

4. CONSENSO: ¿FUNDAMENTACION TEORICA O LEGITIMACION PRACTICA?*

¿Racionalidad versus legitimación? Justicia como ideología. Consenso: entre relativismo y nihilismo. Verdad científica y verdad práctica. Racionalidad como imperativo ético. Derecho: saber hacer co-existir. Etica, política y derecho. Racionalidad y juicios de valor. Retórica y razón práctica, ¿Etica procedimental o procedimientos éticos?

¿RACIONALIDAD VERSUS LEGITIMACION?

Dos de las teorías jurídicas más influyentes en nuestros días coinciden, partiendo de perspectivas discrepantes, en una doble actitud: exigencia de *racionalidad* en la fundamentación del derecho y —como consecuencia obligada— crítica de los planteamientos que aspiraban a una *legitimación* de lo jurídico mediante su vinculación a la justicia. La ética parece ceder el paso a la razón científica en estos intentos, que se presentan como «liberadores», no tanto porque pretenden sustituir un planteamiento manipulador del derecho por otro de diverso signo, sino porque, al descubrir abiertamente el alcance manipulador de lo jurídico, favorecerían mejor su control. Se trata de sustituir una voluntad que se oculta por otra que, al presentarse sin rebozo como voluntad a secas, plantea como consecuencia la necesidad de una justificación más

* Ponencia presentada con el título *Consenso: ¿racionalidad o legitimación?*, a la III Semana de Etica y Filosofía Política celebrada en Granada, diciembre de 1983.

racional y transparente. El hombre pasaría así de dominado a dominador o —al menos— a conscientemente dominado, al servicio de unos objetivos fijados con su concurso y sometidos en cierta medida a su control.

Tanto la teoría «pura» de Kelsen como el «realismo» de Ross descartan la existencia de una «realidad» cognoscible que desborde lo fáctico: *rechazan la metafísica*. Este sería un claro denominador común de todo «positivismo». Con él enlaza la propuesta de un tratamiento científico, libre de valoraciones, basado en la negación de una realidad axiológica cognoscible, para reducirla a *dimensión volitiva o emocional*.

Ambas teorías testimonian el fracaso del positivismo jurídico en este intento. Para no proponer una ficción claramente insostenible, se desemboca en una justificación de la arbitrariedad, aunque confinándola en ámbitos reducidos. En cualquier caso, pese a esta sensible crisis, el impacto del positivismo jurídico sobre la teoría jurídica es irreversible. Ni la temática *derecho-justicia* —acompañada del clásico problema del derecho natural— ni la explicación de la *tarea judicial*, admiten un regreso simple a planteamientos pre-positivistas. Quizá lo más característico de la reflexión filosófico-jurídica de la postguerra sea el continuo intento de llenar ese doble vacío legado por el positivismo jurídico, asumiendo a la vez su vertiente crítica. Cómo evadirse del estrecho concepto de *racionalidad* propio del positivismo, sin llegar a ser sospechoso de suscribir propuestas de *legitimación* propias del iusnaturalismo, parece ser su obsesión actual.

JUSTICIA COMO IDEOLOGIA

Las dos posturas a que hemos aludido coinciden —desde sus diversos puntos de vista— en dictaminar la falta de racionalidad de toda apelación a la *justicia*. El derecho no tendría nada en común con ella; ni siquiera en pequeñas dosis, intentando asumir un «mínimo ético».

Para Kelsen el concepto de derecho designa una técnica específica de organización social; la idea de justicia, un valor moral (1). La validez del derecho queda desligada de toda legitimación ético-ideológica; el derecho vincula racionalmente por el mero hecho de serlo y no por su mayor o menor correspondencia con instancias ajenas, claramente heterogéneas. El derecho y la justicia no sólo son realidades diversas, sino que resulta dudoso que la justicia tenga «realidad» alguna; más que expresar unos contenidos susceptibles de conocimiento, «la justicia es

(1) H. Kelsen, *Las metamorfosis de la idea de justicia*, en *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, 1951, pág. 247.

un ideal irracional» (2). El problema no radica en la dificultad de precisar cuál sea su contenido, sino simple y llanamente en que su captación sólo puede ser fruto de una creencia y no de una tarea racional. Por otra parte, «la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural» (3). No nos enfrentamos a una cuestión de dosis, sino a si se está o no dispuesto a mantener hasta las últimas consecuencias un tratamiento científico (léase «racional») del derecho.

Las apelaciones a la justicia, por mitigadas que sean, pretenderán —para Kelsen— algo muy diverso: poner en juego una serie de fórmulas de legitimación vacías, de notable arrastre emocional, y ponerlas al servicio de un designio ideológico conservador. Sólo el derecho positivo existente puede proporcionar su enigmático contenido (4). Pero —dejando al margen la posible valencia revolucionaria de tantas apelaciones a la justicia— habría que preguntarse si es el derecho positivo quien rellena vacías fórmulas de justicia, o si las vacías son las normas jurídicas, que sólo llegan a cobrar «sentido» en la medida en que —por cauces más o menos diáfanos— se «positivan» principios y exigencias de justicia.

En la teoría pura se ejemplifica el escollo más duro del positivismo: mientras más fiel logra mantenerse a sus estrictos imperativos de racionalidad, más incapaz se muestra de solucionar problemas. La consecuencia obligada sería una llamada a la resignación, de gran valor ascético pero radicalmente incompatible con los afanes de ajustamiento y de seguridad que presiden las vivencias jurídicas de los ciudadanos. Kelsen acaba reduciendo el derecho a una técnica racional de homologación de contenidos no jurídicos; la opción entre estos quedaría excluida de todo tratamiento racional y abandonada a una arbitrariedad respetuosa con las formas. El derecho deja de ser un intento de control racional de la fuerza para convertirse en la técnica que permite una operación no poco ideológica: que subsista la fuerza sin que la estabilidad de la convivencia social se vea afectada. El precio humano de la operación, como Kelsen pudo personalmente experimentar, es imprevisible.

