

Presentación

En el siglo XX la preocupación por la racionalidad ha llegado a convertirse en una obsesión¹. El evidente matiz negativo de esta afirmación de Toulmin responde a una percepción compartida por muchos. Lo cierto, sin embargo, es que la pretensión de racionalidad no es tan peligrosa como su carencia. La visión pesimista obedece sin duda a una desconfianza en los efectos que esta aspiración puede generar, no pocas veces perversos: si bien en sí misma no es peligrosa, sí lo es cuando aquello que se pretende es una racionalidad autónoma, despegada de la realidad y sobre todo, desinteresada de su condición teleológica; una racionalidad sin razonabilidad. Como ha dicho Alejandro Llano, “el auténtico sueño de la razón (...) consiste justamente en tomar sus propias construcciones racionales por la verdadera realidad (...). Hoy sabemos que no hay ensoñación más radical que el intento de racionalizar por completo el mundo que nos rodea y a nosotros mismos”². Si el sueño de la razón produce monstruos, conocer sus límites es una exigencia, paradójicamente de la propia razón. Pero es claro que el peligro de excederse en la confianza que se deposite en la razón no exime de su búsqueda, y el derecho no constituye en ese sentido una excepción.

Ciertamente, tanto el interés como el alternativo desinterés por la razón que han caracterizado al siglo XX no se reducen a su faceta jurídica. Digamos que la relación entre la razón y el derecho, o si se quiere, la exigencia de una racionalidad jurídica es el menor de nuestros problemas intelectuales. La discusión sobre la razón enfrenta a los que la critican desde posturas antagónicas:

¹ TOULMIN, S., *Regreso a la razón*, Península, Barcelona, 2003, p. 15, tr. I. González Gallarza.

² LLANO, A., *Sueño y vigilia de la razón*, Eunsa, Barañain, 2001, p. 21. El autor ha vuelto a tratar este mismo tema, junto con otros, en LLANO, A., *Caminos de la filosofía. Conversaciones con L. Flamarique, M. García y J. M. Torralba*, Eunsa, Pamplona, 2011.

tanto por exceso como por defecto. En cualquier caso por otorgarle un papel diferente del que le corresponde o del que simplemente asume.

Que el sueño de la razón produce monstruos puede sugerir, como señala Llano, dos cosas bien diferentes: que la razón ha desbordado sus límites o que se encuentra dormida. Nuestra época, entendida en sentido amplio, después de lanzarse en los brazos del cientifismo, ha intentado paliar sus abusos a golpes de escepticismo y desconfianza en la razón³. Yendo desde una postura de desconfianza en las verdades comunmente asumidas, propia de los deconstructivismos, a la mera negación de criterios racionales que guíen la acción humana, más allá de los de contenido pseudoeconómico. Se ha extendido “la creencia de que las posiciones morales no pueden ser argumentadas, de que las diferencias morales no pueden ser arbitradas por la razón, de que cuando se llega a valores morales, en última instancia sólo podemos optar por las que sentimos mejores para nosotros”⁴. En un mundo en que la verdad no existe o no se deja aprehender la cuestión por el papel de la razón parece diluirse.

El tópico al que se dedica este número de *Persona y Derecho* además de ser el más frecuentado de la historia del pensamiento jurídico es, sin duda, el de más importantes consecuencias. Eso es así a pesar de que la forma en que las distintas épocas se han ocupado de la cuestión pueda hacer pensar que se trata de problemas diferentes en cada una de ellas; la relación entre la razón y el derecho está detrás de preguntas que atañen a la metafísica, a la filosofía de la ciencia, al derecho natural y a las más recientes teorías de la argumentación. En el pensamiento jurídico continental se ha transformado desde el siglo de las luces hasta no hace mucho tiempo en una búsqueda de criterios de cientificidad; como problema, sin embargo, se planteó mucho antes y, de alguna manera, ha ocupado a los espíritus desde el momento mismo en que comenzó la reflexión acerca del derecho.

