz. Al estar establecida, esta manera de pensar y examinar el derecho de propiedad se convierte en ciencia normal. *PI* proporciona una respuesta a aquellos problemas jurídicos del derecho de propiedad que se dan en la sociedad en la fase de ciencia normal. La teoría *PI* es, de esta forma, una *interpretación* de la matriz *MI* y, en calidad de tal, permite plantearse ciertas preguntas. De la misma forma, la teoría *PI* también permite dar ciertas respuestas. Por lo que se refiere al derecho de propiedad, la dogmática jurídica sólo puede plantear aquellas preguntas que la teoría del derecho de propiedad *PI* le permite formular. Desde un punto de vista histórico-doctrinal, esto es lo que ha sucedido en Finlandia hasta los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial.

Aún así, y sin que al principio los abogados se diesen cuenta, la teoría *PI* inició un lento descenso hacia una *fase de ruptura*, en la que aparecieron algunos problemas difíciles de resolver. Uno de ellos lo produjo el comercio mediante pago parcial. De acuerdo con este sistema, el vendedor ya no era el propietario, pero el comprador todavía no había adquirido un pleno dominio sobre la propiedad. Había aparecido un estadio intermedio para el que la teoría tradicional *PI* tenía pocas respuestas. El cambio social y el crecimiento de la dinámica de la economía habían dado lugar a una anomalía, desde el punto de vista de la teoría tradicional. Posteriormente, aparecieron otras anomalías, hasta que llegó un momento en el que hubo que reconocer que la teoría *PI* ya no funcionaba de manera adecuada. No satisfacía el interés de conocimiento que había aparecido como consecuencia del cambio en las circunstancias sociales. En este estado de cosas, Simo Zitting tenía razón al señalar –siguiendo al alemán Hans Fehr– que “tendría que haber” una nueva teoría de los derechos de propiedad<sup>12</sup>. Con esta manifestación, Zitting se refería precisamente a la demanda de un cambio en la dogmática jurí-

---

<sup>12</sup> Simo Zitting, “Omistajan oikeusista ja velvollisuksista” (Acerca de los derechos y obligaciones del propietario). En: *Lakimies* (Abogado), 1956, pág. 444 y ss.

dica que había aparecido con las nuevas circunstancias sociales. Había una “demanda social” de una nueva teoría de los derechos de propiedad *P2*. La interpretación de la matriz tenía que modificarse.

La teoría *P2* dio una respuesta a todos los problemas jurídicos que habían nacido en el marco de la teoría *P1*, pero, aparte de esto, la teoría *P2* también daba respuesta a nuevas preguntas y podía eliminar las anomalías de la teoría *P1*. En el proceso de cambio, que es a menudo lento e indiscernible en la fase de ciencia normal, la dogmática jurídica teórica y práctica trabajan en interacción. La dogmática jurídica teórica proporciona la estructura de pensamiento, mientras que el derecho práctico encuentra las aplicaciones prácticas adecuadas. A veces, puede ser necesario ajustar la estructura teórica, basándose en la experiencia de situaciones interpretativas prácticas. Pero esto ya no puede continuar haciéndose cuando aparecen los primeros síntomas de dificultades de interpretación de la matriz. Ha llegado el momento de realizar una nueva interpretación. Esto mismo sucedió con la teoría *P1*.

La dogmática jurídica cambió de la interpretación de la matriz *P1* a otra interpretación *P2*, sin realizar ningún cambio *en la propia matriz*, en la base científica de la dogmática

jurídica. La nueva interpretación renovó el pensamiento jurisprudencial, porque hizo posible formularse *nuevas preguntas*, y estas preguntas dieron paso a *nuevas respuestas*. El mundo está lleno de respuestas y lo único que hay que hacer es formular las preguntas adecuadas. Bajo el dominio de la teoría *P1*, no era posible plantear las preguntas que podrían formularse con la teoría *P2*. Algunas preguntas, como las que se referían al estadio intermedio en el comercio mediante pago parcial, *ni siquiera* podían plantearse en el marco de la antigua teoría. Todas las teorías tienen sus límites. Son como lentes, que únicamente permiten ver en la medida en que lo permitan su esmerilado y su área de superficie. No podemos salirnos de la teoría (nuestros pensamientos en un momento específico en el tiempo), ya que, citando a Ludwig Wittgenstein, nadie puede “pensar en algo en lo que no puede pensar”.