Los realistas escandinavos renuncian a la ardua empresa de encontrar una fundamentación no axiológica de la validez obligatoria del derecho. Prefieren destapar «realistamente» lo que la teoría kelseniana estilizaba; el derecho no tiene «obligatoriedad» alguna, si por ella se

(2) H. Kelsen, *Las metamorfosis de la idea de justicia* (nota 1), pág. 260.

(3) H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (versión castellana de M. Nilve), Buenos Aires, 1963, pág. 66.

(4) H. Kelsen, «Justicia y derecho natural», en *Crítica del derecho natural*, Madrid, 1966, págs. 44, 57 y 73.

entiende algo diverso a la fuerza —física o moral— fácticamente ejercida. Su actitud hacia la justicia no será, por esto, más benévola; en ellos el rechazo de la metafísica no se ha suavizado, sino que se ha hecho tan estricto que ha sentado al propio Kelsen entre los sospechosos.

«La invocación a la justicia —afirmará Olivecrona— es solamente una forma peculiar de expresar deseos y aspiraciones» (5). Difícilmente se le concederá a la justicia consistencia, más allá de lo puramente emocional, cuando el derecho mismo se ve reducido a un juego de psicología social. El problema, una vez más, no radica en la dificultad de llegar a conocer sus contenidos, o en las vías para poder argumentarlos racionalmente; simple y llanamente no hay nada que conocer ni realidad alguna susceptible de ser argumentada. Para Ross, «invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto»; en estas circunstancias «es imposible tener una discusión racional», porque lo que se ofrece es «persuasión, no argumento» (6).

Tampoco lograríamos mucho, desde esta perspectiva, rebajando las dosis de justicia atribuibles al derecho. El problema es de concepto (abandonar o no un estrecho ámbito de «racionalidad») y no de grado. «La metafísica tradicional comulga con una rueda de molino al enseñar que el derecho positivo meramente cumple el ideal de la justicia en un mayor o menor grado»; «con la misma razón podría argüirse que un perro fue un fracasado intento de crear un gato» (7).

El problema queda teóricamente visto para sentencia. Pero, desde el punto de vista práctico, la consecuencia paradójica es que hasta lo más elemental se convierte en problema. La cuestión radicarán en la importancia que se conceda a la teoría y a la práctica a la hora de organizar la convivencia humana. Condenar al hombre a experimentar resignadamente en la práctica los amargos frutos de su indigencia teórica es una posibilidad; la otra podría ser convertir los problemas prácticos acuciantes en un factor de estímulo para su esfuerzo teórico.

Kant prefirió que la práctica ampliara el campo de juego de la razón antes que esperar de la razón especulativa unas recetas que no podría suministrar; Hobbes había, por el contrario, ofrecido, la consigna de tratar científicamente la práctica humana a la luz de una rigurosa teoría: el que no quisiera condenarse a una guerra de todos contra

(5) K. Olivecrona, *El derecho como hecho* (versión de G. Cortés), Buenos Aires, 1963, pág. 267.

(6) A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (versión de G. R. Carrió). Buenos Aires, 1959, pág. 127.

(7) A. Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho* (versión de J. Barboza), Buenos Aires, 1961, pág. 131.

todos debía actuar racionalmente en consecuencia. Pero las experiencias de nuestro siglo han conmocionado radicalmente el problema; ante determinadas versiones del «orden establecido» la pregunta ¿por qué el orden y no la guerra de todos contra todos? ha llegado a convertirse en racional.

CONSENSO: ENTRE RELATIVISMO Y NIHILISMO

De traumas pasados o presentes no es lógico derivar restauraciones simplistas. Establecer que la justicia existe, que es racionalmente cognoscible y que es ella la que da validez al derecho, porque «si no» la perversión del ordenamiento jurídico podría repetirse, sería optar por un voluntarismo tan irrespetuoso con la metafísica como con la física. El «argumento ontológico» resulta muy convincente, a condición de que se tenga fe. Reflexionar sobre los misterios de la condición humana, poniendo en duda que su razón sea un instrumento sólo hábil para superar en ferocidad a los animales, podría abrir un camino distinto. La experiencia de lo «inhumano» facilitaría esa dosis de confianza suficiente para aventurarse en la arriesgada búsqueda de los perfiles de lo «humano», sin miedo a traspasar en ella los linderos de la física.

Son estas urgencias de la práctica las que autorizan a invertir la carga de la prueba. Se ha abandonado la espera de unos luminosos primeros principios universalmente incontestados, de los que poder derivar todo un mapa de convivencia humana; pero queda aún la propuesta de soluciones concretas y el esfuerzo por fundamentarlas racionalmente. De la irracionalidad y el absurdo se ha pasado a un *relativismo* cuyo alcance recibe diversas interpretaciones: Para unos se trata de encontrar fórmulas capaces de hacer confluir *voluntades*, persiguiendo un alambicado equilibrio racional entre factores irracionales; para otros se trataría de perseguir intersubjetivamente el *conocimiento* de una realidad de difícil alcance, pero en cuya existencia animan a confiar las propias vivencias de lo humano.

Con ello queda abierto un doble problema cuyas implicaciones —gnoseológicas y ontológicas— sería poco riguroso ignorar: a través de qué medios podremos llegar a tales formulaciones, y cuál es su fundamento real; porque no parece muy racional ponerse de acuerdo en formular irrealidades, y menos aún esperar eficaces consecuencias prácticas de tan surrealista operación.

Si no se invierte la carga de la prueba, el *relativismo* se convertirá en *nhilismo*; el difícil tratamiento racional de los valores llevaría a fulminar el dictamen de su inexistencia real. Las consecuencias prácticas son previsibles. Su doble sed de racionalidad y de valores parece

escindir al hombre inevitablemente. Los intentos para evitarlo son variados: hurgar en las limitaciones de la ciencia para llegar a la conclusión —no muy consoladora, por cierto— de que nuestras dificultades para conocer los valores son equiparables a las de cualquier otro ámbito científico; postular la posibilidad de un conocimiento científico de las realidades axiológicas, ampliando lo que fuese preciso el concepto de «ciencia».