Por otra parte, es significativo que el número de *Persona y Derecho* con el que el profesor Ollero concluye la tarea de dirección que iniciara en el año 2000, trate sobre uno de sus temas más queridos, al que ha dedicado buena parte de sus esfuerzos intelectuales y uno de sus libros más importantes titulado precisamente: *¿Tiene razón el Derecho?* En el comienzo de su libro, Ollero

³ Una panorámica de esta discusión en el trabajo de APEL, K.O., “El desafío de la crítica total a la razón y el programa de una teoría filosófica de los tipos de racionalidad”, publicado en ACFS, 29 (1989), pp. 63-96.

⁴ TAYLOR, Ch., *Argumentos filosóficos*, Paidós, Barcelona, 1997, tr. F. Birulés, pp. 59 y ss.

presenta los temas en los que, a su entender, se resume el problema de la relación entre razón y derecho: ciencia, ciencia jurídica y derecho natural⁵. Esto sin duda es un planteamiento fiel de los términos de la cuestión, sin cerrarla totalmente. Otro modo posible de plantearla sería esbozando las dos preguntas nucleares que se intentan responder: hasta qué punto (y en su caso de qué manera) el concepto de ciencia conviene al estudio del derecho, pero también cuál es el lugar de la razón práctica en relación con la práctica o el ejercicio del derecho. También podría hablarse de la pregunta por la científicidad del estudio del Derecho y por la razonabilidad de la práctica jurídica. Por supuesto, estas dos preguntas se implican mutuamente, pues si la práctica jurídica no es en sí misma inteligible o razonable, mal puede la ciencia del Derecho pretender para sí alguna racionalidad.

Ciertamente, el lector avisado es consciente de que ciencia no es lo mismo que razón, confusión en la que no incurre el profesor Ollero. Por el contrario, su tesis, como la de buena parte del pensamiento jurídico actual, busca reconducir la ciencia jurídica a sus justos términos sobre la base del recurso a la razón práctica. Ponerle coto al cientifismo jurídico exige, desde Aristóteles, partir de la realidad entendida no tanto como realidad social (aunque sin duda ha de ser tenida en cuenta) sino como “aquello que se deja conocer”, la *res, la cosa*, a la cual el entendimiento se acomoda —con todas las limitaciones naturales, culturales y subjetivas que la tradición hermenéutica ha señalado—. En otras palabras, no es el objeto del conocimiento el que ha de acomodarse al sujeto, sino más bien éste el que debe adecuarse a aquel. De ahí que el Estagirita no entienda el derecho como objeto de conocimiento científico, puesto que no se trata de un objeto predeterminado, ni ese conocimiento puede ser transmitido a otros. Por el contrario, el saber que se ocupe del derecho ha de ser la prudencia, tanto en el plano práctico como en el plano del estudio teórico-práctico. Por lo mismo el moderno concepto de ciencia, con su pretensión de certeza y su exigencia de método no se corresponden bien con lo jurídico. Habrá que esperar al nacimiento de las ciencias sociales y aún a las llamadas ciencias del espíritu y a su peculiar modo de “comprender” para que el modo de conocer se adecue a lo conocido⁶.

⁵ OLLERO, A., *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, 2ª ed. Congreso de los diputados (Madrid 2006).

⁶ Sobre la diferencia entre comprender y entender, como modos peculiares de aproximación al objeto de las ciencias del espíritu y de las ciencias naturales, cfr., entre muchos otros, RICOEUR, P., *Del texto a la acción*, CORONA, P. (trad.), Fondo de cultura económica, Buenos Aires, 2000, p. 78.

De lo dicho se deduce que la relación entre derecho y razón puede abordarse de un modo cronológico, lo que facilitaría la claridad. Pero las desventajas de ese procedimiento son evidentes y hemos optado por una perspectiva sistemática que asume como perspectiva la del derecho entendido como una razón para la acción. Eso nos sitúa en el terreno de la ética, pero también en el del derecho como una exigencia ética. Más aún, precisamente de lo que se trata es de ver cuál es la peculiaridad de la razón jurídica en relación con otras razones humanas para actuar –como las razones de utilidad, religiosas, morales...–, así como las relaciones que ligan unas con otras.

