

Derecho y Razón Práctica

Andrés OLLERO

Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España)

1. DEL VOLUNTARISMO JURÍDICO A LA RAZÓN PRÁCTICA
2. UN DERECHO QUE DA LA RAZÓN
3. LA ACTIVIDAD JURÍDICA COMO FILOSOFÍA PRÁCTICA
4. JUDICIALIDAD RADICAL DEL DERECHO
5. ELECCIÓN DEL MÉTODO Y ARGUMENTACIÓN
RETÓRICA

En la Modernidad se intenta sustituir el protagonismo de la justicia, como punto de referencia de lo jurídico, por el de la seguridad. El derecho se va entendiendo como mera expresión de la voluntad del que manda, que convertiría en jurídicas las exigencias que estimara convenientes. Deja pues de apoyarse en la posible captación racional de unas exigencias objetivas, que el que manda promulgaría porque, siendo ya jurídicas, las reconoce como tales. El derecho deja de apelar a la razón y se conforma con armarse de voluntad. Paradójicamente, la única actitud racional (o sea, científica) acabará consistiendo en asumir que el derecho es voluntad legítima y no dictamen razonable. La ciencia jurídica enseñaría a manejar racionalmente, sin irracionales excursos morales, lo que haya querido el que ha sido formalmente habilitado para ello.

La justicia aparecía sumida en el contexto incierto y conflictivo propio de los debates morales, mientras la seguridad se conformaba con hacer posible que el ciudadano supiera a qué atenerse, a la hora de calibrar las consecuencias de sus actos. La versión racionalista del derecho natural intentará aún diseñar un sistema de justicia 'more geometrico', pero el modelo de racionalidad científico-positivista acabará imponiéndose. Su ambición es sustituir un incierto *derecho* no escrito por una *ley*, de contenidos claros, susceptible de ser aplicada científicamente. Bentham esbozó incluso una ciencia de la legislación, que convertiría a los textos legales en expresión de cálculos utilitaristas empíricamente constatables; pero, aunque vendió algún que otro código, no consiguió por esa vía hacer entrar definitivamente en razón a los soberanos de turno.

La racionalidad llevaba paradójicamente a prescindir de la justicia, a la vez que le ofrecía un sustitutivo: el manejo técnico del texto legal, aséptico respecto a opciones políticas o morales. Éstas ya habrían encontrado en el momento legislativo amplia oportunidad de introducirse en el debate;

prolongarlo ahora sería sumir en la irracionalidad a la práctica jurídica, lesionar la seguridad del ciudadano y traicionar la legitimidad política de todo el proceso de creación de derecho. Analizar científicamente lo jurídico sabrá a poco; habrá también que convertir a la misma praxis jurídica en una actividad científicamente racional.

Tan ambicioso empeño acabará fracasando, no porque se lo considere éticamente indeseable, sino porque -salvo que se cierren tozudamente los ojos- se mostrará en la práctica inviable. Será ese carácter predominantemente escrito del derecho, en el que tantas esperanzas se habían depositado, lo que contribuya decisivamente a ello. Todo texto exige ser leído, operación en la que emergerán dos problemas. Por una parte, el obligado paso de la generalidad de los supuestos legales al carácter concreto de los casos con los que se los acabará relacionando. Por otra, la tensión entre dos horizontes interpretativos situados en momentos históricos inevitablemente distantes: el de la creación de la ley y el de su aplicación.

La proyección de la hermenéutica existencial de Gadamer¹ sobre el derecho resultará esclarecedora; pero incluso desde una perspectiva tan distinta como la del empirista 'realismo' del escandinavo Ross² se hará también hincapié en cómo el juego de texto y contexto gravita en toda lectura a la hora de precisar su sentido. "El contexto no es aprehendido en forma simultánea, sino sucesiva. Cuando leo un libro, no es verdad que no atribuya ningún significado a la primera frase hasta que he leído toda la obra. Pero, de todos modos, el contexto es co-determinativo. Ocurre a menudo que mi comprensión de las primeras páginas del libro ha cambiado cuando lo termino

¹ He estudiado la hermenéutica de Hans Georg GADAMER en más de una oportunidad; por ejemplo, *¿Tiene razón el derecho?* Madrid, Congreso de los Diputados, 2006, 2ª edición, págs. 159 y ss.

