CONSENSO Y RENDIMIENTO COMO CRITERIOS DE EVALUACION EN LA DOGMATICA JURIDICA. (EN TORNO A ALGUNOS TRABAJOS DE A. AARNIO)

1

Quizá el rasgo más inmediatamente sobresaliente en el conjunto de los trabajos filosófico-jurídicos del finlandés A. Aarnio sea su capacidad para anudar elementos y problemas provenientes de la dogmática jurídica con perspectivas y orientaciones pertenecientes a la filosofía general. En relación con ello, debe advertirse que Aarnio no es sólo un filósofo del Derecho sino que, previamente a su dedicación a esta disciplina, ha sido un jurista «de primer grado» que ha realizado contribuciones importantes a la civilística finlandesa[1]: lo que, evidentemente, no es ajeno al hecho de que sus trabajos de teoría de la ciencia jurídica se encuentren siempre apoyados en ejemplificaciones de ciencia jurídica efectiva (muy especialmente de Derecho civil patrimonial: los trabajos de los juristas nórdicos en materia de Derecho de propiedad —elaborados sobre las huellas de los análisis de Hohfeld y de Ross— constituyen uno de sus ejemplos favoritos)[2]. Y por lo que se refiere a la filosofía «general», Aarnio da muestra de un muy buen conocimiento de todas las contribuciones importantes adscribibles a lo que, *grosso modo*, solemos rotular como tradición analítica (especialmente de las pertenecientes al análisis del lenguaje ordinario, a la filosofía moral y a la filosofía de la ciencia) y las utiliza siempre pertinentemente en sus trabajos. Son éstos, así, trabajos de filosofía del Derecho en los que —a diferencia de lo que es habitual en tanta literatura de la especialidad (comprendida, desde luego, esta misma nota) no se toma a otros filsofos del Derecho como interlocutores casi exclusivos, sino que, junto a ellos, hay también una presencia importante tanto de juristas como de filósofos «generales». Es también infrecuente —al menos fuera del mundo latino— el que un filósofo del Derecho de formación básicamente analítica, como es el caso de Aarnio, disponga, asimismo, de una buena información sobre lo producido en el marco de la tradición marxista y realice además un empleo suge-

[1] Una relación de las principales publicaciones de Aarnio en este campo se encuentra en su respuesta al cuestionario de DOXA sobre *Problemas abiertos en la filosofía del Derecho* (DOXA, nº 1 pp. 11 y ss.)

[2] Veáse, como muestra, *The Significance of the Theoretical Element in Legal Research* (en *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, Acta Philosophica Fennica, Helsinki, 1983, pp. 119-39; esp. pp. 128 y ss.); *Paradigm Articulation in Legal Research* (en Id., pp. 209-21; esp. 217 y ss.); *On the Paradigm of Legal Dogmatics. Problems of Scientific Progress in Legal Research*, en ARSP, Suplementa, vol. I, Part. 1, Wiesbaden, 1982, pp. 135-46; esp. pp. 143 y ss.); una exposición de la obra de S. Zitting, pionera en el tratamiento «analítico» de la regulación jurídica de la propiedad se encuentra en *The Development of Legal Theory and Philosophy of Law in Finland* (en *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, pp. 9-46; esp. pp. 28 y 22).

rente de la misma en relación con problemas filosófico-jurídicos [3]. Los trabajos de Aarnio constituyen, así, un excelente ejemplo de esa filosofía del Derecho «construída 'desde en medio'», «intermediaria entre los saberes y prácticas jurídicas, por un lado, y el resto de las práctica y saberes sociales —incluída la filosofía— por el otro» [4] que ha sido recientemente reivindicada como programa para nuestra disciplina.

De entre la producción filosófica-jurídica de Aarnio destacan los libros *On Legal Reasoning* (1977), *Legal Point of View. Six Essays on Legal Philosophy* (1978) y *Denkweisen der Rechtswissenschaft* (1979) [5]. En 1983 Aarnio ha reunido sus trabajos más importantes de los últimos años en el libro *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, en el que se reproducen, asimismo, algunos capítulos de Legal Point of View y On Legal Reasoning. Los trece trabajos que integran Philosophical Perspectives in Jurisprudence versan sobre una amplia variedad de temas: filosofía jurídica finlandesa contemporánea, iusnaturalismo y positivismo jurídicos, teoría de la decisión judicial, fundamentos conceptuales de la política jurídica y de la teoría de la legislación, etc. Cabría considerar, no obstante, que el corpus central del libro está constituído por los trabajos de teoría de la dogmática jurídica, campo sobre el que, además, parecen centrarse sus preocupaciones en los últimos tiempos [6]. El problema que se aborda, fundamentalmente, en estos trabajos es el de los criterios de justificación de construcciones dogmático-jurídicas y decidibilidad entre construcciones dogmáticas competitivas. En esta nota pretendo examinar y discutir los planteamientos de Aarnio a este respecto. Procederé, para ello, como sigue:

—En (2) examinaré la posición, expresada en varios textos de Aarnio, con arreglo a la cual el criterio de justificación de puntos de vista dogmáticos y de decibilidad entre puntos de vista contrapuestos se encuentra en el consenso —basado en la aceptabilidad racional de los

---

[3] Véase, por ejemplo, su ilustración de la *intertwinement thesis* a partir de ciertos conceptos básicos del marxismo en *The Significance of the Theoretical Element in Legal Research*, cit., pp. 129 y ss. y su empleo de la noción marxista de «causalidad estructural» a propósito de la teoría de la legislación en *Toward a Theory of Legislation and Its Role in Societal change* (en *Philosophical Perspectives in Jurisprudence* —en adelante *Ph. P. in J.*—, cit., pp. 257 y 22).