Lo que se necesitaba era un nuevo marco de pensamiento, la teoría *P2*, que también permitiese preguntas “silenciadas”, y con el tiempo la teoría *P2* estabilizó su posición, ya que su capacidad para dar soluciones era mayor que la de la teoría anterior. Ahora puede decirse que *P2* representa el enfoque *científico normal* del derecho de propiedad. Al utilizar conceptos de este tipo, el cambio de dogmática jurídica parece estar relaciona-

do con el cambio en las formas de sistematizar las normas jurídicas. Las sistematizaciones (teorías) componen el marco “a través” del cual se examina el ordenamiento jurídico. Una nueva totalidad de teorías, una nueva forma de sistematizar las normas jurídicas, es más adecuada que la anterior precisamente *porque* su capacidad de dar soluciones es mayor que la de la anterior. En esta situación, se puede conceptualizar un número mucho mayor de problemas jurídicos. Y esto es así porque el aparato conceptual de la nueva teoría es más preciso, más eficiente en cuanto a economía de pensamiento y más rico en su contenido (en términos de las respuestas que proporciona).

De esta forma, la dogmática jurídica cambia, pero también permanece sin cambios, dependiendo de si se examinan las interpretaciones de la matriz o la propia matriz (paradigma). En un examen histórico-doctrinal de los procesos de cambio, a menudo resulta interesante, e incluso constituye un reto, el tratar de reconocer los momentos de ruptura intelectual, aún cuando éste no sea el tema de esta ponencia. Estas épocas varían dependiendo del campo del derecho y del momento en el tiempo de que se trate. Por eso no es posible presentar un cuadro *general*, verificable empíricamente, de los *propios* cambios de la dogmática jurídica. En la dogmática jurídi-

ca, tomada en sentido amplio, conviven simultáneamente elementos que permanecen con elementos que cambian. La imagen de la dogmática jurídica como campo de investigación que funciona en la sociedad, que sigue los cambios en la división social del trabajo y está en constante transformación, “vive”, por así decirlo, al tiempo que algunos de sus cimientos permanecen sin cambios. El cambio es como un calidoscopio, en el que la generalización de un determinado punto de vista para abarcar la totalidad de la dogmática jurídica, distorsiona de forma irreversible el conjunto de la imagen del proceso de cambio.

Hay otra metáfora que persigue el mismo objetivo y que, a mi juicio, es más acertada que la anterior. Es posible pensar en la dogmática jurídica como en una *totalidad de juegos de lenguaje* amplia y en constante cambio. Algunos de los juegos caen en desuso y son sustituidos por otros, pero es imposible decir, en un momento determinado, que *un juego* representa a la *totalidad* de la dogmática jurídica. El estado de la dogmática jurídica en diferentes momentos puede *verse* a través de los juegos de lenguaje que se juegan en su nombre, aún cuando este estado no se pueda *expresar* de forma concluyente. La habilidad para la interpretación es de esta forma, en última instancia, una inmersión completa en

estos fascinantes juegos de la actividad judicial.



## ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE ¿CAMBIO O EVOLUCIÓN?

*Francisco J. LAPORTA*

En el marco del análisis de Aarnio comentaré algunos aspectos de su ponencia que me parecen merecer alguna clarificación o ampliación. No mencionaré otros que hice verbalmente en el seminario, porque en no poca medida han sido incorporados en su texto. Como verá el lector, su ensayo es estimulante y denso y a veces difícil para quien no tenga una cierta familiaridad con la filosofía contemporánea de la ciencia. Trataré de evadir esas dificultades. Y haré también sugerencias sobre problemas o temas que no menciona pero que me parecen interesantes de tratar en el contexto de su trabajo.