² *Sobre el derecho y la justicia*; cito por la edición de Buenos Aires, Eudeba, 1963, págs. 114-115.

y comienzo a leerlo de nuevo. Tiene lugar una curiosa 'vibración interpretativa'. Mi comprensión de las primeras frases co-determina la comprensión de las siguientes. Pero mi aprehensión del libro en su totalidad, que surge como resultado, puede tener un efecto retroactivo modificador que influye sobre mi comprensión de las frases individuales, y esto, a su vez, ofrece la posibilidad de que mi concepción del todo pueda resultar cambiada, y así sucesivamente".

Ante este panorama, sólo caben dos opciones. Los escandinavos se negarán a considerar científica (y por tanto racional) a una dogmática jurídica condenada a actuar como si cupiera leer un texto legal de una vez por todas y sin apoyarse en juicio previo (prejuicio...) alguno. Sólo nos quedaría la *ciencia empírica* como vía de manejo racional del derecho; a ello se aplicaron con su aire de juristas que juegan a sociólogos. La alternativa a oponerles sería reconocer que el modelo de racionalidad de la ciencia positiva sirve para lo que sirve, pero no puede arrogarse el derecho de considerar irracional la captación de todo aquello para lo que no sirve; que casualmente es lo que al humilde mortal más le acaba importando: lo que expresa el *sentido* de su existir y de su convivir.

No es fácil describir con más realismo que el texto antes citado lo que se ha dado en llamar *circularidad hermenéutica*. Al interpretar un texto jurídico se parte inevitablemente de una pre-comprensión, intuitiva y pre-reflexiva, que dará luego paso -en un segundo momento...- a su contraste con lo que solemos caracterizar como *fuentes* del derecho. Éstas no aparecen ya, por tanto, como un elemento primario destinado a ser aplicado, sino como piedra de toque de algo que ya había comenzado a encontrarse. Obviamente de todo ello se desprende una relativa e inevitable *retroactividad*, que obliga a replantear con mayor modestia las esperanzas de seguridad jurídica que se habían barajado. El papel de la norma jurídica no será despreciable, ni

tampoco el del *principio de legalidad*; pero pretender consumir gracias a ello la sustitución de la justicia por la seguridad no iría más allá de la mera apariencia, sólo útil para generar una irracional y acrítica aceptación de la norma. La interpretación del derecho se hace inevitable, traduciéndose en una jurisprudencia evolutiva que será la dueña del sentido real de la letra legal; o sea, del derecho mismo. Como consecuencia, el respeto al principio de legalidad resultará tan indispensable como insuficiente.

Se consideraba que perseguir un derecho identificado con la justicia objetiva condenaba a enredarse en una maraña de percepciones subjetivas. Se precisaba pues una objetivación formal e institucional de ese proceso valorativo, que garantizara al menos una plausible intersubjetividad. Tal es la función que cumple la norma -y de modo particularmente relevante la ley- dentro de ese ineliminable proceso de positivación del derecho, que podríamos caracterizar como *positividad en cadena*. El texto normativo permitirá a los ciudadanos, de manera limitada pero insustituible, coordinar sus conductas evitando el conflicto. Cuando éste acaba surgiendo, podrán al menos contar con expectativas de relativa fiabilidad sobre la futura 'cosa juzgada' que lo acabe solventando.

Este diseño de *metodología de la praxis jurídica* ('Methodenlehre', para los alemanes) acabó ofreciendo un apoyo limitado. Las *lagunas* de la ley resultan inevitables y el alcance de la creatividad judicial no siempre será previsible. Autoconvencerse de que disponemos de un método de aplicación meramente técnica, capaz de brindarnos certeza y seguridad, no sería sino encubrir con una máscara *ideológica* la práctica jurídica real, maquillándola.

1. DEL VOLUNTARISMO JURÍDICO A LA RAZÓN PRÁCTICA

El derecho pasaría pues a entenderse no ya como saber autorizado sino como mero instrumento de la *voluntad estatal*. Esta concepción de lo jurídico

como acto de voluntad, expresivo de las decisiones de quien ostenta el poder, estuvo ligada en sus orígenes hobbesianos a un *absolutismo* político, con aires de teocracia secularizada. Tanto el derecho natural racionalista como el cálculo utilitarista, que acaban sirviendo de matriz teórica a las codificaciones, plantearon por el contrario el derecho como una actividad racional -lógica y cuasigeométrica o aritmética- expresiva de un saber especializado. Más tarde, los ordenamientos jurídicos propios de la *democracia constitucional* se basan ya en un sometimiento de los poderes públicos no sólo a la ley sino también al derecho; un derecho que, lejos de identificarse con la ley, deja junto a las normas campo abierto al juego bien diverso de los principios. Éstos implican, a poco que se reflexione sobre su funcionamiento, el reconocimiento de una *razón práctica* capaz de desarrollar, más allá de un rudo voluntarismo, una determinada concepción de la justicia.