[4] M. Atienza: respuesta al cuestionario de DOXA sobre *Problemas abiertos en la filosofía del Derecho*, en DOXA, nº 1, pp. 31-2.

[5] *On Legal Reasoning*, Annales Universitatis Turkuensis, Loimaa, 1977: *Legal Point of View. Six Essays on Legal Philosophy*, Y leisen Oikeustieteen laitoksen julkaisuja 3, Helsinki, 1978; *Denkweisen der Rectwissenschaft*, Springer, Wien-New York, 1979. Un excelente comentario a la teoría de la decisión judicial expuesta por Aarnio en *On Legal Reasoning* es el de Martin D. Farrell: *Practical Reasoning and Judicial Decision*, en «Rechtstheorie» Beiheft 8: *Juristic Logic, Rationality and Irrationality in Law* ed. de A. 3. Arnaud, R. Hilpinen y J. Wróblewski, 1985.

[6] De entre la producción de Aarnio posterior a *Ph. P. in J.* he tenido especialmente en cuenta para la confección de esta nota el trabajo *Argumentation Theory —and Beyond. Some Remarks on the Rationality on Legal Justification*, en «Rechtstheorie» 14 (1983), pp. 385-400. Es ampliamente coincidente con este artículo el publicado en castellano con el título *Sobre la racionalidad de la racionalidad. Algunas observaciones sobre la justificación jurídica* (ACFS, Nº 23-24, 1983-84, pp. 1-17).

mismos— de la comunidad jurídica.

—En (3) examinaré la propuesta, contenida en otros textos de Aarnio, de situar este mismo criterio en la potencia resolutiva, en el rendimiento de las teorías dogmáticas en competencia.

—En (4) trataré de mostrar la necesidad de articular entre sí los criterios expuestos en (2) y en (3) y que esta articulación sólo parece posible considerando el criterio del rendimiento como subordinado al criterio consensualista. Sobre esta base, mis observaciones se dirigirán, sobre todo, a éste último.

2

2.1 En el discurso dogmático-jurídico podemos encontrar tres tipos de enunciados en relación con normas vigentes, que Aarnio ejemplifica de la siguiente manera: (a) «el texto legal contiene la oración P»; (b) «la oración P contenida en el texto legal tiene el inequívoco contenido Ij»; (c) «la oración P contenida en el texto legal tiene el contenido interpretado Ij» [7]. De estos tres tipos de enunciados, el primero no plantea problemas, obviamente, respecto de su valor veritativo: «si el texto legal realmente contiene esas palabras, el enunciado es verdadero. En otro caso no lo es». Sin embargo, los enunciados de este tipo son, en opinión de Aarnio, «triviales»: no parece, en efecto, —como se ha señalado repetidamente— que la dogmática jurídica pudiera ser considerada una actividad intelectualmente respetable y de alguna relevancia social si se cincunscribiera a enunciados de este género. Frente a ellos, son los enunciados de los tipos (b) y (c) los que «forman parte de la práxis de investigación real de la dogmática jurídica». Y, aún así, el caso de enunciados del tipo (b) es más bien escaso, pues, «como sabemos, la inequivocidad es realmente rara en los textos legales. El caso normal es, por ejemplo, el de un texto legal ambiguo, vago, valoritativamente abierto, incompleto o el de un texto legal que contiene una incompatibilidad interna (o inconsistencia)» [8]. Así pues, la dogmática jurídica está constituída, principalmente, por enunciados del tipo (c), ésto es, por enunciados que versan sobre textos normativos en relación con los cuales aparece como posible semántica y/o jurídicamente más de una interpretación. El campo de las alternativas interpretativas posibles jurídicamente es, usualmente, más restringido que el de las posibles semánticamente, pero no por ello deja de ser plural. El enunciado de tipo (c) aparece, así, como «*el paso final*, la opción por una de las interpretaciones posibles jurídicamente» [9].

Pues bien, los enunciados que implican la opción por una de las varias interpretaciones jurídicamente posibles carecen de valor veritativo *en sentido fuerte*, en el sentido de correspondencia con la realidad. Es

[7] *On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics (Ph. P. in J.*, P. 167).

[8] *Ibid.*

[9] *Argumentation Theory* ..., cit., p. 387.

tos enunciados no son cognoscitivos de normas y no constituyen, por tanto, proposiciones normativas, sino enunciados directivos de una clase especial o —en la terminología de Aarnio— «aseveraciones normativas» *[norm contentions]*. La dogmática jurídica consta, fundamentalmente, de enunciados de este tipo: «las proposiciones normativas no son —escribe Aarnio— un ejemplo representativo de los enunciados normativos de la dogmática jurídica. En la praxis investigadora real, las *aseveraciones normativas* parecen constituir el más importante grupo de enunciados» [10]. Una aseveración normativa (o enunciado interpretativo), a diferencia de una proposición normativa, «puede ser calificada sólo en términos de validez o no-validez (justificada/injustificada)» [11].

El problema, pues, queda ya planteado: ¿con arreglo a qué criterios puede considerarse justificada una determinada aseveración normativa? o, mejor, ¿con arreglo a qué criterios puede considerarse que una determinada aseveración normativa está *más* justificada que otra aseveración normativa alternativa? En definitiva ¿cuál es el criterio de decibilidad entre enunciados interpretativos (aseveraciones normativas) contrapuestos?.