1. Aarnio comienza recordando la posición del filósofo danés Dalberg-Larsen, quien afirmó que en la ciencia del derecho no había habido cambios sustanciales durante siglos. Todo su ensayo no es sino una reflexión sobre esta afirmación tan contundente y un intento de clarificarla. Para hacerlo, Aarnio afirma que hay tres “factores de cambio” en la jurisprudencia (entendida como ciencia jurí-

dica)<sup>1</sup>: el *mundo* en que esa jurisprudencia se practica, el concepto de *cambio*, y lo que entendemos por *ciencia jurídica*. Por razones que todos entenderán no se ocupa de dilucidar lo que quiere decir *mundo*, o en qué sentido lo entiende él, pero esto suscita una incógnita no menor: si el mundo es un factor de cambio, y el mundo ha cambiado tanto a lo largo de los siglos, ¿cómo se puede entender que la jurisprudencia no haya cambiado, que es la tesis que al final se va a mantener? En particular, cabría aquí preguntarse si, siendo el derecho uno de los elementos que configuran ese mundo, si cambia el derecho ¿no afecta ello a la jurisprudencia? Es esta una pregunta que resulta de particular interés para los científicos del derecho. Recordemos a von Kirchmann: “tres palabras correctoras del legislador y bibliotecas enteras se transforman en papel de desecho”<sup>2</sup>. ¿No es esto una manera de decir que cuando cambia el derecho cambia la ciencia del derecho? En España hay quien mantiene esto en relación con los importantes cambios en el ordenamiento producidos por la entrada en vigor de la Consti-

---

<sup>1</sup> En lo que sigue utilizaré siempre “jurisprudencia” como ciencia del derecho, o doctrina científica, etc. No debe confundirse con la doctrina normativa emanada de las sentencias de jueces y tribunales.

<sup>2</sup> “...drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“

tución de 1978. Incluso lo expresan diciendo que estamos ante un “nuevo paradigma”, es decir, usando precisamente el concepto que puso en circulación en 1962, Thomas S. Kuhn, en *La estructura de las revoluciones científicas*, que es justamente el trasfondo del ensayo de Aarnio.

2. Mi segundo comentario se refiere a las distinciones conceptuales que hace Aarnio entre ‘cambio’, ‘evolución’ (*development*, en la versión inglesa) y ‘progreso’. Desde luego, si hemos de pronunciarnos sobre si la jurisprudencia cambia o evoluciona, tener claro lo que significa ‘cambio’ o ‘evolución’ parece un punto de partida inevitable. Si no conseguimos una aproximación rigurosa a esos conceptos, entonces la respuesta a la pregunta será siempre relativa al significado estipulado para términos tan sumamente vagos. Los desacuerdos aquí serían casi inevitables. En general estoy de acuerdo con sus reflexiones sobre el concepto de cambio, con algunos añadidos que no estará demás mencionar. Aarnio define el cambio como “el movimiento del mundo del estado  $t_1$  al estado  $t_2$ ”. Si entendemos “movimiento” en un sentido muy lato, esto puede aceptarse, pero sería sin embargo conveniente distinguir distintos tipos de cambio y distintos efectos en el objeto que cambia. No es lo mismo el cambio de un artefacto (un barco, por ejemplo) que el

cambio que se produce en un organismo de la naturaleza, o el cambio de una teoría científica. En el cambio de un artefacto, la sustitución de alguno de sus componentes, por avería por ejemplo, es un cambio, pero ¿es por eso el artefacto nuevo o sigue siendo el mismo? ¿Cuándo podemos decir que el objeto es nuevo? El ejemplo del barco no es casual, porque aquí nos sale al paso un viejo problema: la nave en que Teseo navegó y resultó salvo –nos cuenta Plutarco– “la conservaron los Atenenses hasta la edad de Demetrio Falereo, quitando la madera gastada y poniendo y entretejiendo madera nueva; de manera que esto dio materia a los filósofos para el argumento que llaman aumentativo, y que sirve para los dos extremos, tomando por ejemplo esta nave, y probando unos que era la misma, y los otros que no lo era”<sup>3</sup>. Esto es muy estimulante como desafío filosófico, pero seguramente la jurisprudencia no sea un artefacto como lo es un barco. Tampoco un organismo natural que puede cambiar o evolucionar como cambia o evoluciona una planta, el cuerpo de un ser humano o una población de aves rapaces. La jurisprudencia es, principalmente, una construcción cultural, una actividad colectiva de los juristas, o una teoría científica. Y si es así, entonces se echa