Parece abrirse paso, en la práctica, un relativismo moderado que apoya los valores en el *consenso* democrático de la sociedad. Lo racional deja de identificarse con la *ciencia* para hacerse equivalente a *democracia*. La operación que así se consume no debe pasar inadvertida: la misma razón que, hecha ciencia, excluía la realidad de los valores aparece ahora jugando realmente como valor. La discusión sobre *cómo* comportarse racionalmente está obligadamente precedida por la de *por qué* optar por la razón. La opción por la razón refleja toda una imagen del hombre que la ciencia misma no puede fundamentar. Tampoco la democracia puede fundamentar los valores si ella no aparece antes valiosamente fundamentada; el *cómo* comportarse democráticamente implica también una respuesta al *por qué*.

El relativismo no puede servir de fundamento a una ética liberal; es más bien su expresión (8). Para no ser nihilista, ha de limitarse a condicionar el modo de proponer una realidad en cuya existencia previamente confía. Detrás del esfuerzo por fundamentar racionalmente los valores, detrás de la renuncia a imponerlos autoritariamente y del afán por argumentarlos convincentemente (9), detrás del reconocimiento de su indispensable refrendo democrático, no juega la mera sumisión del hombre a un imperativo *procedimental* sino el «reconocimiento» —como postulado *ético*— de una realidad humana que se ha comenzado ya a «conocer». Ningún imperativo científico puede llevar a respetar el hombre; sólo la defensa de lo humano justifica esa opción por la razón que da valor a la ciencia.

Los intentos de llegar a fundamentar convencional o procedimentalmente los valores éticos básicos de la vida jurídica no pueden ocultar que consenso y procedimiento remiten a su vez a valores éticos previos: la libertad y la dignidad no son las consecuencias de un discurso racional, sino que son sus premisas; la igualdad de trato —imposible de lograr sin la tarea jurídica— no es tanto el resultado de tal discurso como su condición.

(8) M. Kriele, *Kriterien der Gerechtigkeit Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus*, Berlín, 1963, págs. 7 y 103.

(9) Ch. Perelman, «Cinq leçons sur la justice», en *Droit, morale et philosophie*, París, 1968, pág. 53.

El punto de partida no es, pues, una opción por la razón, que nos llevaría —de la mano de un obligado relativismo— a la democracia, para fundamentar sobre ella las realidades éticas. Creo, por el contrario, que sólo una convicción ética nos puede llevar a optar por la razón y por sus consecuencias procedimentales.

El entrelazo de legitimación y racionalidad expresa así un modelo antropológico que no se puede fundamentar exhaustivamente ante el tribunal de la ciencia; porque tampoco este tribunal puede hacerse competente sin referirse (al menos ocultamente) a valores. Se trata sin duda de una aporía, tan incómoda como cualquier otra experiencia de la limitación humana; pero disimular las propias limitaciones y empeñarse en ignorarlas no parece una actitud muy «racional».

VERDAD CIENTIFICA Y VERDAD PRACTICA

Intentar aplicar a la praxis humana las categorías de la *verdad* teórica sólo parece posible descendiendo desde las alturas olímpicas de la *evidencia*. Después de la crítica kantiana, la renuncia a ese cómodo expediente se ha convertido en exigencia mínima de «racionalidad»: no cabe descender deductivamente desde evidencias que, en la práctica, sólo son sostenibles a costa de dictaminar la ceguera de los más. La evidencia de los videntes se convierte en un fundamento pírrico a la hora de regular la convivencia entre unos presuntos ciegos que, por definición, no pueden distinguir entre un vidente y un ciego desaprensivo.

No cabe tampoco sustituir en el ámbito de la práctica la evidencia por la *ciencia*. Pretender que se pueda llegar a criterios éticos mediante un conocimiento de la condición humana, empírico y libre de valoraciones, sólo demuestra el grado de acriticismo ante los propios juicios de valor. Es la intensidad de esa convicción la que llega a hacerse, de hecho, «palpable».

La *justicia* no puede entenderse como la aplicación técnica de una verdad científica. Para ser justos habrá con frecuencia que negar la evidencia fáctica y recurrir a la ficción (10). La verdad científica se ha esforzado siempre por captar las cosas —o al menos los «objetos»— en su propia consistencia. Cuando el hombre se esfuerza por ser él mismo nos encontramos ante una peculiar dimensión de la *verdad*. El aserto científico se dirige a una referencia permanente y constante; la actitud ética lucha continuamente con la posible *falsedad* que la libertad lleva

(10) K. Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, München, 1971, pág. 4.

consigo: la posibilidad del hombre de comportarse «inhumanamente». Pero, por peculiar que sea, es una verdad lo que sigue presidiendo ese esfuerzo; no la verdad científica que consigue dominar su objeto, sino la verdad ética que lleva al *autodominio*; no la identificación entre la razón teórica y lo real, sino la *fidelidad* de la conducta humana a su propia humanidad. Se abre, pues, un nuevo ámbito de verdad, que no puede heredarse cómodamente de la teoría —sea cual sea su ambición o modestia especulativa—, sino que es preciso perseguir a través de una búsqueda práctica.

Es decisivo no renunciar a esta búsqueda de la verdad práctica. Kant no se limitó a marcar el techo de nuestra razón especulativa, por encima del cual abandonaríamos toda posible «racionalidad»; reconoció, a la vez, que la razón científica era incapaz de dar sentido a nuestra conducta, de dictarnos qué debemos hacer o de sugerirnos qué podemos esperar. Con ello trazó un suelo por debajo del cual no cabría tampoco «racionalidad», porque perderíamos el sentido de lo humano. La actual ruina de la Modernidad parece responder al respeto devoto del techo teórico kantiano mezclado con el desprecio por su suelo práctico. Así concebido, lo «moderno» degenera nihilistamente hasta hacerse necesariamente inhumano (11).