Se quiera o no, esta rehabilitación de la razón práctica lleva consigo una recuperación del clásico *derecho natural*. Por más que el dualismo derecho-ley resucitara en la posguerra mundial, no aportaba nada muy distinto de lo ya diagnosticado siglos antes por Tomás de Aquino³: "que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho". Se ha decidido pues abandonar el voluntarismo jurídico para reabrir paso a una clásica querencia cognotivista. Todas las normas que integran el ordenamiento han de ser *razonablemente* interpretadas del modo más favorable para unos derechos, que ellas no logran por sí solas explicitar pero que la Constitución ampara y garantiza.

³ Tomás de AQUINO trata de ley y derecho, entre otros pasajes, en *Summa Teologica* II.II, q.57, art.1, ad 2; como hablará de la prudencia en II.II, q.47, art.5, ad 3 y q.49, art.1, y también en I.II, q.91, art.3, ad 3; cito por la edición de Madrid, BAC, 1956, t.VIII, págs.

El derecho natural, estridentemente expulsado por la puerta, acaba así volviendo a entrar -confesadamente o no- por la ventana. No en vano se llegará a reconocer que una *Constitución* no es sino la frontera entre derecho positivo y derecho natural; o sea, la plataforma indispensable para aspirar al logro del *mejor derecho posible*.

Los mecanismos procedimentales y formales pueden, por otra parte, hacer mucho más manejable un artificial *sistema* jurídico, con notorio beneficio de valores y principios jurídico-materiales. No eliminan, sin embargo, la indispensable búsqueda de una *justicia material*. Hablar con rigor de una *justicia* meramente *procedimental* equivaldría a entregarse a la arbitrariedad de los encargados de hacer justicia. Podrían acabar imponiendo sus propias teorías al respecto, eximiéndose de brindar la argumentación exigible. Los mismos autores a los que se suele apelar en defensa de esa visión procedimental de lo jurídico desmienten tal posibilidad. Rawls, por ejemplo, no pierde ocasión de dejar claro que su propuesta de "justicia como equidad no es neutral procedimentalmente. Sus principios de justicia, obvio es decirlo, son substantivos y, por lo tanto, expresan mucho más que valores procedimentales; y lo mismo vale para sus concepciones políticas de la sociedad y de la persona que están representadas en la posición original". Aunque afirme que pretende encontrar "un suelo común -o, si se prefiere, un suelo neutral- a la vista del hecho del pluralismo", no deja de añadir que "un suelo común así definido no es un suelo procedimental neutral"⁴.

2. UN DERECHO QUE DA LA RAZÓN

En la práctica, la actividad jurídica queda vinculada -se quiera o no- al intento de hacer viables las exigencias de una justicia que permita ajustar las

233, 28 y 63, así como t.VI, págs. 57-58.

⁴ John RAWLS *El liberalismo político* Barcelona, Crítica, 1996, pág. 226.

relaciones sociales. Brinda así amplio campo de juego a la libertad personal, pero siempre en una dimensión co-existencial: inseparable del trato al otro como un igual. Aunque a Marx le enojara no poco, en alemán 'Recht geben' equivale a dar la razón. "En esta frase magistral hay que admirar el empleo tan astuto de la sinonimia. Se identifican aquí el dar la razón, en el sentido usual de una conversación, y el declarar el derecho, en el sentido jurídico de la palabra. Y aún es más admirable la fe capaz de mover montañas con que la gente 'acude a los tribunales' por el gusto de salirse con la suya, fe que explica los tribunales partiendo del empeño en tener razón"⁵. En efecto, difícilmente podría dar la razón quien no la tiene y -para él- el derecho no era sino voluntad: explotadora, por más señas.