---

<sup>3</sup> Plutarco, *Vidas paralelas*, Vol. I, Teseo-Rómulo. Barcelona. Ediciones Iberia, § XXIII, pág. 16.

de menos en el ensayo de Aarnio alguna referencia a los problemas del cambio en esos dominios. Cómo cambia una actitud cultural (por ejemplo, cómo se produce el cambio o la evolución desde el clasicismo al romanticismo), cómo cambian las creencias colectivas, o cómo cambian las teorías. Estos últimos cambios, los cambios en las teorías, han sido estudiados por los lógicos. Estudiar cómo se incorporan enunciados teóricos nuevos y se desechan los antiguos podría haber sido quizás un camino fecundo para investigar si la jurisprudencia cambia o no cambia.

Tengo también algunas dudas sobre los criterios usados para distinguir el ‘cambio’ de la ‘evolución’ (*development*). No creo que necesitemos incluir en el concepto de ‘evolución’ las cualificaciones normativas que Aarnio considera necesarias. Creo que ‘evolución’ puede definirse sin ninguna referencia a ellas. Me parece que la ‘evolución’, a diferencia del cambio, no necesita conceptualmente de la sustitución de los elementos o ingredientes del objeto que evoluciona. Si algún organismo o teoría ‘evoluciona’ hay que asumir que sus elementos siguen siendo los mismos (no cambia) aunque sus propiedades y rasgos se modifiquen en su forma, tamaño, intensidad, alcance, etc. Así, la diferencia entre ‘cambio’ y ‘evolución’ puede ser trazada sin hacer referencia a cualificaciones valorativas. Se

puede decir de un estado de cosas que no ha cambiado pero que ha evolucionado. Y también seguramente que cambia sin evolucionar. Y ello sin pronunciarse normativamente sobre la bondad o maldad de la evolución. De hecho, al menos en el español usual, si queremos valorar la evolución, siempre hemos de añadir alguna calificación evaluativa al término ‘evolución’ o ‘evolucionar’: una enfermedad, por ejemplo, evoluciona, pero puede hacerlo tanto positiva como negativamente.

‘Progreso’, por el contrario, sí tiene un fuerte acento evaluativo. Sea que cambie, sea que evolucione, el paso de un organismo, un estado de cosas o una teoría, de un momento  $t_1$  a un momento  $t_2$  puede ser un progreso o una regresión en función de los valores que proyectemos sobre ese paso. Si lo evaluamos positivamente lo consideraremos un progreso, si negativamente, una regresión. En esto hay que darle a Aarnio toda la razón. Hubiera sido por ello interesante conocer su opinión sobre si la jurisprudencia, supuesto que cambia o evoluciona, progresa o no progresa, es decir, si somos hoy mejores científicos del derecho, o si nuestra dogmática jurídica es mejor o peor que la de los glosadores, por ejemplo.

Con estas pequeñas modificaciones del mapa conceptual de Aarnio podremos hacer

afirmaciones interesantes y más o menos cargadas de valoraciones según nuestros objetivos. Podremos decir que la jurisprudencia cambia, que la jurisprudencia evoluciona pero no cambia (que es, me parece, la posición de Aarnio), que la jurisprudencia cambia y evoluciona, que hace progresos, que no los hace, etc.

3. Hubiera sido importante que Aarnio indicara antes, aunque sólo fuera en esbozo, qué es lo que él entiende por jurisprudencia o ciencia del derecho, pues ello no sólo hubiera facilitado al lector la percepción de los efectos de los eventuales cambios, evoluciones o progresos en ella, sino también hubiera hecho más claras alguna de las reflexiones teóricas que va a realizar a continuación sobre la filosofía de la ciencia. Por ejemplo, Aarnio menciona la teoría de otro colega sobre la interpretación y otras tareas del científico del derecho. Esa mención muestra muy claramente el trasfondo de los pensamientos de Aarnio sobre la cuestión. David Nehrman (este es el nombre del colega finés) concibe el cambio en el derecho sobre la base de dos factores: la totalidad de los compromisos culturales y la totalidad de los compromisos que mantienen conceptualmente unido al pensamiento jurídico. Encuentro esta cita un tanto abstracta, aunque interesante porque apunta a la dirección que va a tomar la