Lo dicho nos obliga a retroceder a un plano anterior: el derecho no puede prescindir de la razón si pretende ser una “razón para la acción”. Y sin embargo, el modo en que opera la relación entre razón y derecho no es evidente, o al menos, no se lo ha parecido a una buena parte de los pensadores que se han ocupado del tema. El problema afecta al núcleo del concepto mismo de derecho: ¿su creación es un acto de razón o de voluntad? Si es un acto de voluntad, en la mejor tradición hobbesiana, la razón no es elemento imprescindible. O mejor, la razón del derecho está en su razón de ser misma y en la primacía de su función ordenadora y organizadora por encima de otras consideraciones.

Sin embargo existe otra forma de razón que asume una perspectiva diferente, la de la persona cuya existencia se ve condicionada por el derecho y para la cual constituye éste una razón para actuar, un motivo que hace su conducta razonable. En este plano la pregunta radical es cuán razonable resulta dejarse guiar por una pauta de conducta que no brota de la propia conciencia, sino que fue pensada y/o querida por otro –en otras palabras, dejarse guiar por las normas que crea una autoridad, por la razón de que son creadas por una autoridad... Dejarse guiar, siguiendo a Raz, por razones secundarias para la acción–⁷.

O dicho en sentido inverso: ¿es razonable una conducta por el mero hecho de responder a una pauta jurídica de comportamiento? No de modo absoluto; la conformidad de la acción humana con una norma jurídica no le concede a la primera una razonabilidad automática. Sin duda, el orden de la sociedad puede ser una razón para la acción humana, pero con límites. Detrás de quienes sostienen una posición contraria se encuentra como soporte la afirmación de que existen dos formas de razón, una de las cuales como dice Bobbio y recoge Zaccaria parece haber sustituido a la otra: “Es cierto que la

⁷ RAZ, J., *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 39-54.

razón en sentido fuerte, como *ratio* sustancial que sirve de guía al desarrollo de la experiencia y que revela sus reglas, ha dejado paso desde hace tiempo –como puntualmente ha puesto de manifiesto Norberto Bobbio– a una razón jurídica entendida en un sentido débil”⁸.

En cualquier caso, el abordaje de la cuestión exige distinguir diferentes niveles de racionalidad en relación con el derecho, según cuál sea el rol o la perspectiva desde la cual nos aproximamos al Derecho: la del ciudadano común, la del jurista, la del juez, la del legislador.

La perspectiva de estudio privilegiada por Finnis es la de la razón práctica del ciudadano, en el sentido de la existencia de razones genuinas, morales, para obedecer el Derecho. El derecho es para Finnis una razón para la acción, pero lo es a condición de que él mismo sea razonable, y esto es lo que se ha de entender por validez, más que el cumplimiento de una serie de requisitos formales.

Ahora bien, las normas jurídicas no son sólo razones para actuar, sino razones para actuar que se presentan de modo imperativo. Advierte en esta línea Finnis que necesitamos una conciencia *de ese tipo* del valor de lo humano si tenemos que dar sentido a la fuerza normativa, al carácter imperativo de los principios de la razón práctica, carácter que tienen cuando se toman, no uno tras otro, separadamente de los demás, sino en su imperatividad integral, bajo la imperatividad regulativa del bien de la racionalidad práctica misma (es decir, cuando se toma como *moralmente* normativa).

Claro que la consideración de esta perspectiva conlleva de forma inevitable una posición sobre cuál es la metodología adecuada y cuáles son las condiciones morales necesarias para aproximarse al estudio del Derecho. En este sentido agrega Finnis que aunque “la idea de que no se puede hacer bien teoría ético-política sin poseer la virtud moral (e intelectual) de la razonabilidad práctica puede parecer arrogante (...) en realidad es un reconocimiento de que en *este* tipo de teorización, se tiene una vulnerabilidad especial e inevitable al error teórico, concretamente, al que es consecuencia de algún lamentable defecto en nuestro carácter, que supone cierta falta de *prudentia*”.