La captación de la identidad de lo que nos rodea —la verdad científica— no puede sustituir ni resolver por adelantado la lucha —*verdad práctica*— por ser fiel a la propia identidad. Dentro de ella se enmarca la tarea de hacer *justicia*. Entre mi humanidad —a la que debo ser fiel— y las cosas —que mi humanidad me permite dominar— están los otros. La sumisión exclusiva de la propia conducta a los dictados de la verdad científica llevaría fácilmente a tratar a los demás como cosas, y a convertirlos en objeto de dominio técnico. La verdad práctica lleva, por el contrario, a descubrir en ellos una similar humanidad, a respetar su propio esfuerzo de fidelidad renunciando a manipularlos técnicamente, y a esforzarse por lograr un campo de *ajustamiento* del mutuo despliegue de lo humano. Es entonces cuando ha llegado la hora de la justicia.

La identificación de racionalidad y verdad científica convierte la práctica humana en manipulación. El consenso no aparece entonces como imperativo ético de respeto al otro, sino —si acaso— como sugereancia estratégica para el logro de una manipulación compartida. Pero difícilmente motivos estratégicos podrán proporcionar al consejo técnico la universalidad de un imperativo ético; acabará habiendo manipuladores y manipulados, y el hombre mismo se verá convertido en objeto

(11) Sobre esta posible «valencia nihilista» de lo moderno, L. Lombardi-Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, págs. 249 y ss.

de dominación. La justicia, como *verdad* práctica, no puede ser fruto de las recetas técnicas de la ciencia; hará valer otros dictados de la razón; se alimentará de las energías de la *fidelidad ética*, y las hará confluír creativamente a través de un *ajustamiento* social.

Cuando se mantiene la disección entre teoría y praxis propia de la racionalidad científica, cuando se ignora la fusión existencial de razón y voluntad, la justicia no llega a expresar una racionalidad propia. El consenso se reduce a la articulación ortopédica de puntos de partida irracionales y arbitrarios; ya que la irracionalidad práctica resulta inevitable, sería preciso matizarla a través de un proceso de justificación racional de esas opciones (12). De ahí se llega a entender el derecho como arbitrariedad controlada. Para el legalismo este control —exhaustivo— sería capaz de racionalizar la vida social; los positivimos actuales —más resignados— aspiran sólo a confinar suficientemente la arbitrariedad, hasta lograr que no sea lesiva para la convivencia. Lo que ni uno ni otro justifican es la necesidad misma de defender la convivencia; su imposible respuesta convierte quizá esta incómoda pregunta en «innecesaria».

RACIONALIDAD COMO IMPERATIVO ETICO

La *justicia*, como razón práctica proyectada en la vida social, incluye la necesidad de una *fundamentación* racional, pero como exigencia insuficiente y subordinada fruto de un *imperativo ético*. Cuando se capta que el hombre no puede ser fiel a su propia humanidad sin reconocerla en sus iguales, sin enriquecerse en una co-existencia mutua, el ajustamiento de las relaciones sociales ha de ser el resultado de un consenso: de una búsqueda compartida y no de una imposición unilateral. Se excluye la arbitrariedad en el punto de partida, como un atentado a la humanidad propia y ajena. Se asume la fundamentación racional de las propuestas prácticas, pero como expresión de una exigencia ética que es mucho más que estrategia metodológica. Esta fundamentación se revela a la vez como insuficiente.

No basta con adosar a la voluntad arbitraria un control postizo, para que se produzca el ajustamiento social. Es el impulso ético de *co-existencia* el que empujará a un ajustamiento del que la fundamentación racional es el requisito mínimo; algo que marca la frontera con la falsedad, sin ser capaz de garantizar verdad alguna. Sólo la opción ética por el hombre encamina a la verdad práctica, llenando de contenido los linderos formales de la razón científica.

(12) Ch. Perelman, *De la Justice*, en *Justice et raison*, Bruxelles, 1963, págs. 76-80.

La caracterización del derecho como *mínimo ético* no debe oscurecer su inserción en este proceso de búsqueda de la verdad práctica. El *ajustamiento* al que apunta, es, sin duda, menos exigente éticamente que la *fidelidad* moral; pero deducir de ahí que podría lograrse mediante mecanismos meramente formales, privados de contenido ético, sería un grave error. Sin controles formales no hay ajustamiento posible; pero con sólo ellos se produciría un ajustamiento aparente e irreal, logrado con frecuencia a costa del respeto a la humanidad, que es precisamente lo que justifica aquellos controles.

Quizá sería más claro hablar del respeto a un *mínimo racional*, ya que el ajustamiento jurídico lo implica como exigencia de su impulso ético; la insistencia en el derecho como «mínimo ético» podría hacer desaparecer, por innecesario, ese impulso. Una noción puramente formal de justicia, algo así como una variable matemática (13) de las diversas concepciones históricas vigentes, podría ayudarnos a fijar ese mínimo armazón racional, pero si nos quedamos ahí faltará el contenido ético que el derecho exige. Es preciso adentrarse en la búsqueda de contenidos, superando el mero respeto a los cauces formales para proponer, prudencialmente, la substancia que los libre de convertirse en vehículo de la arbitrariedad. Aquí radica, sin duda, la dificultad de empeño, porque la racionalidad científica se hace insuficiente y resulta ya imposible no desbordar los límites de lo empírico. Pero de poco servirá limitarse a proclamar igualdades y semejanzas si no se propone arriesgadamente su alcance concreto (14). La finalidad del derecho es, precisamente, lograr esta «materialización» concreta de las exigencias formales y abstractas que componen el mínimo racional de la justicia.