2.2 Si bien no cabe —como se acaba de indicar— atribuir valor veritativo (en sentido propio, ésto es, de correspondencia con la realidad) a los enunciados interpretativos, sí puede —a juicio de Aarnio— hablarse de la verdad de los mismos en un sentido más débil del término 'verdad': en el sentido de coherencia entre el enunciado interpretativo en cuestión y el conjunto de enunciados sobre los que se fundamenta. Escribe Aarnio: «def. I: una aseveración normativa (una aseveración interpretativa) es verdadera si y sólo si hay una coherencia entre la aseveración y el material interpretativo que se presenta como apoyo de la misma» [12]. Esta definición suscita, obviamente, dos problemas: el primero de ellos afecta a la referencia del término en que se emplea el término 'coherencia' cuando se alude a la necesidad de la misma entre la aseveración normativa y el material interpretativo: pues 'coherencia' puede significar tanto (sentido *fuerte*) 'deducibilidad' como, (más *débilmente*), 'compatibilidad'.

Con respecto al ámbito de referencia de la expresión «material interpretativo», Aarnio ofrece dos versiones distintas (aunque no contradictorias). La primera de ellas se encuentra en *On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics*. Señala aquí Aarnio que «Material interpretativo significa lo mismo que fuentes del Derecho (S)» [13]. El término «fuentes del Derecho» debe entenderse, a su vez, en un sentido muy amplio: «el conjunto S incluye elementos de muchos tipos diferentes. Siguiendo, por ejemplo, el punto de vista nórdico sobre las fuentes del Derecho, incluye elementos tales como textos legislativos, borradores legislativos, precedentes, «la costumbre de la tierra», puntos de

[10] *On the truth and Validity* ..., cit., p. 173.
[11] *Ibíd.* p. 168.
[12] *Ibíd.*, p. 176.
[13] *Ibíd.*

vista de ciencia jurídica, argumentos sistemáticos y diversos puntos de vista prácticos. La extensión de la lista de fuentes del Derecho puede variar, dependiendo de cada particular cultura jurídica» [14]. En *Argumentatión Theory-and Beyond...*, el material usado en la actividad interpretativa aparece presentado de distinta forma. Siguiendo a J. Wroblewski, Aarnio ofrece ahora el siguiente esquema de la «justificación interna» de la interpretación:

$$\begin{array}{ll} \text{«}G_1 & G_n \\ D_1 & D_n \\ V_1 & V_n \\ \hline \text{Resultado:} & I_1\text{»} \end{array}$$

En este esquema, «'G' representa las premisas materiales para el punto de vista justificado I_1 (las fuentes del Derecho), el símbolo 'D' hace refencia a las directivas (reglas) de interpretación jurídica aceptadas en la comunidad jurídica; y la letra 'V' es un símbolo para los valores necesarios en la evolución de las bases $G_1 \ldots G_n$ y/o en el uso de las reglas interpretativas $D_1 \ldots D_n$» [15].

---

[14] *Ibid.*, pp. 177-78.

[15] *Argumentation Theory ...*, cit., p. 389. Los enunciados más típicos de la dogmática jurídica no tienen —como hemos visto— valor veritativo; los juicios de valor, en la dogmática jurídica, no sólo operan en el contexto de descubrimiento, sino que —como vemos ahora— están presentes en el corazón del contexto de justificación: parece razonable, sobre estas premisas suministradas por el propio Aarnio, concluir que la dogmática no es ciencia en ningún sentido mínimamente discriminador del término 'ciencia'. Este paso, sin embargo, no sólo no es dado por Aarnio, sino que éste reacciona tajantemente contra quienes lo dan. Escribe así: «si la tarea de la dogmática jurídica se define en los términos de los criterios positivistas de cientificidad, entonces un campo imprescindible de actividad intelectual, orgánicamente perteneciente a toda sociedad, será excluido de la discusión 'racional'. La conclusión será absurda: esta actividad intelectual no es 'ciencia', pero, ello no obstante, es practicada en todas partes y sus resultados son frecuentemente utilizados para averiguar el contenido de un determinado ordenamiento jurídico» (*Outline of a Hermeneutic Approach in Legal Theory, Ph. P. in J., p. 64*). Añadiré, por mi parte, tan sólo cuatro observaciones: I) Aarnio concede demasiado al positivismo que critica, al aceptar la identificación entre ciencia y racionalidad tan sólo para un positivista —y de una especie tan estricta que no es fácil encontrar representantes de la misma actualidad— está fuera de discusión que el campo cubierto por la racionalidad coincide sin más con el cubierto por la ciencia. II) No parece que para negar carácter científico a un discurso cuyos enunciados más típicos no tienen valor veritativo haya que ser propiamente positivista: basta con no ser partidario de violentar el uso lingüístico común de la palabra ciencia. III) Ampliar el concepto de ciencia de tal modo que pueda abarcar el discurso directivo de la dogmática no es sino construir un concepto *ad hoc* de ciencia que no cumple otra función sino precisamente la de permitir incluir a la dogmática en su ámbito de referencia. IV) Si con esta estrategia de modificación *ad hoc* del significado usual de 'ciencia' lo que se pretende es prestigiar intelectualmente a la dogmática, hay que señalar que los resultados no pueden ser, hasta el momento presente, más descorazonadores. Sólo un síntoma: a la hora de determinar las condiciones para ser admitido como alumno en un hipotética Maestría en Epistemología, cuya creación en América Latina propone, Mario Bunge escribe lo que sigue: «el ingreso en la ME (Maestría en Epistemología) debiera requerir una licenciatura en alguna ciencia, formal o fáctica, pura o aplicada: en matemática o en física, en astronomía o en geología, en química o en bioquímica, en biología o en psicología, en sociología o

Aunque la formulación sea diferente, ambas versiones no son a mi juicio —y como ya indicaba— inconsistentes entre sí, si bien, el término «fuentes del Derecho» tiene, como es obvio, un significado diferente en una y otra. En la versión de *On the Truth* ... este término hace referencia al conjunto de los elementos sobre los que se apoya la interpretación, mientras que en *Argumentation Theory* ... su referencia se circunscribe a uno sólo de ellos: los enunciados de las normas en vigor.