reflexión de Aarnio. En lugar de pensar sobre el cambio en el derecho (o en el pensamiento jurídico) como algo debido al cambio de métodos, de normas emanadas del legislador o de doctrinas judiciales, su enfoque se dirige a los cambios en el derecho o la jurisprudencia tomados como un todo. Y desde esta perspectiva lo importante es ver el marco de presuposiciones que están detrás de todas las manifestaciones particulares del fenómeno jurídico y sus posibles cambios. Esto muestra con claridad cuál es la ambición de la teoría de Aarnio: no se trata de hacer un análisis interno de ninguna forma del pensar jurídico en particular, sino de establecer las bases y los presupuestos de la ciencia del derecho en cuanto fenómeno cultural. Y la conclusión que obtenga en cuanto al cambio de la jurisprudencia tendrá que tomar en cuenta esos presupuestos, o compromisos generales de que habla Nehrman. Esa es seguramente la razón por la que todo el ensayo está construido en torno a la obra de Thomas Kuhn (un hito en la historia intelectual, como la calificó la revista *Science*).

4. Al pensar de este modo la matriz de la jurisprudencia como actividad científica, Aarnio rechaza la que su maestro Alf Ross había considerado la “tradicción heredada” en filosofía de la ciencia, esto es, el programa de una ciencia empírica como modelo de ciencia

que reposa básicamente sobre la naturaleza lógica de los enunciados científicos (predominantemente sintéticos y “verificables”). La pregunta por el cambio no se plantea ahora en el terreno de la naturaleza de los enunciados y sus cambios, sino en el más abstracto de las presuposiciones que viven en el trasfondo de la práctica científica. Siguiendo los segundos pensamientos de Kuhn, Aarnio utiliza la idea de *matriz* para referirse a esas presuposiciones, y la idea de *paradigma* para hacer referencia a esos resultados ejemplares, o ejemplos perfectos de la práctica científica en cuestión. La presentación que hace Aarnio de la teoría de Kuhn es suficiente, pero para mis propósitos será preferible verla como una arquitectura de cuatro niveles:

- a. La *matriz* de la disciplina.
  - b. Una teoría o conjunto de teorías (entre ellas un *paradigma* como momento ejemplar).
  - c. Una compleja ‘caja de herramientas’, usualmente llamadas ‘conceptos’.
  - d. Los *enunciados observacionales o interpretativos* de la correspondiente ciencia.
5. Aarnio se pregunta, efectivamente, cuál puede ser la matriz de la jurisprudencia o

dogmática jurídica. En su libro *Reason and Authority* la definía así: el conjunto de aquellas generalizaciones simbólicas, creencias, estipulaciones y soluciones ejemplares a problemas que hacen a la dogmática jurídica ser lo que es, como algo distinto de, digamos, la sociología jurídica o la historia del derecho” (pág. 81). En el ensayo de ahora lo especifica bastante más. La matriz de la jurisprudencia está integrado por:

1. El objetivo de la dogmática jurídica. El interés que la sociedad tiene en el estudio del derecho, el fin que persigue con la práctica y la enseñanza de ese estudio.
2. Un punto de partida positivista. La jurisprudencia estudia ciertas normas dadas.
3. La hipótesis de que los valores juegan un papel en la deliberación jurídica.
4. Compromisos lingüístico-conceptuales para interpretar y sistematizar el material jurídico.
5. Compromisos sobre las fuentes jurídicas.
6. Principios metódicos, es decir, principios que señalan los argumentos aceptables en la deliberación jurídica.

