

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1995

DERECHO  
Y  
MODERNIDAD



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

*Editor:*

Agustín Squella

*Asistentes del Editor:*

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

*Comité Consultivo:*

Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),  
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),  
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

*Consejo Editorial:*

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín  
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,  
Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio  
Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
1995

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 13  
1995

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Universidad de Concepción, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad Central, Universidad del Desarrollo, Universidad Diego Portales, Universidad Internacional SEK, Universidad de Las Condes, Universidad del Mar, Universidad Nacional Andrés Bello, Universidad de La República, Universidad de Talca y Universidad de Valparaíso.



Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,

Errázuriz 2120 - Valparaíso.

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 1995

### DERECHO Y MODERNIDAD

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1995 - 1997)

Antonio Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

*La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, presenta el número 13 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 1995, el cual lleva por título "Derecho y Modernidad".*

*El título mencionado corresponde a la denominación que se dio en su momento a la Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que se llevó a efecto en octubre de 1995, en la Universidad de Concepción, lo cual se debe a que la mayoría de las comunicaciones que entonces fueron presentadas se incluyen en la sección Ponencias de este volumen, que es la primera y más extensa que el mismo contempla.*

*A la sección indicada sigue una segunda, llamada Estudios, en la que el lector podrá encontrar cuatro trabajos de gran interés; una tercera, que lleva por nombre Discursos, en la que se incluyen, entre otros, los que fueron pronunciados en la inauguración y clausura de la Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho; y una cuarta y última, llamada Recensiones, en la que aparecen tres reseñas bibliográficas de gran actualidad.*

*Por último, deseamos expresar a nuestros lectores que ejemplares de éste y de los restantes números del Anuario pueden ser solicitados a la casilla 211-V, de Valparaíso.*

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

## PONENCIAS (\*)

---

\* Estas ponencias fueron todas presentadas en la Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho. Esta Jornada, sobre "Derecho y modernidad", tuvo lugar en la Universidad de Concepción, en Octubre de 1995.

## INTERPRETACION Y LA CRITICA DE LA RAZON MODERNA

FERNANDO QUINTANA BRAVO \*

El propósito que guía este trabajo es el de mostrar que las críticas a la razón moderna, que provienen de muchos lados y que actualmente conforman ese amplio escenario de debates que se originan en la polémica Lyotard - Habermas sobre el sentido de la postmodernidad, dejan subsistente el tema de los principios. Desde aquí, entonces, es preciso replantearse el tema general de la interpretación, y en especial, el de la interpretación jurídica. ~~Por eso, la~~ cuestión que cabe plantearse es la de si tiene todavía sentido preguntarse por la *ratio iuris*.

La crítica a la Razón moderna, esto es la Razón ilustrada, se abre paso como consecuencia de una conciencia generalizada del agotamiento de la razón, por su incapacidad para abrir nuevas vías de progreso humano y por su debilidad teórica para enfrentar el futuro (1). Esto se manifiesta en diferentes ámbitos: en política, el ocaso del Estado de Bienestar y el resurgimiento del monetarismo; en ciencia, se presencia un auge espectacular de las tecnologías, en donde la cibernética y la robótica abren espacios insospechados a las

---

\* Profesor en el Departamento de Estudios Humanísticos de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile.

1. Josep Picó presenta una interesante recopilación, bajo el título *Modernidad y Postmodernidad*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

capacidades humanas; en arte se asiste a una creciente importancia de las vanguardias y la crisis generalizada de los cánones estéticos; y en ética, se advierte la expansión del pluralismo y relativismo morales, como contraposición a los monismos éticos del racionalismo iluminista (el imperativo categórico de Kant, por ejemplo).

El ideal de una vida sujeta a criterios o cánones racionales se desvanece y el Derecho que sería la forma racional de las pautas de vida sería más bien el producto de factores irracionales. Esta consecuencia extrema, que se sigue del rechazo a una concepción de la Razón, es necesario examinarla y someterla a su vez a crítica. Pues el rescate de la Razón se logra poniéndola en conexión con la noción de principio. En la medida que la crítica a la Razón moderna no penetra en la cuestión de los principios, será posible una concepción de la razón y sus posibilidades, de manera de fundar un humanismo desde el lado de la racionalidad.

### 1. Los dos conceptos de *ratio*.

Para esclarecer el concepto de *ratio* es de tremenda utilidad el siguiente texto de Locke:

“Por razón, empero, no pienso aquí esa facultad intelectual que forma los discursos y deduce los argumentos, sino ciertos principios prácticos de los cuales emana la fuente de todas las virtudes y todo lo que es necesario para la buena formación de las costumbres” (2).