Merece la pena, sin embargo, llamar la atención sobre el hecho de que en ambas versiones los enunciados de las normas en vigor aparezcan simplemente como un elemento más del conjunto de las premisas (S), o bien (G,D,V) que justifican el enunciado interpretativo de que se trate. Esta manera de presentar las premisas de la interpretación puede, a mi juicio, oscurecer —al no ponerlo explícitamente de manifiesto— el diferente «peso» y la diferente función que los enunciados de las normas en vigor, de un lado, y el resto de los elementos que integran las premisas, de otro, tienen en el proceso interpretativo. Pues —aunque la identificación misma de los enunciados normativos en vigor requiera interpretación (ante todo, de las normas sobre la producción normativa)— estos enunciados, una vez identificados, constituyen el *marco del juego de* la interpretación dogmático jurídica, en tanto que los demás elementos que configuran los conjuntos (S) ó (G,D,V) constituyen los instrumentos mediante los cuales —dentro de dicho marco, cuyos límites, si bien elásticos, no son inexistentes— se desarrolla el juego. Por otra parte, tampoco hay que olvidar que las reglas sobre la interpretación prescritas por el propio sistema jurídico —cuyos límites son de nuevo elásticos, pero no inexistentes— tienen, en el proceso interpretativo, un «peso» superior de las reglas interpretativas simplemente aceptadas por la comunidad jurídica: una interpretación que fuera más allá de los límites impuestos por las reglas de interpretación prescritas por el sistema se situaría fuera del juego de la dogmática.

Creo, en definitiva, que, frente a la invitación que viene a formularnos Aarnio para que difuminemos la distinción entre normas y elementos extranormativos que intervienen en la interpretación (englobando todo ello bajo los términos «fuentes del Derecho» o «material interpretativo») sigue habiendo buenas razones para concordar, con Hart, en que el asunto «puede ser expuesto de otro modo menos misterioso. Podemos decir que las leyes padecen de una incurable insuficiencia y que tenemos que decidir racionalmente los casos de la zona de penumbra» [16].

---

en economía, en ingeniería o en medicina, o en cualquier otra rama de la ciencia o de la tecnología (...) Solamente los egresados de las carreras de filosofía, de letras, de historia y de *derecho* debieran quedar excluidos» (M. Bunge: *Epistemología*, Ariel, Barcelona, 1980, p. 266; el subrayado, obviamente, es mío). La posición de M. Bunge es, en mi opinión (y con independencia de su justicia), bien representativa de lo que los filósofos de la ciencia piensan de la actividad de los juristas teóricos.

[16] H.A.L. Hart: *El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral* (cito por la trad. cast. de G. R. Carrió: H.L.A. Hart: *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 38-9). Debe observarse, sin embargo, que en un artículo posterior a los aquí examinados —*On the Sources of Law. A Justificatory*

2.3 Sea como fuere, ¿qué relación existe entre las premisas [(S), o bien (G,D,V) y el resultado del proceso de interpretación (I_i)? ¿esta relación es de deducibilidad o —supuesta la compatibilidad— de mera plausibilidad?. Las respuestas de Aarnio a este respecto presentan algunas vacilaciones. Así, en *Argumentation Theory* ... escribe: «lo que es esencial en el esquema es la naturaleza *cerrada* de la inferencia: el conjunto de premisas (G, D y V) es cerrado en el sentido de que la conclusión (I_i) puede ser extraida de forma puramente deductiva a partir de las premisas» [17]. En el mismo sentido en *On the Truth* ....: «la aseveración normativa P_1, que expresa la interpretación I_1 *sólo* puede ser coherente con el conjunto S_i. Por otra parte, la aseveración P_2, que contiene la interpretación I_2 sólo es coherente con el conjunto S_i» [18]. Por el contrario, en *Linguistic Philosophy and Legal Theory* —trabajo, por otra parte, en buena medida coincidente con *On the Truth* ... —indica que la aseveración interpretativa «debe siempre ser vista como parte de un conjunto. Este conjunto es una especie de red de oraciones, dentro de la cual las premisas y la conclusión están conectadas 'no lógica, sino plausiblemente' (Charles Taylor)» [19]. La aparente inconsistencia que presentan los textos que acabo de transcribir podría, a mi juicio, eliminarse afirmando simplemente —lo que, por otra parte, parece compadecerse bien con la realidad— que la relación entre el enunciado interpretativo y sus premisas es, en algunas ocasiones, deductiva y, en otras, de mera plausibilidad. Pues tanto puede darse el caso de que la dogmática presente conjuntos de premisas (S) o bien (G,D,V)], lo suficientemente completos y precisos como para que la interpretación propuesta se derive deductivamente de ellos como el de que estos conjuntos sólo puedan plausibilizar dicha interpretación. Esto último puede acontecer bien porque los conjuntos en cuestión sean incompletos, ésto es, falte en ellos alguna premisa necesaria para la inferencia deductiva, —bien lo que quizá pudiera entenderse como una variante del supuesto anterior— porque sus enunciados presenten un grado de indeterminación mayor que el enunciado interpretativo: en estos casos nos encontramos frente a un «salto no deductivo entre las premisas y el enunciado interpretativo que, así, se encontrará tan sólo plausibilizado en mayor o menor medida por aquéllas.

