

ANDRES OLLERO

EL DERECHO COMO LABOR
RACIONAL: DE LA CIENCIA DEL
DERECHO AL SABER JURIDICO

Separata del Anuario de estudios sociales y jurídicos

Escuela Social de Granada

Vol. II, 1973

**EL DERECHO COMO LABOR RACIONAL: DE LA CIENCIA DEL
DERECHO AL SABER JURIDICO (*)**

ANDRES OLLERO
Profesor adjunto de Filosofía
del Derecho de la Universidad
de Granada

(*) Comunicación presentada al XV Congreso Mundial de Filosofía (Varna —Bulgaria— septiembre 1973) para el grupo de investigación "Filosofía del derecho y filosofía política"

1. Siendo uno de los mayores peligros de la elaboración racional la ambigüedad del lenguaje, en el ámbito jurídico aparece como especialmente problemática la posibilidad de una neta distinción entre el derecho como actividad conformadora práctica y la reflexión teórica sobre ella. Desde el punto de vista práctico, el derecho no es cualquier conformación normativa de la realidad, sino aquella legitimada en base a instancias racionales que trascienden al mero ejercicio fáctico de la fuerza. Desde el punto de vista teórico, no tiene sentido una reflexión sobre lo jurídico que olvide su dimensión práctica y no analice las peculiaridades de su realización. De ahí que, en un principio, anclado el derecho en la capacidad de la "razón práctica" para llegar a un conocimiento práctico normativo de la realidad, teoría y praxis jurídica no parezcan precisar una especial diferenciación. El derecho, como la medicina, es labor racional eliminadora de situaciones anómalas, saber que surge de la praxis y volcado a ella.

Esta dualidad *racionalidad-práctica*, que late en la entraña del derecho, va a exigir un especial tratamiento cuando el giro de la teoría del conocimiento en la Modernidad tiende a acercar progresivamente, hasta hacerlos inseparables, los términos racionalidad y ciencia. El método deja de ser *camino* a la verdad para erigirse en *condición* imprescindible de ella. La labor jurídica, para no perder sus pretensiones de racionalidad, busca el abrigo de la metodología científica. Esta, a la vez, parece exigir un progresivo distanciamiento de su dimensión práctica. El problema, aún no resuelto, de la "ciencia jurídica" radica en la transformación en dilema de la radical dualidad del derecho: racionalidad o práctica.

2. La teoría del conocimiento positivista sirve de fundamento al intento más coherente de edificación de una *ciencia jurídica* a la manera moderna. Su labor parece llamada a sustituir, de manera más modesta y rigurosa, la de la *filosofía del derecho* tradicional. Esta apuntaba a la captación racional de lo que el derecho esencialmente es, de los principios de orden metafísico subyacentes en su actividad práctico-normativa. Concedía la primacía a la labor teórica, en cuanto reveladora de lo universal y necesario. La praxis jurídica tendía a considerarse como la deseable consecuencia de la aplicación de esta ontología jurídica —principios abstractos e intemporales— sobre la realidad social histórica y concreta. El estudio del derecho radicado en la naturaleza, metafísicamente entendida, brindaba el modelo de lo que la praxis jurídica debe ser. La “ciencia” jurídica premoderna no es saber sobre lo que el derecho es sino sobre lo que *debe ser*: ciencia del “derecho natural”.

La ciencia moderna aparece como actividad fundamentalmente teórica en la que el sujeto cognoscente se enfrenta a un objeto de perfiles netos y precisos intentando agotar su contenido. El objeto de la moderna ciencia del derecho serán las normas jurídicas, entendidas como unidades cerradas que albergan un contenido neto. El científico las recoge de la realidad social para manipularlas racionalmente, precisando su contenido, relacionándolo con el de las otras hasta ir estructurando la arquitectura racional que planifica su sentido. La ciencia jurídica es saber sobre lo que el derecho es, dejando al ámbito de la decisión política lo que deba o no ser: ciencia del derecho positivo.

El distanciamiento de la praxis exigido por la reflexión científica acabaría siendo beneficioso para la racionalización de la dimensión práctica del derecho. La reflexión sobre el derecho y el derecho mismo vuelven a acercarse gracias a una doble identificación: *norma* jurídica equivale primordialmente a *ley* y el *derecho* no es sino la aplicación de ésta a la realidad social: Si el decantamiento teórico de la norma se realizaba en un ámbito de asepsia racional, su aplicación va a fluir por ca-

minos de similar "pureza". Bastará una simple operación silogística para que el contenido abstracto de la norma se encarne en la realidad, sin que elementos político-jurídicos extralegales entren en juego. La praxis jurídica se recupera como tarea racional libre de arbitrariedades. A mayor perfección científico-jurídica menor posibilidad de consecuencias irracionales.

No hay duda, por tanto, de la viabilidad de una ciencia jurídica, que no tiene por que preocuparse de problemas que la exceden: legitimación de la validez formal del derecho, de la obligación que de ella emana y de la consiguiente obediencia del ciudadano. Sus frutos prácticos no serían menos evidentes, al sustituir con una racionalidad de base científica las arbitrariedades camufladas tras la fantasmagórica "razón práctica".

3. Pero la posibilidad de una rigurosa ciencia del derecho, y por ende de sus consecuencias racionalizadoras, entra en crisis al quebrar su doble identificación fundamental.

No cabe identificar la norma jurídica con la ley entendida como *texto* jurídico. Este no hace sino aprobar un elemento potencial de la existencia de la norma, que sólo nace en contacto con un *contexto* real.