En cualquier caso, habría que poner en duda que la *justicia* sea la virtud del jurista por antonomasia. Consistiendo en dar a cada uno su derecho, parece virtud más propia del jurista aquélla que le ayude a determinar cuál sería el contenido de lo jurídicamente exigible. Conviene recordar el ambivalente juego de la justicia. Como hábito personal de dar a los demás lo suyo, implicaría conocer previamente en qué consiste ese "suyo" que sería obligado reconocerles. Por más que la virtuosa predisposición a hacerlo ayude sin duda a responder acertadamente a tal cuestión, la determinación del alcance de una justicia objetiva con fundamento real solo puede ser objeto de la virtud que por excelencia ha de adornar al jurista: la *prudencia*. No en vano la propia actividad de hacer justicia ha tendido a denominarse, en su vertiente práctica -e incluso en la teórica- jurisprudencia.

La prudencia es virtud que adiestra en la determinación cognoscitiva de un actuar recto ('recta ratio'), tanto moral como jurídico. Combina una notable querencia a tener presentes los *principios* con la sensata capacidad de

⁵ Karl MARX *La ideología alemana*; citamos por la versión en español de Barcelona, Grijalbo, 1970, pág. 370.

proyectarlos sobre una realidad contingente, compleja y cambiante. Lo primero la convierte en salvaguarda respecto a un *pragmatismo* voluntarista, fácilmente autoconvencido de que un fin deseable justificaría cualquier medio. Lo segundo evita el *doctrinarismo* de quien piensa que los problemas prácticos pueden resolverse gracias a la aplicación mecánica y rígida de una receta teórica de validez uniforme y universal. Sólo un jurista prudente podrá hacer justicia; sin perjuicio de que sea precisamente su afán por hacerla lo que le lleve a extremar la prudencia al abordar su cometido.

3. LA ACTIVIDAD JURÍDICA COMO FILOSOFÍA PRÁCTICA

Al plantear como una *aplicación* la obligada articulación de teoría y praxis, el positivismo legalista convirtió a la *norma* en categoría dominante del mundo del derecho. La única realidad merecedora de ser calificada como jurídica consistiría en un conjunto de normas. Positivismo y normativismo jurídicos tienden así a hacerse sinónimos, marginando aspectos básicos de la actividad jurídica. Resultaba decisiva la atribución a tales normas de una certeza de resultados, que evitaría el perturbador recurso a normatividades extrajurídicas; para ello habría que aplicar las normas científicamente, inmunizándolas a toda manipulación ideológica. La *interpretación* no pasaba de ser un mecanismo de emergencia, destinado sólo a rectificar posibles imperfecciones de origen.

Cuando, por el contrario, la realidad jurídica se revela como un entrecruce teórico-práctico, el cuadro cambia notablemente. Los hechos cobran consistencia 'jurídica'; son ellos mismos los que provocan en el juez esa *pre-comprensión* que le ayuda a localizar la norma cuya *aplicación* sería más adecuada. Gracias a la norma se podrá fundamentar el resultado final de esa previa *interpretación* de la relevancia jurídica del caso.

Lo decisivo en esta labor será la captación de un peculiar *sentido* que se percibe en los hechos al incidir en ellos valoraciones estrictamente jurídicas. Surge así un *juicio* práctico, que une hecho y valor, haciendo saltar la primera chispa de calor jurídico. El punto alfa del proceso de realización del derecho no es una norma sino una actitud judicial.

La necesidad de decantar la corrección de este juicio -y de hacerlo compatible con otros juicios subjetivos posiblemente contrapuestos- exigirá institucionalizar un armazón normativo. Apoyándose en él cabrá encauzar o armonizar juicios, así como darles fuerza vinculante frente a posibles discrepancias. A esos juicios de valor, previos a las normas -dueños de su aplicación, aunque a la vez ganen en autoridad gracias a ellas- los denominamos *principios*. No hay en efecto, término que mejor les cuadre, dada la función de inicio que les corresponde.

Cuando se reconoce al *derecho* como tarea de *razón práctica*, el *ordenamiento jurídico* implicará un todo que es más que la suma de sus normas. Éstas muestran una peculiar *porosidad*, ya que sólo cobran *sentido* jurídico al entrar en contacto con la realidad social, lo que llevará a detectar exigencias de justicia. De ahí que no quepa ya pensar en un sistema pleno, herméticamente cerrado, sino en un *sistema abierto*, en continua *heterointegración* gracias a la incorporación de elementos sólo aparentemente ajenos.