Point of View, en «Rechtstheorie» 15 (1984), pp. 393-401— Aarnio traza una triple división entre fuentes del Derecho que «han de» (*must*), «deben» (*should*) o «pueden» (*can*) ser usadas en la resolución de problemas jurídicos. Obviamente esta matización priva de buena parte de su fuerza a la crítica que aquí planteo, aunque el uso de la expresión «fuentes del Derecho» para cubrir materiales tan heterogéneos siga siendo, desde luego, discutible.

[17] *Argumentation Theory* ..., cit., p. 389.

[18] *On the Truth and Validity*, ..., cit. p. 176.

[19] *Linguistic Philosophy and Legal Theory* (*Ph. P. in J.*, p. 191). En el mismo sentido, en *Outline of Hermeneutic Approach in Legal Theory:* «la argumentación siempre implica oraciones y conjuntos de oraciones que aparecen conectadas entre sí sólo de una manera más o menos plausible. Cada una de ellas parece dotada de sentido en conexión con las otras oraciones, pero no hay una manera exacta de deducir un conjunto de oraciones de otro» (*Ph. P. in J.*, p. 63).

2.4 Independientemente de si los conjuntos de enunciados que presenta la dogmática en apoyo de una determinada opción interpretativa permiten o no derivar deductivamente de ellos la opción en cuestión subsiste el problema capital de justificar estos mismos conjuntos. Como escribe el propio Aarnio, haciendo referencia a un lugar común en las teorías sobre la argumentación jurídica, «el problema real para el juez y también para el jurista teórico es *descubrir* las premisas (...); el razonamiento jurídico se concentra siempre en descubrir las premisas» [20]. Pues bien, «mi tesis —indica Aarnio— es que sea cual sea la combinación de fuentes del Derecho [la expresión se utiliza aquí *sensu largo*, de manera que equivale a «premisas»] aceptada como marco para la interpretación depende del consenso. En este sentido el consenso es el criterio a través del cual es posible situar diferentes interpretaciones en un orden de preferencia en una comunidad jurídica» [21] .

No basta, sin embargo, la existencia de un consenso fáctico respecto a la preferibilidad de una determinada opción interpretativa para considerar ésta justificada. No es suficiente un consenso que no sea sino la expresión de la *aceptación efectiva* de la interpretación de que se trate. Para poder ser considerado como criterio justificador de una determinada interpretación es preciso que el consenso se fundamente en la *aceptabilidad racional* de la misma. Escribe Aarnio: «La aceptación efectiva puede estar basada en factores totalmente fortuitos. La base de la aceptación puede ser irracional, y es posible que la aceptación se haya producido, por ejemplo, mediante manipulación. Si se dirige a la actividad social una *exigencia de racionalidad* es obvio que la relevancia social de las interpretaciones no puede basarse sobre la aceptación efectiva sin más (...). La aceptación de la interpretación debe ser resultado de un *discurso racional*» [22]. Sobre estas bases, Aarnio formula la siguiente «Def. II: la interpretación con mayor aceptabilidad racional tiene la mayor relevancia social». De esta definición «se sigue que el 'principio regulativo' de la dogmática jurídica es, no la verdad, sino la máxima aceptabilidad racional» [23]. De modo que «la dogmática jurídica ha de tratar de alcanzar una interpretación jurídica tal que pueda conseguir el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que discurra racionalmente» [24]; «si la mayoría de los miembros de la comunidad jurídica, siguiendo la D-racionalidad, llegan a la conclusión de que es racional y razonable acetar el punto de vista presentado, entonces este punto de vista tiene una relevancia social en la comunidad jurídica mayor que cualquier otro punto de vista correspondiente (...) y, además, el punto de vista en cuestión

[20] *Argumentation Theory* ..., cit., pp. 389-90.
[21] *On the Truth and Validity* ..., cit., p. 178.
[22] *Ibíd.*, p. 179.
[23] *Ibíd.*
[24] *Argumentation Theory* ..., cit., p. 399.

tiene la máxima legitimación en esa sociedad» [25].

¿Qué se entiende por 'aceptabilidad racional'? ¿Cuáles son las condiciones bajo las cuales podemos sostener que la existencia de consenso en torno a una deteminada interpretación no equivale a la simple aceptación efectiva, sino que está basado en la 'aceptabilidad racional' de la misma?. En orden a clarificar cuáles sean los «*criterios de aceptabilidad* (racionales) de una interpretación» Aarnio acude al ejemplo de un desacuerdo interpretativo entre dos sujetos, A y B. Escribe: «Si partimos de la base de que A y B están en desacuerdo sobre la interpretación (I_1 / I_2), los criterios de aceptabilidad son los mismos que los criterios a través de los cuales el desacuerdo entre A y B puede ser eliminado. El desacuerdo puede ser eliminado suponiendo que: (i) A y B tienen un lenguaje común en el sentido de que ambos aceptan los mismos contenidos de significado intersubjetivos, (ii) A y B tienen, a su disposición, la *misma evidencia empírica* en relación con la realidad, y (iii) A y B comparten un conjunto suficiente de valores» [26]. De estas tres condiciones, sin duda la que plantea un mayor problema es la (iii), ésto es, la referente a la posibilidad (y a los límites de esta posibilidad) de llegar a eliminar, mediante el discurso racional, los desacuerdos valorativos. A este respecto, señala Aarnio que «la exposición anterior está basada por completo en una teoría de los valores que es no-cognoscitivista y relativista en un sentido moderado del término. Con arreglo a esta teoría, los valores no pueden ser defendidos enteramente haciendo referencia a hechos objetivos. Los valores, sin embargo, son algo más que materia de actitud o de gusto tan sólo. Es posible usarlos en la argumentación *hasta un cierto límite*» [27]. La ubicación precisa de este límite, por otra parte, no puede ser racionalmente elucidada: «en un sentido literal, los intérpretes no pueden llevar a cabo un *acuerdo* mutuo sobre dónde considerar que está situado este límite. El límite al que me he referido es el mismo que el *límite de la forma de vida* (...) El concepto wittgensteiniano de forma de vida contiene también una idea acerca de los *límites de la racionalidad*. Wittgenstein observa que uno no puede trasladarse de una forma de vida a otra sobre la base de argumentos racionales. El paso de una forma de vida a otra es, según él, asunto de *persuasión*. Por consiguiente, el discurso racional es posible sólo *dentro* de los límites fijados por la forma de vida, ésto es, dentro de una cierta forma de vida» [28].