Todo esto nos pone de relieve los riesgos de una concepción cerradamente normativista del derecho: que llegue a rebajar su mínimo ético hasta reducirlo a ese *mínimo de racionalidad* formal. Junto al control formal (que opone a la arbitrariedad la regularidad de la norma) ha de jugar el acto prudencial (que delimita los contornos precisos del ajustamiento del caso concreto); todo ello ha de estar presidido por la fidelidad a lo humano que anima el impulso ético (15). El rigor en el control formal no debe, por esto, relajarse; se trata de presentarlo como lo que es; la expresión de uno de los ingredientes éticos del ajustamiento

(13) Ch. Perelman, *De la Justice* (nota 12), pág. 25.

(14) Ch. Perelman marca esta diferencia entre justicia formal y doctrina de la justicia, *Cinq leçons sur la justice* (nota 9), pág. 15.

(15) Ch. Perelman considera la «regla justa» como exigencia filosófica, el acto justo» como tarea jurídica, y el «hombre justo» como repulsa religiosa de lo inhumano. Los tres elementos se habrían fundido en la tradición occidental hoy secularizada —«La idea de justicia en sus relaciones con la moral, el derecho y la filosofía», en *Crítica del derecho natural* (nota 4), págs. 183-186.

de las relaciones sociales. Gracias a este control se obstaculizará cualquier discriminación y se verá facilitada la consolidación de expectativas sobre la conducta ajena. Absolutizar los elementos formales sería afirmar la seguridad en perjuicio de otros valores, e imponer así, bajo capa de «formalismo», una peculiar doctrina ética.

No es raro, pues, que en la *búsqueda jurídica* de la verdad práctica se vean reflejados rasgos de la *racionalidad científica*. Sería equivocado, sin embargo, convertir esta afinidad (de claro trasfondo axiológico) en identificación. El derecho no puede, ni debe, ser mera ciencia. El que busca una solución ajustada ha de motivar su propuesta y convencer de que es la más razonable; pero todo ello por respeto a la humanidad de sus iguales, y no por mera exigencia científica. Es lógico que, aunque se vea obligado a desbordarlos, asuma para ello los esquemas de la racionalidad científica. La afinidad se hace hoy más llamativa, en la medida en que la propia filosofía de la ciencia va desmitificando el alcance efectivo de sus mecanismos (16).

DERECHO: SABER HACER CO-EXISTIR

La relevancia jurídica de este problema es obvia. No es difícil descubrir su presencia bajo actuales planteamientos de filosofía jurídica que, más que aspirar al logro de un saber sobre el derecho, van desvelando que la actividad jurídica consiste ella misma en un peculiar afán de saber.

La concepción del derecho como el esfuerzo de esa razón práctica tropieza con una aparente aporía. Por una parte, la actividad jurídica encierra siempre una dimensión radicalmente «judicial»; implica un juicio. Esto no es nada llamativo, tratándose de un saber. Pero, por otra parte, los elementos característicos de los saberes modernos parecen huir cuando examinamos de cerca la tarea jurídica. Un saber riguroso exigirá conectar tres factores: existencia de una realidad *objetiva*, posibilidad de una captación de su contenido garantizadamente *racional*, despliegue de sus implicaciones con ayuda de la *lógica*. Es aquí donde el «saber» jurídico (*el derecho como saber*) se convierte en radicalmente heterodoxo. Su dimensión de *historicidad* lleva a cuestionar en qué medida es expresión de una verdad real; su carácter práctico no puede disimular el juego siempre presente de una *decisión* de problemática racionalidad; su dinamismo vital parece responder más a una exigencia *teleológica* que a imperativos de rigor lógico.

(16) No es extraño que se detecten paralelismos entre la metodología popperiana ensayo-error y el habitual proceder judicial. R. Zippelius, *Zur Funktion des Konsenses in Gerechtigkeitsfragen*, en *Gestschrift H. J. Bruns*, Köln, págs. 6-8.

El saber moderno está marcado por un profundo tono pragmático; de ahí deriva su peculiar planteamiento de la *relación teoría-praxis*. En principio, su «saber para poder» parece facilitar la afinidad con una realidad como la jurídica, en la que los elementos meramente contemplativos resultan menos relevantes. Pero —siguiendo con las paradojas— el derecho, en su actividad cotidiana, resulta difícilmente traducible a esa conexión que el saber moderno persigue: aplicar la información teóricamente adquirida hasta obtener unos resultados útiles. El derecho, en efecto, pretende establecer un nexo entre una realidad social actual y otra futura corregida. Cualquier intento de explicar esta conexión como una mera *aplicación* de modelos relativos a la realidad social, proyectándolos técnicamente hacia el futuro, traiciona lo que realmente ocurre cuando el derecho se está *haciendo*.

La realidad jurídica hace resaltar lo imposible de ese empeño. Si nos empeñamos en mantener a ultranza la existencia de modelos racionales válidos, nos veremos empujados a un *racionalismo ahistórico* que tendría consecuencias negativas. El «tendría» es obligado, porque el jurista —por virtud o por mera deformación profesional— tiende a ser «prudente» y suele conformarse, a lo sumo, con mantener las apariencias: rinde culto a la verdad teórica, simulando que el resultado exigido por los conflictos a solucionar es precisamente la fiel «aplicación» del modelo racional establecido. Cuando, por el contrario, se intenta diseñar al derecho como una mera técnica de solución de conflictos, libre de ataduras teóricas, nos vemos empujados a un *decisionismo arbitrario*. Esta situación puede, en muchas ocasiones, reflejar una triste realidad, pero no por ello es menos contraria a lo que los ciudadanos estiman que el derecho es, a lo que justifica su existencia y a lo que les mueve a sentirse obligados por sus mandatos.