Esta exigencia moral de razonabilidad dirigida al jurista o estudioso del Derecho no debería sorprender, si se tiene en cuenta que una de las tareas más propias de la filosofía o teoría jurídica es identificar los criterios de razonabili-

⁸ ZACCARIA, G., “Complejidad de la razón jurídica”, en *Razón jurídica e interpretación*, trabajos compilados por A. Messuti, Civitas, Madrid, 2004, p. 35.

dad del Derecho o, si se quiere, los límites de la obligatoriedad o de la autoridad del Derecho. No debería sorprender, como de hecho no sorprendió sino que más bien pareció obvio al profesor Martínez Doral, en un texto ya clásico en el que expone con una claridad insuperable que “el objeto de conocimiento jurídico no es una esencia puramente especulable, puesta ante nuestra consideración para ser contemplada”, sino un “operable”⁹. La justicia no es una sustancia para ser contemplada sino para ser realizada.

El Derecho es pues una ciencia práctica, que como tal está llamada a incidir en la realidad, no al modo de técnica, sino al modo del *agere*. No basta pues con la pretensión de un derecho que funcione, que constituya una buena técnica de control. Como advierte el profesor Ollero “no es la ciencia la que engendra a la técnica, como su mera consecuencia práctica; es la técnica la que ha engendrado a la ciencia, estableciendo un inhumano *primado del hacer sobre el pensar*”¹⁰.

Lo cual nos traslada al plano de los operadores jurídicos, comenzando por el juez. Desde este punto de vista el derecho puede entenderse como mecanismo de resolución de conflictos o como forma de organización social. Sin duda ambas dimensiones están íntimamente relacionadas, hasta el punto de que, podría decirse, son inseparables, puesto que en la resolución de conflictos el juez no puede, aunque quiera, limitarse a aplicar la ley sin co-construirla. Como distingue Ollero en el trabajo incluido en este número, “no existe disyuntiva alguna entre unos jueces leales a la ley y otros activistas, empeñados en interpretarla a su antojo. La diferencia inevitable es la existente entre jueces que interpretan la ley, conscientes de que –quieran o no– han de hacerlo, y jueces que la interpretan de modo inconsciente, convencidos de que se están limitando a llevar a cabo una mera operación técnica. Mientras los primeros pueden experimentar una llamada a la prudencia, que les lleve a intentar reflexionar sobre sus prejuicios hasta convertirlos en juicios, en los segundos los inevitables prejuicios camparán sin autocontrol alguno”.

Pero esta interpretación constructiva de la interpretación jurídica supone el uso y el recurso a la razón práctica, y el punto de vista práctico, como dicen Viola y Zaccaria, implica que las reglas jurídicas son usadas como razones para

⁹ MARTÍNEZ DORAL, J.M., *La estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963, pp. 17 y ss.

¹⁰ OLLERO, A., *ibid.*, p. 31.

justificar las acciones. Se trata de “razones prácticas”, es decir, razones unidas intrínsecamente a finalidades de algún modo aceptables en el discurso público”¹¹.

Ahora bien, ¿qué es lo aceptable en el discurso público? ¿Con quién o frente a quién debe el juez justificar su peculiar uso de la razón práctica? ¿Cuál es el contenido posible de un discurso público en una sociedad que se caracteriza más por los disensos que por los consensos? Como señala Viola en el trabajo que aquí se publica por vez primera en español, “en una Europa que se compromete a definir valores compartidos y a garantizar derechos, es aún más necesario un discurso público del que se alimenten las decisiones comunes. Por esto tiene sentido preguntarse si a esta Europa puede aplicársele de algún modo la problemática rawlsiana de la ‘razón pública’¹², como criterio regulador del discurso público”. En otras palabras, tiene sentido preguntarse si la única alternativa para una Europa plural y multicultural, o incluso para un occidente plural y multicultural, es la construcción de un discurso público que prescindiera de la idea de verdad práctica.