[25] *Ibíd.* El concepto de «D-racionalidad» —escribe Aarnio— «hace referencia al procedimiento de discernimiento que es regulado por las reglas de la L-racionalidad y por las reglas del discurso racional». (*Ibíd*, p. 394). La L-racionalidad se identifica con las reglas lógicas de inferencia; cómo ejemplos de «reglas del discurso racional» Aarnio alude a los suministrados por la *Theorie der juristischen Argumentation* de Robert Alexy. La D-racionalidad, así entendida, «es un hecho *dado* en nuestra cultura (...). Nuestra vida social y nuestra «interacción comunicativa humana funcionan sólo a condición de que estas precondiciones sean satisfechas (...). Parece correcto decir que la reconstrucción de la racionalidad sólo hace *explícito* algo profundamente arraigado en el uso lingüístico común de la gente occidental moderna» (*Ibíd*, pp. 394-395).

[26] *On the Truth and Validity*, pp. 179-80.

[27] *Ibíd.*, p. 181.

[28] *Ibíd.*, pp. 181-2.

3

Si en los artículos aquí examinados Aarnio considera que el criterio de preferibilidad entre alternativas dogmático-jurídicas contrapuestas se halla en el consenso de la comunidad jurídica, basado en la mayor o menor aceptabilidad racional de cada una de ellas, en otro trabajo, *Paradigm Articulation in Legal Research* [29], sitúa este mismo criterio en el rendimiento respectivo de las teorías dogmático-jurídicas en competencia.

Aarnio trata, ahora, de «tomar ciertas ideas de la teoría de Kuhn» en orden a «descubrir qué podría significar hablar en términos kuhnianos acerca del desarrollo y del crecimiento del conocimiento jurídico» [30] («conocimiento jurídico» ha de entenderse, aquí, en el sentido del discurso que sobre el ordenamiento vigente desarrolla la dogmática jurídica).

Para ello, un primer paso viene constituído por el *traslado* por así decirlo, de la noción-clave de Kuhn (el concepto de *paradigma*) al terreno propio de la dogmática. Pues bien, «los paradigmas en la dogmática jurídica —escribe Aarnio— pueden ser caracterizados por medio de una determinada lista de elementos (...). La actividad investigadora que versa sobre normas jurídicas es dogmática jurídica sólo si reune las siguientes condiciones: (i) Un paradigma dogmático-jurídico incluye siempre un conjunto de fondo de tomas de posición y/o asunciones filosófico- jurídicas. Estas comprenden concepciones sobre el *origen* del Derecho, la *validez* del ordenamiento jurídico, los conceptos de *norma* y *normatividad* y el *objeto* de la investigación jurídica (...); (ii) El material por remisión al cual puede justificarse enunciados normativos es llamado, por regla general, fuentes del Derecho. Un paradigma, en dogmática jurídica, debe siempre indicar una forma de usar este material. Dependiendo de cada cultura jurídica, se han formulado catálogos bastantes diferentes de fuentes del Derecho (...); (iii) Un paradigma dogmático jurídico comprende también un conjunto de reglas y principios metodológicos. A este respecto, la interpretación jurídica puede ser comparada con un juego. Las reglas y principios metodológicos tienen una función similar a las reglas de un juego. Indican, de una manera general, cómo identificar las fuentes del Derecho y cómo usarlas en la interpretación jurídica (...); (iv) Valores y evaluaciones juegan un papel importante en la interpretación jurídica, dado que la dogmática jurídica debe presentar con frecuencia puntos de vista valorativos. Estos son necesarios siempre que la norma sea genuinamente ambigua. Por ello, un paradigma dogmático jurídico típico implica compromisos valorativos de algún tipo» [31].

Sobre estas bases, los cambios en la dogmática jurídica pueden ser bien *externos* (sustitución de un paradigma por otro), o bien *internos* (dentro de un mismo paradigma). Aarnio centra su atención en esta última modalidad de cambio: el cambio intraparadigmático en el cual una de-

---

[29] Citado en n.2; este trabajo coincide sustancialmente con el también citado en la misma nota *On the Paradigm of Legal Dogmatics. Problems of Scientific Progress in legal Research.*

[30] *Paradigm Articulation* ..., cit., p. 210.