El derecho es un saber; emite juicios sobre la realidad. Pero no *aplicando* traslativamente recetas previas, sino *buscando* en la realidad social actual los perfiles de otra realidad, implícita en ella y capaz de reajustarla de modo más humano. No se trata de *deducir* conclusiones a partir de una teoría consagrada, sino de *descubrir* —alumbrándolas en un peculiar «saber hacer»— las exigencias de la vida práctica. La actividad jurídica no puede, ni debe, limitarse a encarnar la metodología de un *saber* científico, sino que, de forma más o menos desmañada, se esfuerza por dar paso a una peculiar *sabiduría*, que —en su versión clásica— aparece como una sensatez (17) teórico-práctica. El artificio aplicativo da paso en el derecho, una y otra vez, a una mutua implicación de teoría y praxis, llena de riqueza humana, y de riesgo.

(17) La propia filosofía jurídica ha de reflejar este carácter del derecho, planteándose como «saggezza» más que como «sapienza». S. Cotta, *Primi orientamenti di filosofia del diritto*, Torino, 1966, pág. 27.

El derecho pretende, pues, expresar una verdad objetiva; pero, para lograrlo, no puede encerrarse en los límites estrictos de la racionalidad moderna. Se trata de emitir un *juicio* que pretende ser *verdadero* en la medida en que exprese *objetivamente* la solución *lógicamente* (léase éticamente) exigida por la propia realidad de las cosas (18). El derecho no posee, aplica, ni despacha verdades, sino que invita incesantemente a la búsqueda, siempre provisional, del ajustamiento verdadero de la co-existencia humana. Así hay que entender también al derecho natural, expresión clásica de la verdad jurídica. No como un cúmulo de afirmaciones, capaces de responder a todas nuestras preguntas, sino como una pregunta radical, que no se conforma con saber *cómo* es el derecho sino que se siente obligado a preguntar en *qué* debe consistir en un caso concreto. Lo «natural» aparece más como exigencia que como un objeto acabado; no es un punto final sino una propuesta que el hombre ha de positivar. El derecho *natural* se inserta así en la historicidad radical del derecho *positivo* que, a su vez, sólo la conserva viva en la medida en que se mantiene abierto a esas exigencias naturales (19).

Ningún derecho puede ser analizado como un *objeto* hermético y acabado; no es posible estilizarlo hasta hacerlo asépticamente manipulable por el sujeto. Hemos de adentrarnos en él como en una *experiencia* a la que no somos ajenos: la búsqueda de un ámbito de co-existencia que nos ponga a cubierto de nuestra inseguridad existencial.

ETICA, POLITICA Y DERECHO

Desde esta perspectiva el derecho deja de reducirse a instrumento técnico del decisionismo estatal; aparece —junto a la política— como un intento de solucionar un problema que les es común: el establecimiento de la relación adecuada con un «otro», que aparece ante el yo a la vez como enriquecimiento y como amenaza. Tanto la *política* estatal como el *derecho* diseñan una experiencia peculiar de relación con el otro; diversa de la armonía espontánea de la *amistad*, o de la apertura a lo universal a través de la *caridad*.

La política aspira a controlar la *fuerza*, manteniéndola en la periferia de la relación con el otro; el derecho, aunque comparte su *dimensión organizativo-institucional*, no se reduce a mero instrumento a su

(18) G. Capograssi, «Giudizio, processo, scienza, verità», en *Opere*, Milano, 1959, t. V, pág. 66.

(19) Cfr. S. Cotta, «Giusnaturalismo», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1969, pág. 519; J. Delgado Pinto, «Derecho, historia, derecho natural», *Anales Cátedra Francisco Suárez*, 1964 (4/2), pág. 159; A. Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1957, pág. 31.

servicio, porque persigue algo diverso. El derecho intenta dar paso a la co-existencia humana mediante una coordinación estable; no se conforma con suturar particularismos, sino que intenta dar paso a un ámbito común, basándose en la *razón* y no meramente en la fuerza. Esta diferencia se difumina cuando se malentiende la realidad jurídica, identificándola con una de sus dimensiones necesarias, pero subordinada: la organizativo-institucional, que comparte con la política; o cuando —olvidando que es radicalmente ajuste prudencial: *justicia*— se lo intenta «superar» convirtiéndolo en confianza amistosa o entrega caritativa (20).

El sentido del derecho consiste, precisamente, en permitir al hombre una auténtica convivencia con sus semejantes; algo bien distinto de la obligada *coincidencia* bajo imperativos de fuerza, o del arriesgado *abandono* a la benevolencia ajena. Se trata de una *co-existencia garantizada* suficientemente. No cobra la riqueza propia de la relación amistosa o mística, pero sí supera en humanidad a la inclusión disciplinaria en un todo, en el que se desaparece como persona. Plena autonomía personal en una insoslayable referencia al otro —algo que no puede darse ni en un idilio ni en un desfile— dan sentido a los esfuerzos de la sensatez jurídica.

Gracias a ese ámbito de co-existencia garantizada, el hombre podrá llevar a cabo con efectividad determinados proyectos. En esto consiste la dimensión positiva de lo jurídico, acompañada siempre de un reverso limitativo. Si el hombre pudiera desarrollar ilimitadamente su insaciable capacidad de proyectarse, si esto no le llevara a entrar en colisión con el ejercicio de similar capacidad por parte de los demás, el derecho sería superfluo. No es extraño que las antropologías que confían en la posibilidad de lograrlo —bien por vía tecnocrática (Comte) o mediante una reestructuración económica (Marx)— coincidan en ello. Porque esto no es posible, surge la necesidad de un ajustamiento de relaciones, que dé efectividad a un sector significativo de los proyectos existenciales del hombre. El derecho aparece como el intento de dar paso a un «saber» co-existir, y de garantizarlo a grandes rasgos. Su diseño tendrá, como consecuencia, una ineliminable dimensión ética.

RACIONALIDAD Y JUICIOS DE VALOR

¿Qué tipo de saber encierra ese prudente «*saber hacer*» propio del derecho? ¿La práctica jurídica aspira a «*conocer*» una realidad objeti-

(20) Un interesante despliegue de estas mutuas relaciones en S. Cotta, «Sul rapporto tra politica e diritto», en *Itinerari esistenziali del diritto*, Napoli, 1972, págs. 78-102.

va? ¿Puede entenderse la *actividad* jurídica como el intento de llegar a su expresión *verdadera*?