O, como apunta Massini en el trabajo que también se incluye en este número, cabe preguntarse si el honor al disenso y a la diferencia supone de forma necesaria la opción por “una hermenéutica de la sospecha”, o “un escepticismo radical –una sospecha integral– acerca de las posibilidades de un conocimiento racional, objetivo, y por lo tanto veritativo, en todo el ámbito de la praxis humana”.

Por supuesto, son muchas y variadas las respuestas posibles para estas preguntas, y no es este el sitio para discutir las con alguna pretensión de completitud. En todo caso vale la pena insistir, tanto en su vigencia o en su actualidad política frente a la realidad innegable de la fragmentación moral y cultural de occidente, como sobre la imposibilidad de responderlas sin asumir un punto de vista previo o, si se quiere, un “pre-concepto”, acerca de cuál es el sitio y la función del derecho en la praxis humana.

En este punto surge de modo necesario la cuestión de la racionalidad en la acción del legislador que, en clave moderna, es también la cuestión de su legitimidad. Esto nos sitúa en un plano que va más allá de la razonabilidad de la acción individual: el plano de la polis, de la acción política. Aquí nos sitúa

¹¹ VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, Dykinson, Madrid, 2007, tr. A. Cebeira, p. 60.

¹² RAWLS, J., “The Idea of Public Reason Revisited”, en *University of Chicago Law Review* 64 (1997), pp. 765-807.

también el trabajo de Francesco Viola, al insistir en la necesidad de recuperar el espacio de la sociedad civil frente a un ilegítimo sobredimensionamiento de la sociedad política; o el trabajo del Prof. Martínez, que compartiendo esta preocupación por la tendencia avasalladora de la sociedad política propone como solución un “derecho universalista” que posibilite el bien común y la prestación comunitaria de servicios, en términos más empresariales que políticos. Las reflexiones de los profesores Ollero y Sarthea, por su parte, insisten en la necesidad de ampliar el concepto de razón pública, de forma tal de recoger todo lo que de intrínsecamente racional y razonable tiene la fe.

La vinculación entre razón y Derecho no es, en fin, una de entre otras tantas cuestiones que de tanto en tanto ocupan las páginas de los libros de Derecho, o de las revistas especializadas, o los discursos políticos. Es, en cambio, el centro o la raíz de las divergencias más superficiales y más ocasionales que dividen aguas en el plano teórico y en el plano de la praxis del Derecho. Es el centro de las divergencias acerca de qué es, en primer lugar, hacer “ciencia del Derecho”, o “filosofía” o “teoría”, o más radicalmente aún, acerca de si es posible una ciencia, una filosofía o una teoría del Derecho.

Es también, y quizá bastante más importante, el eje de las discusiones acerca de la diferencia señalada por Hart entre “obrar obligado por el Derecho”, y “obrar conforme al Derecho”. Se encuentra, asimismo, y quizá en esta misma línea de importancia, en el centro de las divergencias acerca de cuál debería ser el papel del juez en una comunidad política organizada constitucionalmente y, mucho antes, de cuál *puede* ser este papel, una vez que –como pone de relieve el Prof. Carlizzi en el trabajo que aquí se publica– se toma conciencia junto con la tradición hermenéutica de que el juez es un hacedor de puentes entre la generalidad de la ley y la particularidad del caso. Finalmente –tal como surge del trabajo del Prof. Policastro–, la vinculación entre razón y derecho es el quicio de la pregunta por el concepto de persona como centro y raíz de toda práctica jurídica, y por la inteligibilidad o comprensibilidad de las exigencias morales que brotan de su dignidad.

No es pues casual que para abrir este nuevo ciclo de la revista *Persona y Derecho* hayamos optado por re-pensar un tema que ha sido central en el recorrido intelectual de Andrés Ollero. Además de una obligación moral, es también una consecuencia de la lógica puesto que hablar de razón y derecho es, a fin de cuentas, hablar de persona y de derecho.

La directora

Copyright of Persona y Derecho is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.