[31] *Ibíd.*, pp. 215-6.

terminada teoría dogmática —entendiendo por teoría dogmática «un conjunto de conceptos y proposiciones que sistematizan normas jurídicas en un determinado sentido» [32]— es desplazada por otra. ¿Es posible encontrar criterios racionales de decisión entre teorías dogmáticas competitivas adscribibles como ejemplo las teorías «tradicional» (T_1) y «analítica» (T_2) de la propiedad. Con arreglo a T_1 «la propiedad es una *substancia* que, en un determinado momento, pertenece a una y sólo una persona (...) La transferencia de la propiedad es un suceso que *tiene lugar en un solo momento dado*» [33]. Para la teoría «analítica» de la propiedad, por el contrario, «el concepto de propiedad es sólo un medio para describir una *posición jurídica muy complicada en la sociedad*. Una posición jurídica, a su vez, consiste en un conjunto de *relaciones* entre el propietario y otras personas. Ser propietario de un objeto es lo mismo que estar *jurídicamente protegido contra otras determinadas personas*. Consecuentemente, es posible hablar de propiedad en diversos sentidos diferentes, según qué relaciones sean contempladas como esenciales. La transferencia de la propiedad no es algo que tenga lugar en un solo momento. Es una cadena *sucesiva* de acontecimientos» [34]. El andamiaje conceptual de T_1 y de T_2 es, por consiguiente, distinto: «en T_1 comprende nociones tales como propiedad como substancia y transferencia de la propiedad como transferencia de una substancia. En la teoría T_2 las nociones correlativas son, por ejemplo, 'el derecho a usar el objeto', 'la competencia del propietario' y 'un determinado grado de protección jurídica'. Estos conceptos pueden, a su vez, ser analizados de una manera más detallada. Por lo tanto, los conceptos de T_2 son *más ricos* en contenido que los de T_1» [35].

Concluye Aarnio: «¿Es posible afirmar que T_2 es mejor o más avanzada que T_1? Las teorías T_1 y T_2 son *inconmensurables* en el sentido de que T_2 es capaz de resolver problemas que son imposibles de abordar (o que quizá no son admitidos como problemas) en T_1. En otras palabras, en T_1 no surgen problemas que se presentan naturalmente en T_2. Por consiguiente, T_2 nos da respuestas que pueden ser dadas dentro del marco de T_1. Esto no significa que la comparación entre T_1 y T_2 sea imposible. Aunque las teorías son inconmensurables, puede establecerse un orden de preferencia entre ellas. Este orden depende de la *capacidad* de T_1 y T_2 para *resolver problemas jurídicos típicos* del área que constituye su objeto. A este respecto T_2 es, sin duda, más desarrollada que T_1. El equipamiento conceptual de T_2 hace posible realizar un análisis más detallado de problemas relevantes que el correspondiente equipamiento de T_1. Por consiguiente, parece bien fundado afirmar que el cambio de T_1 a T_2 es un cambio progresivo» [36].

Como puede verse, la posibilidad de establecer un orden de preferencia entre teorías en competencia depende, por completo de que sea posible constatar —*desde una perspectiva independiente a las propias*

[32] *Ibíd.*, p. 216.
[33] *Ibíd.*, p. 218.
[34] *Ibíd.*
[35] *Ibíd.*, p. 219.
[36] *Ibíd.*, pp. 219-20.

teoría competitivas— cuáles sean los problemas jurídicos relevantes del área que constituye el objeto de las mismas. Aunque Aarnio parece dar aquí por supuesta esa posibilidad de encarar independientemente de las teorías el propio objeto de las mismas, no me parece, sin embargo, que la admisión de esta posibilidad sea consistente con su adhesión a la tesis de la inconmensurabilidad. Y, más en particular, no alcanzo a ver cómo podría evitarse aplicar a las teorías dogmático jurídicas lo que Aarnio escribe respecto de las teorías científico-sociales: «Incluso si una teoría se encuentra apoyada por una interminable cadena de evidencia que *esa* teoría considera relevante, ésto no significa necesariamente que los partidarios de una teoría competitiva con ella consideren que la primera teoría ha sido 'probada'. Una razón importante para ésto es el hecho de que el mismo concepto de evidencia es, por así decirlo, un concepto relativo. No es independiente de las presunciones teóricas sobre las que se apoya la investigación» [37]. No se ve bien, a mi juicio, cómo podría no aplicarse a los «problemas jurídicos relevante» (y a la capacidad resolutiva que una u otra teoría dogmático jurídica tenga respecto a ellos), en el terreno de la dogmática, lo que se dice aquí de la «evidencia» en el terreno de la ciencia social. Parece más bien que, para que el cotejo del rendimiento respectivo de las teorías dogmáticas sea posible, es necesario que éstas compartan, al menos, la identificación de los problemas jurídicos relevante del área de que se trate. O, dicho de otra manera, el cotejo del rendimiento respectivo sólo es posible respecto de teorías dogmáticas muy próximas entre sí.

4

En lo que hemos examinado ha podido constatarse la presencia de Aarnio, de dos criterios distintos de preferibilidad entre teorías dogmáticas: Por un lado, el consenso de la comunidad jurídica, basado en su mayor o menor aceptabilidad racional; por otro, la mayor o menor potencia resolutiva de cada una de ellas. Se suscita, pues, la cuestión de cómo se articulan estos dos criterios entre sí: ¿están ambos situados en pie de igualdad o uno de ellos ha de entenderse que está subordinado al otro?.