El texto citado plantea, en verdad, un doble juego de conceptos de Razón. De una parte, recoge la clásica distinción de Aristóteles entre una *ratio teórica* y una *ratio práctica*, y de otra la *ratio* como la facultad humana de razonar y la *ratio* como los principios desde los cuales y con los cuales la razón humana razona.

La palabra latina *ratio* recoge tempranamente, como en los trabajos de Retórica de Cicerón, las distintas dimensiones de la antigua palabra griega *logos*. Significa, entonces, proposición o enunciado, principio lógico, argumento, premisa, antecedente del cual se derivan consecuencias. El análisis filosófico añadió el significado de “razón de ser de una cosa”, con lo cual la significación predominante

temente lógica que tenía el término se amplía con esta otra, que apunta en la dirección del fundamento de una cosa.

La distinción entre una *ratio teórica* y una *ratio práctica* dice relación con dos usos de la Razón: la primera es la que concierne al conocimiento y sirve entonces de base a las ciencias; la otra es la que concibe (o aprehende) el principio práctico de la acción y lo aplica.

La otra distinción concierne a los dos sentidos principales de *ratio*. La multiplicidad de significados convergen en definitiva en estas dos especies. La *ratio* como facultad racional humana, es la que piensa, construye raciocinios, emite juicios, forma conceptos; la otra *ratio* consiste en un sistema de principios, de los cuales se derivan consecuencias. En este último sentido, la vinculación con el principio resulta ser de enorme importancia.

El texto de Locke permite exhibir que los distintos sentidos de *ratio* se conjugan. De este modo, el problema de la razón práctica será el de construir un mundo moral en el que los principios se concilien con las exigencias racionales que la propia razón se hace. Es lo que sucede, por ejemplo, con el imperativo categórico. Kant busca un principio tal que satisfaga la condición racional que su sistema filosófico propone. El sujeto al actuar conforme una máxima que ~~piensa~~, debe pensar que esa máxima no sólo valga para él, sino para todo ser racional.

El principio se puede describir en general como aquello de lo cual parte algo, comienza una cosa, es el antecedente o la base de otra. Pero es preciso distinguir dos formas en que el principio se presenta: o bien se supone algo que sirve de base a otra cosa, como una suposición o hipótesis, o bien se reconoce que hay algo que por su naturaleza sirve de base a otra. Es el caso de la figura de un contrato social, que sirve de base a la constitución del Estado y el establecimiento de la legislación positiva. En rigor es una ficción, que satisface la exigencia racional de un sistema que no puede quedar abierto en su base. Otra cosa muy distinta es pensar en algo que por su propia naturaleza sirve de base al resto. Cuando el principio aparece vinculado a una suposición, resulta ser la consecuencia de la exigencia que la propia razón humana se pone a sí misma en los sistemas de pensamiento que concibe. Este es, puede decirse,

2. John Locke, *Essays on the Law of Nature*, I, pág. 110, Oxford 1965.



uno de los rasgos característicos del mundo moderno: el paso del principio como algo sustantivo a algo que sirve a las operaciones de la razón humana y que en cierto modo es su propia creación. La razón humana pone ciertas condiciones o exigencias las que orientan de este modo la determinación del principio. La figura del primer legislador y la norma suprema de Kelsen y el consenso hipotético y ficticio (velo de ignorancia) de la situación originaria de Rawls son dos ejemplos actuales del sentido puramente operatorio de los principios, que arranca del modo de pensar del mundo moderno.

Un interesante uso de los distintos sentidos de *ratio* se encuentra en la concepción de la *recta interpretatio* que trabajan Grocio y Pufendorf, y que abordaré en el apartado siguiente.

## 2. El problema de la *recta interpretatio*.

El tema aparece en un texto de Grocio, en *De Iure Belli Ac Pacis*, Lib. II, cap. XVI, que repite con las mismas palabras Pufendorf, en *De Jure Naturae et Gentium*, Lib. V, cap. XII. Pero antes de presentar ese texto, es preciso hacer una consideración relativa al conocimiento moral, aplicable al mundo del Derecho. Se trata de la exigencia de certidumbre en el conocimiento moral. Es sabido que el positivismo actual, a diferencia del pensamiento moderno, tenderá a negar valor cognoscitivo a la moralidad, determinando consecuencias importantes para el Derecho.