Todo ello confirma el acierto de las críticas planteadas desde una *hermenéutica transpositivista*. Se descarta la imagen del juez como boca que pronuncia las palabras de la ley; su labor aparece como un esfuerzo de reflexión y argumentación, buscando siempre un consenso intersubjetivo. Se rechaza que pueda actuar gracias a puras subsunciones lógicas aptas para descartar toda discrecionalidad. Una vez fijadas las premisas, subsumir es fácil, pero para llegar a fijarlas es preciso remitirse a unos pre-juicios, que implican toda una visión del derecho de inevitable trasfondo metafísico.

Mecanismos tan jurídico-positivos como el recurso a cláusulas generales aparecen, más bien, como vías de positivación de exigencias de derecho natural.

Se hace inevitable hacer entrar en juego puntos de vista ético-materiales, con lo que la ordenación sistemática pierde su asepsia lógica y pasa a expresar una calificación valorativa. El efectivo papel del sistema queda, por otra parte, reducido a un mecanismo capaz de facilitar un relativo control racional. Para lograr una *racionalidad* auténtica habría que ir más allá del sistema, buceando en la teoría jurídica material en que se apoya, conscientemente o no, la tarea interpretativa.

La actividad jurídica deja de ser la aplicación técnica de una ciencia jurídica dogmática, para asemejarse a la búsqueda investigadora propia de una filosofía práctica de fuerte contenido antropológico. Ésta controlará la tarea de positivación, marcando al menos los topes derivados de lo 'injusto natural'. La actividad jurídica, entendida como filosofía práctica, supone partir de la base de que el derecho tiene una realidad propia, que es captable racionalmente; no es pues una mera envoltura de realidades ajenas. Lleva a reconocer, bajo la ineliminable historicidad del derecho, una realidad permanente que le es esencial. Supone admitir la existencia de una verdad jurídica y considerar posible el acceso cognoscitivo a esa realidad del derecho, resistiéndose a reducirla a mera imposición arbitraria.

4. JUDICIALIDAD RADICAL DEL DERECHO

Las anteojeras positivistas mantienen un área de visión limitada: las categorías propias de una parte del planeta, en un periodo reducido de su historia. Empujan caprichosamente a la identificación del derecho con la ley. Si buscamos una concepción del derecho capaz de superar ese particularismo geográfico e histórico, la *actividad jurídica* aparecerá ante todo como un

juicio: como el *enjuiciamiento* de una *conducta* concreta a la luz de unos *principios valorativos*.

Las experiencias jurídicas más elementales -"no hay derecho a esto ...", "se ha hecho justicia..."- reflejan ya esa *dimensión judicial* propia de todo acontecer jurídico. Lo judicial es un prius radical dentro de la diversidad de elementos que constituyen la realidad jurídica. Esto *no* supone atribuir a la actividad jurídica una manifestación *necesariamente conflictiva*. Aludimos aquí al *juicio* en su acepción radical, que no implica siempre la activación de mecanismos jurisdiccionales. Poca actividad más *jurídica* que la del ciudadano que respeta una exigencia que se le presenta como condición de la convivencia social. También ese *acatamiento* encierra -con mayor o menor conciencia- un juicio: una proyección de un principio valorativo sobre la propia conducta; aunque, a veces, todo haya quizá consistido en la asimilación mimética de un juicio ambientalmente arraigado.

Cuando surgen discrepancias al juzgar una conducta, porque resulta discutible para los ciudadanos el alcance del *derecho*, se hará preciso recurrir al juicio institucionalizado: a la vía jurisdiccional. Sólo en un sentido muy peculiar sería, por tanto, acertada la teoría que considera como derecho *lo que dictamina el juez*: partiendo de la constatación de que todos somos jueces; sólo la discrepancia obligará a las partes a una mutua inhibición, para dar paso al juez por antonomasia.

Esta matriz judicial de lo jurídico lleva consigo una paralela *prioridad de la justicia*. Tal afirmación no aspira a proponer un bello principio moral; no establecemos que el derecho *debe ser justo* sino que constatamos que todo derecho *es* y se presenta como la *búsqueda* de un *ajustamiento* de las relaciones sociales. Sin ese intento -aparente, al menos- ninguna actividad sería recibida como realmente jurídica. Conceder prioridad a la seguridad, reducir el derecho a un *saber a qué atenerse* -al margen de toda pretensión de

ajustamiento-, exigiría incluso una reforma radical de la iconografía jurídica: la balanza habría de dar paso al garrote.