La respuesta afirmativa obligaría a superar el no-cognotivismo y a esquivar la denuncia de falacia naturalista: a mostrar la posibilidad de un auténtico conocimiento —de emitir juicios «verdaderos» (21)— sobre una «realidad» que «debe ser», y explicar cómo es posible pasar de un «ser» real a una consecuencia deóntica.

Desde una perspectiva clásica, se entiende el deber-ser como un género del ser, como algo que puede también ser o no ser; el enunciado que afirma que «es» merecerá el nombre de «verdadero» en la medida en que constate una auténtica realidad (22). Pero no siempre se comparte esta posibilidad de expresar el enlace ser-deber ser utilizando los instrumentos de la lógica ordinaria; incluso desde perspectivas cognotivistas, se ha señalado la necesidad de buscar lógicas diversas (23).

Esta necesidad de «ampliar» la *lógica* ha sido especialmente analizada por Perelman, que propone la rehabilitación de una disciplina olvidada: la *retórica*, a medias entre el razonamiento lógico formal y la mera sugestión psicológica (24). Se trataría de argumentar convincentemente, al no ser posible demostrar racionalmente ni deseable persuadir irracionalmente. No acudiríamos con ello a un recurso de emergencia con el que remediar taras lógicas, sino que pondríamos en juego la «lógica» adecuada para plantear *juicios de valor*. Esto nos permitirá manejar racionalmente discursos deliberativos, una de cuyas virtudes (no defectos) es esa ausencia de univocidad en el lenguaje que remite a una fecunda ambigüedad; ni racionalismo ni positivismo pueden aportar nada en ese campo.

La noción de verdad resultaría inservible, cuando lo que se trata de alcanzar es una decisión racional; decidir supone elegir y esto sólo le parece obligado cuando la ignorancia impide saber con exactitud a qué

(21) G. Kalinowski ha planteado con especial detenimiento si caben juicios jurídicos verdaderos y cómo dar paso a su «verificación», *Le problème de la vérité en morale et en droit*, Lyon, 1967, págs. 9, 210 y 224.

(22) G. Kalinowski, *Obligaciones, permisos y normas* (texto conferencia pronunciada en la Universidad de Valencia), págs. 6 y 7. U. Klug mantiene también la identidad de los juicios jurídicos y los relativos a la realidad, aunque desde una perspectiva diversa: ambos incluyen presupuestos no comprobables, «Thesen zu einem kritischen Relativismus in der Rechtsphilosophie», en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen, 1968, pág. 104.

(23) G. Carcaterra, *Il problema della falacia naturalistica*, Milano, 1969, págs. 609 y 611.

(24) Para lo que sigue, Ch. Perelman-L. Olbrechts Tyteca, *Logique et rhétorique*, en *Rhétorique et Philosophie. Pour une théorie de l'argumentation en philosophie*, Paris, 1952. Cfr. también la relación que, desde diverso enfoque, establece A. Ross entre «argumentación» y «persuasión», *Sobre el derecho y la justicia* (nota 6), págs. 303 y 305.

atenerse. La solución consistiría en disociar *razón* y *verdad* (25). Hay que ampliar el concepto de razón, haciéndolo capaz de algo más que descubrir la verdad y el error: justificar lo no demostrable, colmando el vacío que deja la inviabilidad de la evidencia en el ámbito de la práctica (26). Característico de este tipo de discurso deliberativo es precisamente el razonamiento jurídico.

El juez se ve obligado a justificar su decisión evitando la arbitrariedad. Su tarea no puede llevarla a cabo limitándose a una simple deducción silogística a partir del texto legal. Aunque sometido a reglas, ha de decidir; pero debe hacerlo de modo que su elección sea «racional» (27). Al contar con la justificación argumentativa como vía de «razón práctica», el juez no se ve abocado a esa arbitraria discrecionalidad que le asignaba Kelsen (28), dando paso a un decisionismo aunque supuestamente limitado. En este peculiar tipo de discurso fundamentador de decisiones consistiría realmente la tan traída y llevada *lógica jurídica* (29). Se habría abierto así una vía media entre racionalismo mecánico e irracionalismo arbitrario.

RETORICA Y RAZON PRACTICA

La «retórica» resulta, sin duda, de gran interés como instrumento de *consenso* intersubjetivo, pero Perelman no llega a abordar al problema metafísico radical, dada su indisimulada alergia a esas oscuras profundidades. ¿Se trata de *construir* una fundamentación para una decisión sin base real alguna? ¿Se pretende, más bien, *descubrir*, a través de una búsqueda intersubjetiva, un fundamento real de problemática captación? (30). Su actitud parece más cercana a la primera posibilidad que a la segunda, aunque el dilema queda en una discreta penumbra.

La clave radica en que maneja una concepción débil, meramente

(25) Ch. Perelman, «Ce que la philosophie peut apprendre par l'étude du droit», en *Droit, morale et philosophie* (nota 9), págs. 139 y 146.

(26) Ch. Perelman, «Jugements de valeur, justification et argumentation», en *Justice et raison* (nota 12), págs. 236 y 237.

(27) Ch. Perelman, «Le raisonnement juridique», en *Droit morale et philosophie* (nota 9), págs. 85, 92 y 93. Una crítica de la presunta subsunción jurídica en F. Haft, *Juristische Rethorik*, Freiburg, 1978, pág. 153.

(28) Ch. Perelman, «La théorie pure du droit et l'argumentation», en *Droit morale et philosophie* (nota 9), pág. 97.

(29) *Logique et rhétorique* (nota 24), pág. 13.