Marginal su estudio equivale a hacer ciencia sobre uno de los aspectos de la realidad jurídica. Enfrentarse a la norma, "depurando" los aspectos fáctico-sociológicos y valorativo-filosóficos de su contenido, equivale a tomar como objeto científico algo sin contenido. El texto legal solo *dice* el derecho al fundirse con un contexto real. Hasta entonces su contenido fáctico y su valoración son pura propuesta indefinida (1). El sistema jurídico aparece como radicalmente *abierto*, ya que cerrar sus normas equivale a cegarlas.

(1) N. M. LOPEZ CALERA: *La estructura lógico-real de la norma jurídica*. Madrid 1969, pág. 177.

De ahí que tampoco quepa identificar derecho y ley. El silogismo aplicador de la norma no acerca su contenido a la realidad para *extraer* del supuesto de hecho abstracto la consecuencia oportuna, sino que encubre (al servicio del orden y la seguridad, o de su apariencia...) el momento en que el derecho brota como correspondencia analógica entre la ley y el caso concreto (2), en los que no cabía antes encontrar sino una referencia tendencial. En el paso de ley a derecho hay, por tanto, elementos —fácticos y de deber ser— que afloran hurtando el presunto control silogístico-racional.

En estas condiciones, sólo por un ingenuo prurito de dignificación profesional cabe empecinarse en hablar de “ciencia jurídica” y, en cualquier caso, tal “ciencia” no puede ya garantizar la racionalidad de la praxis que en ella se apoye, sino que —en lo que tiene de ficticia— brinda unas posibilidades óptimas para legitimar la arbitrariedad encubierta.

¿Queda con ello cerrada toda vía para un tratamiento racional del derecho que sirva de apoyo a su racionalización práctica? Sólo si se acepta la identificación positivista entre racionalidad y ciencia se hace inevitable tal consecuencia. Si, por el contrario, se admite una vía racional extracientífica, queda el camino libre para el intento de diseñar sobre nuevas bases un *saber jurídico* racional y racionalizador.

4. Ha de tratarse de un saber cercano a la realidad jurídica y ocupado, por tanto, del derecho positivo. Esto le ha de llevar a someter a estudio no la ley *puesta*, sino el derecho que *positivamente* surge de su realización. La vieja *dogmática* queda así reducida a bastidor y exige el complemento de una tarea *sociológico-jurídica* (3) que refleje la realidad a que la ley hace

(2) A. KAUFMANN: *Das Recht im Spannungsfeld von Identität und Differenz en Recht als instrument van behoud en verandering* (homenaje a Van der Ven). Deventer 1972, pág. 73 y su bibliografía allí citada.

(3) Al alcance de la labor sociológico-jurídica hemos aludido en nuestro trabajo “*Systemtheorie*”: *¿filosofía del derecho o sociología jurídica?* “Anales Cátedra Francisco Suárez”, 1973 (1).

referencia y en la que el derecho cobra vida. Junto a ella es precisa una labor de decantación de las valoraciones contenidas en la ley, que ponga de manifiesto su manipulabilidad interpretativa (un mismo texto pasa a *decir* un derecho bien distinto al modificarse jurisprudencialmente la “ratio legis” que presuntamente le anima), así como un análisis de las valoraciones sobreañadidas en el proceso de concretización y que llegan a alcanzar rango cuasilegal por la técnica del precedente jurisprudencial. Todo ello se convierte en misión primordial de una *filosofía del derecho* preocupada de la dimensión práctica de su objeto (4).

El *saber jurídico* aparece pues como *transpositivo*, en la medida en que se ve obligado a superar el ámbito de la ley para ayudar a la búsqueda de un derecho que ya no es dogma puesto sino verdad deontológica de perfiles siempre provisionales. Ello rompe a la vez su pretendida impermeabilidad respecto a elementos político-jurídicos. Si resulta problemático preguntarse cuál es el contenido de una ley, porque obliga a ir más allá de su texto, sólo tiene sentido preguntar cuál *debe ser* el del derecho, solución analógica siempre perfectible, realidad difícilmente repetible por la fluidez de los polos abstracto-concreto, legal-real, que lo alimentan.

El *saber jurídico* es por ello radicalmente crítico. No busca la certeza en sus resultados, propia de una *ciencia* que se siente capaz de apresar y agotar su objeto, sino que aparece caracterizado primariamente por la búsqueda racionalmente argumentadora y siempre abierta a la crítica, que es propia de la *labor filosófica* (5), siempre insegura de sus logros y siempre urgida a no desmayar en su intento, porque de ello depende el sentido de la existencia humana.

(4) Este planteamiento teórico-práctico del saber jurídico es objeto de la primera parte de nuestro libro *Derecho y sociedad: dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*. Madrid 1973.

(5) ¿Y viceversa? Ch. PERELMAN: *Ce que le philosophe peut apprendre par l'étude du droit en Droit, Morale et Philosophie*. París 1968, pág. 147.

La vuelta a la tradición práctica y racional del saber jurídico implica una vuelta, renovada, a la filosofía del derecho. Esta no puede ser ya la explicitación dogmática de unos principios que se erijan en jueces de la realidad, hasta arriesgarse a degenerar en un saber que ignore su objeto real, sino que ha de acumular los resultados de la argumentación y crítica de las perspectivas concretas e históricas sobre lo justo. Si este saber jurídico es capaz de aportar elementos racionalizadores a la praxis jurídica, no será porque logre eliminar de ella, por el filtro de su *pureza* aséptica, los factores de subjetividad interpretativa (6) y de opción política, sino porque los alumbrará, rescatándolos de las sombras para someterlos a la crítica intersubjetiva.

(6) Sobre ello nuestro estudio *Equity in Spanish Law? en Equity in the World's Legal Systems* (ed. por R. A. NEWMAN). Bruselas, en prensa.