Aunque Aarnio no pretenda que su presentación sea exhaustiva, supongo que los elementos que menciona son siempre parte de la matriz de la jurisprudencia, y mis dudas cuando miro la lista son de una naturaleza doble: por un lado hay algunos ingredientes que no estoy muy seguro que hayan de estar presentes; por otro lado, creo que pueden registrarse en ellos algunos tipos de cambios. Pondré algunos ejemplos. Respecto del componente 2, no estoy muy seguro que la ciencia jurídica se haya situado siempre en ese punto de partida positivista o, como después se afirma, no basado en el derecho natural. Los grandes sistemas del derecho natural racionalista, que en gran medida dieron la pauta a la elaboración científica del derecho en el siglo XIX, se situaron explícitamente en un plano iusnaturalista. Otra cosa es que hoy, efectivamente, el paradigma dominante sea positivista, pero históricamente esto no ha sido así. El punto 3, es decir, la hipótesis de que los valores desempeñan un papel en la deliberación jurídica, no sería aceptado tan fácilmente por muchos de los cultivadores de la jurisprudencia actual. De hecho, hay en el trasfondo cultural de la doctrina jurídica un cierto rechazo a esta premisa, pues tiende a distinguirse siempre en sus elaboraciones lo que son afirmaciones “jurídicas”, como afirmaciones de naturaleza técnica que proceden de la ciencia jurídica, de las afirmaciones morales

o políticas, es decir, de afirmaciones basadas en valores morales, que suelen reputarse de poco rigurosas o “ideológicas”. Personalmente creo que hay razones para rechazar esa distinción, pero no me parece dudoso que está en el trasfondo cultural de mucha de la ciencia jurídica actual. Tanto el profesor que escribe un trabajo “doctrinal”, como el juez o funcionario que aplican el derecho, mantienen que su proceder es puramente técnico, que no se pronuncian ni apelan a valores morales de ningún tipo externos a la significación de las normas jurídicas en vigor. Y, por último, por lo que respecta al punto 5, que Aarnio denomina “fuente jurídica-compromisos doctrinales”, parece referirse a las “fuentes jurídicas aceptables” para tomar una decisión. Si esto es así, entonces es preciso afirmar que cuando cambia la “regla de reconocimiento”, es decir, aquella regla que nos informa sobre qué normas pertenecen al sistema jurídico y han de ser tomadas en cuenta para la elaboración teórica o la decisión práctica, tiene forzosamente que cambiar la matriz o el paradigma de la ciencia jurídica.

7. Quizás exista una posibilidad de confusión en el texto originario de Aarnio, cuando trata de perfilar más las nociones de ‘matriz’ y ‘paradigma’, pero esto no tiene mayor importancia. Inmediatamente nos propone la idea de que esa matriz se articula como teoría

dogmática jurídica con algunos factores importantes: proposiciones normativas (de reconocimiento y de contenido), proposiciones fácticas, juicios de valor y marco de conceptos. Después distingue entre la parte teórica y la parte práctica de la dogmática. Para tratar de incrementar la claridad asumiré que nos ocupamos aquí solamente de la parte teórica, y que tal análisis puede situarse en el segundo estadio de mi interpretación de la teoría de Kuhn (antes § 5, punto 2, o quizás puntos 2 y 3). Se trata de la teoría o conjunto de teorías allí mencionadas y quizás de los conceptos que desarrollan esas teorías. La pregunta entonces sería a qué se refiere Aarnio cuando examina los cambios: ¿es a la matriz o a las teorías en que esta se articula? Porque puede suceder que se den cambios en las teorías sin alterar la matriz, dados sus rasgos abstractos, y no es imposible tampoco que cambie la matriz sin que ello supongo alterar los rasgos de las teorías.

8. Aarnio afirma que el cambio en la jurisprudencia es un cambio en la matriz, y puede tener lugar de dos maneras: el cambio *externo* es el cambio de la matriz misma; el cambio *interno* es una “nueva interpretación dada a la misma matriz”. Un ejemplo del primer tipo de cambio sería la transformación de la dogmática jurídica actual en sociología del derecho o historia del derecho. Un ejem-

plo de cambio interno sería la propuesta de un nuevo objetivo para el intérprete de normas: por ejemplo, el descubrimiento del ‘interés’ o del ‘bien’ que las normas jurídicas tratan de proteger o satisfacer (*Interessenjurisprudenz*) como algo más adecuado que el significado literal de los conceptos (*Begriffjurisprudenz*). El acento en una interpretación teleológica de las provisiones legales sería sólo un cambio interno de la misma matriz.