(30) Ch. Perelman parece unir la idea de «descubrimiento» con rechazables planteamientos basados en evidencias racionales; pero la defensa apasionada de la libertad, que sirve de trasfondo antropológico a su teoría, parece contradecir su afirmación de que el rechazo de criterios objetivos revaloriza la libertad, «Liberté et raisonnement», en *Rhétorique et philosophie* (nota 24), págs. 45 y 46.

lógica, de *verdad*. La entiende sólo como un atributo del conocimiento y no en sentido fuerte, como la realidad *ontológica* que sirve de fundamento a sus juicios. No podemos «conocer» —ni teórica ni prácticamente— irrealidades. La retórica no será mero espectáculo (31) sólo si nos ayuda a captar una realidad incuestionable; la problemática y cuestionable sería la vía de su conocimiento. No hay, pues *razón práctica* propiamente dicha, si no se admite una *verdad práctica*. La verdad del derecho no estriba sólo en un esquema procedimental a respetar *en* el desarrollo de la actividad jurídica, sino en una realidad que fluye históricamente *tras* ella (32).

Por debajo de la necesidad de una argumentación convincente, que impida la reducción del derecho a puro fenómeno de fuerza, late la dimensión real de la actividad jurídica como tarea *prudencial*: como desvelamiento respetuoso de una realidad co-existencial (33) de la convivencia humana. Buscar la solución ajustada de un caso supone esforzarse por alumbrar en él la dimensión histórica del hombre como ser-con-los-otros. La retórica supera la pura sofística sólo en la medida en que se convierte, junto a la lógica, en una vía de acceso a la realidad ontológica de la existencia humana.

¿ÉTICA PROCEDIMENTAL O JUICIOS DE VALOR?

¿Cuál es, pues, el auténtico sentido del juego de los mecanismos procedimentales en la actividad jurídica? La relevancia del procedimiento en la dinámica del derecho es obvia, pero sus implicaciones pueden responder a dos filosofías básicas bien distintas.

Los controles procesales pueden entenderse como garantías que auxilian en la búsqueda de la verdad objetiva a esa razón práctica, que —por prudente— desconfía de sus propias evidencias. El afán ético por salvaguardar al otro de las consecuencias de la propia limitación justificaría esta apoyatura.

Cuando, por el contrario, el relativismo gnoseológico se radicaliza, lleva a un vaciamiento ontológico: ya no hay verdad objetiva alguna susceptible de ser buscada. El procedimiento deja de ser instrumento auxiliar para erigirse en fundamento. La justicia no es ya una realidad valiosa prudencialmente captable, sino la expresión de unos valores arbitrariamente queridos. El consenso deja de ser síntoma racional de

(31) Ch. Perelman rechaza esta posibilidad, analizando el género oratorio «epidíctico», *Logique et rhétorique* (nota 24), págs. 13 y 14.

(32) Cfr. E. Fechner, «Wahrheit und Recht», en *Die Wissenschaften und die Wahrheit* (ed. por K. Ulmer), Stuttgart, 1966, págs. 122 y 125-127.

(33) Un detenido análisis en S. Cotta, «La coexistencia como fundamento ontológico del diritto», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1981 (2), págs. 262 y ss.

verdad para erigirse en «verdad» voluntariamente convenida. No servirá de apoyo a una justicia objetiva capaz de brindar legitimación a las decisiones, sino que suplirá su ausencia animando a resignarse con la *racionalidad* del procedimiento.

La pregunta filosófica radical sigue siendo, ¿por qué el consenso? Lo cual, paradójicamente, equivale a preguntarse por la *legitimación de la racionalidad*. Lo ético se muestra como previo a lo procedimental. El *consenso* sólo resulta obligado en la medida en que aparece como expresión de una *verdad* previa que le confiere sentido: la dignidad humana, que descarta la imposición expeditiva de evidencias propias y obliga a preservar al otro de la personal indigencia racional.

Hobbes parece asumir la dimensión ontológica de esa prioridad, al mantener un lenguaje iusnaturalista. El consenso, plasmado en el pacto social, resulta vinculante gracias a la ley natural, que obliga a respetar los acuerdos. Habría que repetir hoy su actitud, si sólo se quiere admitir la existencia de ese «mínimo ético» capaz de legitimar los mecanismos procedimentales. Parece como si la filosofía jurídica —que lucha por superar el positivismo sin ser sospechosa de iusnaturalismo— admitiera de nuevo, públicamente, ese mínimo de iusnaturalismo capaz de legitimar el positivismo.

La denuncia que el realismo escandinavo dirige al positivismo, tachándolo de metafísico, resultaría así corroborada. Kelsen prefirió resignarse a una artificiosa autofundamentación; su norma básica fingida parece fundamentar todo el edificio jurídico sobre un enigmático «ignoramus». Tampoco el mínimo de derecho natural a que alude Hart es propiamente «iusnaturalista»; no ofrece legitimación alguna, sino que se limita a calibrar el máximo de resistencia física del hombre sometido a la opresión.

No basta con postular un consenso que suplante a la verdad. Admitir sólo el mínimo de realidad objetiva necesario para fundamentarlo sería incurrir en el despropósito hobbesiano. O bien existe una realidad objetiva, que condiciona nuestro querer, o hemos de edificar sobre la arbitrariedad. «Decidir» que sólo existe ese mínimo de realidad necesario para que el consenso pueda ponerse en marcha equivale a incurrir en la peor de las arbitrariedades: la que se disfraza ideológicamente de racional.

La dignidad humana aparece como la realidad objetiva capaz de legitimar el consenso racional. Admitir su existencia obliga a asumir el condicionamiento global de toda la realidad aunque resulte más amplia; su búsqueda es lo que dará sentido al actuar humano. Los imperativos de *racionalidad* son sólo un aspecto *mínimo* de la dimensión ética que la búsqueda jurídica ha de mantener de continuo para no perder su *legitimación*.

ANDRES OLLERO TASSARA

**Derechos humanos
y metodología jurídica**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
MADRID, 1989