Cuando a esa judicialidad radical del derecho unimos la *primacía de la justicia* en toda actividad jurídica, se deriva una clara consecuencia: la *interpretación* que todo juicio exige *no* puede solventarse mediante una actividad meramente *lógica*; el ajustamiento que se persigue exige inevitablemente una valorativa ponderación *axiológica*. Ajustar relaciones sociales supone calibrar qué ámbitos de iniciativa individual no pueden sacrificarse en un caso concreto, so pena de anular a la persona en aras de lo colectivo; a la vez, ese ajustamiento supone apreciar el grado de condicionamiento que la convivencia social impone, para no verse desintegrada por individualismos caprichosos. Hacer *justicia* exige, pues, ponderar en lo concreto *libertad e igualdad*, interpretando las circunstancias del caso.

La primacía de la justicia no puede justificar, en cualquier caso, una eliminación simplista de las exigencias de la seguridad jurídica. Sin afectar a aquella primacía, la *seguridad* ha de considerarse como un *ingrediente indispensable de la justicia*, que sin ella vería impedida la satisfacción efectiva de su contenido. Dada la historicidad del ser humano, toda libre iniciativa resultaría vacía sin una capacidad de *previsión*, relativamente garantizable gracias a mecanismos que favorezcan la seguridad de las expectativas. También la igualdad, sobre la que reposa la cohesión social, se hace utópica sin una capacidad de *control* que excluya eficazmente toda discriminación arbitraria. Sin seguridad -sin previsibilidad de las consecuencias de la propia acción, ni control de las posibles interferencias ajenas- la justicia sacrificaría profundamente su contenido, al convertirse en la superflua ponderación de posibilidades meramente teóricas.

Partiendo de la judicialidad radical del derecho es como la ley puede encontrar su auténtica dimensión jurídica. En primer lugar, como instancia

racionalizadora de los juicios individuales de los *ciudadanos*. Éstos, sin perjuicio de posibles conflictos de conciencia, tenderán a considerar como *conducta normal* la que coincide -positiva o negativamente- con la marcada por la *norma legal*. Su texto influirá a la hora de fundar con objetividad *expectativas* sobre la previsible conducta de otros conciudadanos.

La lúcida y resignada ficción de la *cosa juzgada* nos recuerda que el derecho es proceso interpretativo; pretende captar la correspondencia entre unos principios valorativos y unos hechos en continuo movimiento. Esto le dota de una radical historicidad, tan enriquecedora y limitativa como todo lo humano. El derecho, como proceso interpretativo sin más final posible que el de la historia misma, ha de detenerse ficticiamente en aras de la seguridad. El juicio jurídico -necesariamente subjetivo- parece objetivarse, tras haberse sometido a un *control suficiente*.

5. ELECCIÓN DEL MÉTODO Y ARGUMENTACIÓN RETÓRICA

Con el legalismo saltará también en pedazos la teoría de las fuentes, que intentaba atribuirle viabilidad práctica. Sin volver la espalda a la vida jurídica real, habría que preguntarse si es el método el que nos ayuda a obtener de la *fuentes* la solución a un problema concreto, o es más bien el problema -del que *brotan* no pocas exigencias previas- el que nos lleva a la *elección del método* capaz de justificar una solución. La actividad jurídica tiene más de *búsqueda activa* de una solución real, que de *aplicación técnica* de una receta previa..

Ante el caso concreto se produce la valoración desde un *principio jurídico*, que activa su *pre-comprensión*: entra en juego una primera hipótesis sobre la decisión capaz de lograr el *ajustamiento* de las relaciones en juego. Sin que quepa marcar etapas netas, se inicia así un trabajo de *interpretación*, que va perfilando esa correspondencia hechos-norma capaz de fundamentar la decisión propuesta. El interés por encontrar una *fundamentación legal* es

obvio; así aumentarán las posibilidades de que esa decisión no resulte revocada en las posteriores instancias de control previstas. A la vez, tal fundamentación contribuye a que se respeten las *expectativas sociales* que el texto legal logró suscitar.

La *decisión juiciosa* que la sentencia encierra no es resultado de un aséptico *proceso científico*; implica la indisimulable apuesta por una determinada *opción ética*. El proceso tiene como función hacerla *razonable*, obligando a argumentarla. Sólo ficticiamente cabe atribuir al derecho racionalidad científica; ni la puede tener ni la necesita. Lo suyo será una argumentación convincente, que no es mera sugestión psicológica sino capacidad retórica para descubrir la solución prácticamente verdadera de un conflicto.