Desde este punto de vista, dice Aarnio, se puede estar de acuerdo con la afirmación hecha en la primera página de la presentación sobre la estabilidad de la ciencia jurídica durante siglos como consecuencia de la conservación de la misma matriz. El cambio en la ciencia jurídica, según Aarnio, siempre acontece en el interior de la matriz, y no afecta a la matriz misma. El autor ofrece un buen ejemplo de ese tipo de cambio: el cambio en la teoría del derecho de propiedad en Finlandia (hay algunos otros muy interesantes en su libro *Reason and Authority*). Se hacen nuevas preguntas sobre asuntos que son internos a la matriz y se dan nuevas respuestas a ellas. Y así es cómo cambia la jurisprudencia. No parece, por tanto, que disienta de la contundente posición de Dalberg-Larsen, de que la jurisprudencia ha permanecido estable durante siglos. Lo que parece que puede haber

cambiado son las distintas maneras de articular y ejemplificar esa matriz.

9. Hagamos ahora algunas anotaciones breves. El trabajo de Aarnio abre algunas perspectivas nuevas. El cambio y la transformación de la reflexión científica sobre el derecho, un asunto raramente tratado entre nosotros, resulta iluminado por sus planteamientos kuhnianos, mostrándose así innovadores y estimulantes. Dentro de ese marco veamos algunas preguntas:

a. Dado este marco teórico, un comentario obvio es que nuestra conclusión sobre el cambio o la estabilidad de la ciencia jurídica dependerá de los elementos que incorporemos a la matriz, o a la interpretación de la matriz. Cuanto más abstractos sean esos elementos, menos posible será el cambio (o la revolución) en la ciencia. Por ejemplo, si como Aarnio sugiere, los compromisos interpretativos y sistematizadores, o el compromiso sobre cuáles sean las fuentes del derecho, son parte de la matriz, entonces temo que la matriz haya cambiado en la historia más de lo que Aarnio supone. Pensemos, por ejemplo, en los conflictos entre la visión del derecho anterior a la Revolución Francesa (mera *compilación* de viejos textos históricos y perdurables) y la *codificación* como empresa racional de regular de nuevo

las relaciones sociales; o las diferencias entre Bentham y Blackstone. Si, como sucede en el texto de este libro, la matriz de la dogmática jurídica incluye como presuposición filosófica consideraciones sobre la validez de las normas jurídicas (el problema de la regla de reconocimiento), entonces cualquier cambio en esa regla puede suponer un cambio en la matriz de la jurisprudencia. Creo que estas dudas exigen una clarificación mayor de los componentes de cada nivel de análisis.

b. Algo que merece una reflexión es el tipo de relaciones que tienen los componentes de la matriz entre ellos y con la “interpretación” de la matriz desarrollada por la teoría o el paradigma. Supongo que forman un todo sin contradicciones, pero ¿qué naturaleza tienen? Esta pregunta es extremadamente importante de responder si hemos de decidir cuándo una teoría es una “nueva” interpretación de la matriz o simplemente una ejemplificación de ella, y para valorar si la nueva interpretación puede ser un cambio en la propia matriz.

Supongamos, simplemente por afán de ilustrar, que podemos descubrir relaciones deductivas entre los miembros de la matriz, y entre los miembros de la matriz y los elementos de la interpretación de esa matriz, y también entre los conceptos implicados en

ella y los enunciados interpretativos relativos a las normas del orden jurídico. Es decir, supongamos que podemos presentar toda la arquitectura como un sistema deductivo. Si esto fuera posible, entonces un pequeño cambio en un enunciado interpretativo exigiría un cambio conceptual, y un cambio conceptual resultaría en un cambio en el paradigma entendido como interpretación de la matriz, y en un cambio en la matriz misma. El sistema como tal sería un sistema nuevo. Esto, desde luego, es difícil de concebir, pero nos ayuda a plantear el problema: ¿cuál es la naturaleza de los enunciados que forman parte de la matriz y cuáles sus relaciones entre sí?

c. Y finalmente, y como resumen, creo que se necesitaría una reflexión ulterior por parte de Aulis Aarnio para poner más claridad en las relaciones entre estos todos cognitivos y su cambio: el cambio de matriz, el cambio de teoría y el cambio de regla de reconocimiento. Si pudiera suministrarnos un esquema claro y diferenciado de estos tres mundos y sus relaciones recíprocas, sería un gran paso adelante.