El considerar que ambos criterios están situados en pie de igualdad sólo sería admisible si se diera uno de estos dos supuestos: a) que cada uno de estos criterios versara sobre aspectos separables —ésto es, susceptible de un enjuiciamiento independiente— de las teorías dogmáticas; b) que —no versando sobre campos separables— la utilización de uno u otro criterio produjera los mismos resultados. En cuanto a la posibilidad (a) se habrá observado, sin duda, que en los trabajos en los que propone el criterio de la aceptabilidad racional el foco de atención de Aarnio parece concentrado en la vertiente interpretativa de la dogmática, mientras que a la hora de abogar por el criterio del rendimiento resolutivo el punto de mira parece dirigirse más bien hacia su vertiente sistematizadora. Ocurre, sin embargo, que interpretación y sistematización no son, como señala el propio Aarnio, tareas independientes: «La sistema-

[37] *The Significance of the Theoretical Element in Legal Research (Ph. p. in J.*, p. 133).

tización básica de un campo jurídico particular —escribe— y la solución de los problemas singulares se entrelazan mutuamente de manera significativa. La interpretación no es independiente de la sistematización, y la sistematización no puede ser llevada a cabo sin considerar la manera en que las normas del ordenamiento jurídico son interpretadas» [38]. Por lo que hace a la posibilidad (b) parece bastante obvio que la aplicación del criterio de la aceptabilidad racional no tiene por qué producir los mismos resultados que la aplicación del criterio de la potencia resolutiva: Pues no parece constituir un sinsentido afirmar, por ejemplo, que la teoría X es axiológicamente preferible a la teoría Z (y la aceptabilidad axiológica es, como hemos visto, uno de los elementos de la aceptabilidad racional) pero que, sin embargo, la teoría Z resuelve más problemas jurídicos relevantes del área objeto. Tan sólo desde una posición que considerara que lo bueno moral es reductible a lo bueno técnico, podría sostenerse que una afirmación como la anterior carece de sentido (pero esta reducción implicaría —como ha escrito en otro contexto E. Garzón Valdés— «caer bajo una variante de la guillotina de Hume») [39].

Consenso y rendimiento no pueden, pues, entenderse como criterios situados en pie de igualdad. Así las cosas, parece que el criterio de consenso basado en la aceptabilidad racional ha de considerarse —por su alcance más comprehensivo de las distintas vertientes de las teorías dogmáticas y por no requerir la *proximidad* entre las teorías en competencia que, como se ha señalado, requiere el criterio del rendimiento— como el criterio fundamental, y el criterio de la potencia resolutiva como criterio a él subordinado. En otros términos: *ceteris paribus* (pero sólo *ceteris paribus)* y respecto de teorías que compartan la identificación de los mismos problemas jurídicos relevantes, es razonable que los juristas prefieran aquella teoría que presenta una mayor potencia resolutiva.

Sobre esta base, la atención debe concentrarse en el criterio consensualista. Y, en este sentido, una teoría consensualista de la justificación en dogmática jurídica como la presentada por Aarnio no puede evitar enfrentarse a obstáculos importantes. Algunos de ellos son, en mi opinión, los siguientes:

i) El primero reside en la dificultad de considerar a la «comunidad jurídica» como ámbito adecuado para la generación del «consenso racional». Recordemos lo que escribe Aarnio en relación con la insuficiencia de la mera aceptación efectiva: «el hecho de que B (la audiencia) acepte de hecho la interpretación (P_1) no puede ser una base sólida para la justificación jurídica. Es, por el contrario, muy fácil de construir ejemplos en los que la aceptación de hecho ha sido alcanzada a través de medios meramente manipulatorios o persuasivos, o incluso compulsivos. La aceptación implicada en estos casos es el resultado de la utilización de la *autoridad* del intérprete» [40].

Pues bien: la existencia de aceptación basada en la autoridad no parece

[38] *Ibíd.*, p. 125.

[39] Ernesto Garzón Valdés: *Moral y política*, en AFD, nueva época, tomo I, 1984, p. 183.

[40] *Argumentation Theory* ..., cit., p. 392.

ser un rasgo eliminable de las comunidades «jurídicas», salvo que éstas dejaran de ser tales. La «comunidad jurídica» de un determinado país, escribe Aarnio citando a Niiniluoto, «está constituída por los miembros de las profesiones jurídicas y por los agentes que ocupan posiciones jurídicamente relevantes (p. ej., en la legislación, en la administración, como miembros de jurados, etc.)». Pues bien, tanto entre los «miembros de las profesiones jurídicas» como entre quienes «ocupan posiciones jurídicamente relevantes» muchos de ellos se encuentran *normativamente* vinculados a interpretaciones establecidas por vía de *autoridad* (p. ej., los tribunales inferiores respecto a los superiores, los funcionarios de la Administración respecto a sus superiores jerárquicos, etc.)

ii) Prescindiendo del obstáculo anterior, la virtualidad del criterio del consenso está por completo sujeta a la condición de que, dentro de la comunidad jurídica de que se trate, exista acuerdo en torno a los valores básicos que hayan de orientar la sistematización e interpretación del Derecho. Pues, atendiendo a la «teoría de los valores no cognocitivista y relativista en un sentido moderado del término» que el propio Aarnio hace suya, la aceptación o no de un determinado cuadro de valores básicos no es asunto de argumentación racional, sino de persuasión. El consenso racional sólo podría operar, pues, en comunidades jurídicas con un cierto grado de homogeneidad valorativa, pero no en aquellas otras cuyos integrantes se encuentren, a este respecto, en posiciones cuya distancia se encuentre más allá de las posibilidades de la discusión racional.

iii) Aun dejando de lado las dificultades expuestas en (i) y (ii) resulta difícil admitir que el consenso racional de la comunidad jurídica baste para conferir, como sostiene Aarnio, «máxima legitimación» en la sociedad correspondiente a la construcción dogmático jurídica de que se trate. Pues la operatividad de los criterios de decisión —valorativamente orientados— suministrados por la dogmática no se limita, como es obvio, a los propios sujetos del consenso (los miembros de la comunidad jurídica) sino que alcanza, eventualmente, a todos los ciudadanos: y la existencia de un desfase importante entre las concepciones valorativas predominantes en la sociedad y las predominantes entre la capa de los juristas dista mucho de ser, como todo el mundo sabe, un fenómeno histórico excepcional.