Aunque parezca redundante, buena parte de la dimensión práctica de la filosofía del derecho ha de consistir en su esfuerzo por hacer consciente al jurista de cuál es el método (la filosofía...) que realmente está llevando a la práctica al verse obligado a crear derecho. Una filosofía práctica debe interrogarse por lo que el jurista realmente hace en su tarea diaria. No parece difícil esbozar un diagnóstico.

- El derecho sigue alcanzando sus resultados prácticos gracias a que vacía de contenido las exigencias del positivismo legalista hasta reducirlas a pura ceremonia litúrgica. El derecho sigue siendo útil en la medida en que no es científico; esto no impide, desde luego, que una sólo aparente científicidad pueda reportar para algunos determinadas utilidades prácticas.

- El legalismo (versión práctica más extendida del positivismo) se esfuerza en mantener que en la vida jurídica 'en el principio era la ley'. Sólo por vía legislativa se crearía derecho; el juez debería ser un vocero aséptico de los textos legales, para que -gracias a ello- todos los ciudadanos puedan sentirse 'seguros'. Los hechos, sin embargo, siguen imponiendo su implacable tozudez.

- La sustitución de la *justicia* por la seguridad, a la que invitaba el relativismo axiológico positivista, supone una opción arriesgada. Tan decisivo cambio cobra aires de estafa cuando una determinada concepción de la justicia no se está sacrificando a cambio de una *seguridad* efectiva, sino de una mera *apariencia* de ella.

La radical dimensión judicial del derecho hace que el jurista no pueda concebirse -técnica y asépticamente- distante de ese objeto jurídico que nunca está acabadamente puesto, sino que él contribuye creativamente a positivar. Tampoco ante el derecho natural aparece el jurista distante, como ante un objeto que pueda aplicar taumatúrgicamente. La captación personal de lo *natural* se traduce en una propuesta antropológica, que ha de lograr arraigo en las expectativas socialmente vigentes: intentando dejar en ellas su huella mediante una tarea de convincente argumentación, e interpretándolas con la mayor fidelidad cuando tiene en sus manos los resortes de la vida jurídica institucionalizada.

Una *filosofía del derecho como filosofía práctica* debe, sobre todo, brindar al jurista elementos para una *crítica del proceso real de positivación del derecho*. Le educará así en el respeto a las instancias de control, imprescindibles para una convivencia democrática digna del hombre. Sólo el jurista que ejerza, conscientemente, de filósofo del derecho podrá mantenerse a cubierto de una ciega instrumentalización disfrazada de tecnicismo.

Para intentar que el derecho acabe teniendo razón, es imprescindible comenzar por admitir que tiene algo que ver con ella. De lo contrario sólo le restará ponerse al servicio del Estado o del mercado. El derecho aspiró siempre a sustituir a la fuerza mediante un ajustamiento de las relaciones sociales; mientras que el Estado, a fin de cuentas, nunca ha pretendido sustituir la fuerza sino organizarla. De ahí que, cuando se pretende hacer entrar en razón al Estado mismo, se lo presente precisamente como Estado de derecho.

法學理論與文化

LEGAL THEORY AND CULTURE

李岱教授祝壽論文集

劉幸義 主編

Edited by Shing-I LIU



新學林

國家圖書館出版品預行編目資料

法學理論與文化：李岱教授祝壽論文集 =
Legal theory and culture / 劉幸義主編。
— 一版。 — 臺北市：新學林，2008.10
面： 公分
部分內容為日文, 英文及西班牙文
ISBN 978-986-6729-69-0 (精裝)

1. 法學 2. 文集

580.7

97018161

法學理論與文化：李岱教授祝壽論文集

主 編：劉幸義
出 版 者：新學林出版股份有限公司
地 址：台北市和平東路二段 339 號 9 樓
電 話：(02) 27001808
傳 真：(02) 27059080
網 址：www.sharing.com.tw
總 經 理：毛基正
總 編 輯：田金益
責任編輯：林靜妙
版 權 部：林靜妙
製程管理：孟宸電腦排版有限公司

出版日期：2008 年 10 月 一版一刷
郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司
劃撥金額 1000 元以上免郵資，未滿 1000 元加收郵資 50 元
定 價：900 元

ISBN 978-986-6729-69-0

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換
門市地址：台北市和平東路二段 339 號 9 樓
團購專線：(02) 27001808 分機 18
讀者服務：law@sharing.com.tw
電子商務：gotobuy@sharing.com.tw