El problema que enfrentan Grocio y Pufendorf es el del conocimiento cierto en la esfera moral, que se aplica por extensión al mundo jurídico. La situación se torna más compleja cuando se trata del conocimiento cierto en Derecho, pues este conocimiento consiste en la interpretación, que recae sobre las palabras en que se expresan las intenciones de los contratantes, las leyes y los actos de autoridad. El siguiente texto, sobre promesas y contratos, contiene la solución al problema de la interpretación, que se generaliza a las leyes y otros actos de autoridad:

“Si consideramos solamente al que promete algo, se encuentra obligado a cumplir por su sola voluntad únicamente aquello a que quería obligarse. En los asuntos de la buena fe, lo que hay que considerar, es el sentido que se quiere significar (*quid senseris*), no lo que se dice (*non quid dixeris*). Pero como los actos internos no

son perceptibles por sí mismos, y como alguna certidumbre es necesario establecer, pues no habría obligación si cualquiera pudiese libremente inventar (*affingo*) el sentido (*sensum*) que quisiera, la razón natural (*ratio naturale*) dictamina que aquel a quien se ha hecho la promesa está en su derecho (*ius*) para compeler al prominente a lo que la recta interpretación (*recta interpretatio*) sugiere. De otro modo, la cosa no tendría ningún éxito, lo que en los asuntos morales se tiene como imposible” (3).

De acuerdo con esta cita, el propósito, las reglas y los juicios morales hay que buscarlos más allá de lo que se dice en palabras. La literalidad no resuelve por sí sola el sentido verdadero. Pesa una exigencia de certidumbre. El propósito, *mens* o *sententia*, pertenece a los procesos internos de deliberación y decisión. Son actos internos, y como tales no perceptibles. Esto quiere decir que las palabras u otras formas o signos expresivos no son una *manifestación* clara, indubitable, de esos procesos. La palabra está situada, entonces, en su máxima distancia respecto del sujeto que piensa algo y lo propone como materia de acción, así como también respecto de las cosas mismas, que pueden cobrar realidad en el curso de acción. Pero si la palabra no es suficiente como manifestadora del propósito o intención, el problema es encontrar algo confiable y seguro que sirva de base para los que se obligan como para los que tienen derechos a que se les cumpla lo prometido. Mediante una argumentación de carácter utilitario, esto es por las consecuencias, establece Grocio la necesidad de una interpretación cualificada. De no existir un monto de certidumbre, cualquiera podría interpretar el contrato o la ley o acto de autoridad a su antojo, con lo cual las obligaciones y derechos quedarían en una situación imposible, pues lo que uno cree debe cumplir no coincidiría con lo que otro cree es su derecho a que se cumpla. La comunidad de seres humanos, que cifran en sus relaciones recíprocas, conforme pautas claras y preestablecidas, toda la esperanza de una convivencia armoniosa, se vería seriamente afectada por la incertidumbre de esas relaciones. La paz como finalidad práctica suprema, sería inalcanzable. En estas condiciones, se

3. Grotius, *De Iure Belli ac Pacis*, Lib. II, Cap. XVII, 1, *De Interpretatione*, ed. Kelsey, Oxford, 1925, pág. 409.

hace indispensable imponer, estatuir, como dice el texto de Grocio, una cierta certidumbre. La *razón natural* impone una determinada interpretación, que es la *recta interpretatio*, la única que satisface la exigencia de certidumbre. Esta exigencia cumple, por una parte, con el ideal de conocimiento verdadero y se ajusta a él, y por otra, establece la regla práctica de decisión de la multiplicidad de interpretaciones posibles.

Resuelto el problema de un conocimiento cierto, el siguiente paso es mostrar el criterio de esta *recta interpretatio*. Escribe Grocio:

“La medida (*mensura*) de la recta interpretación es la inferencia del sentido (*collectio mentis*) a partir de los signos de máxima probabilidad. Estos signos son de dos géneros: las palabras (*verba*) y las otras conjeturas (*conjecturae aliae*), las que a su vez pueden considerarse separadamente o en conjunto” (*De Iure Belli*, op. cit.).

La interpretación consiste aquí tanto en las operaciones intelectuales que se realizan para establecer un sentido posible de un enunciado, como también el resultado mismo a que se llega mediante esos procedimientos. En la hermenéutica subyacente en la concepción de la interpretación, hay una doctrina del lenguaje y una toma de posición frente a temas cruciales como el de la voluntad efectiva o supuesta, autor real o supuesto, sentido querido o supuesto. La *recta interpretatio* que formulan Grocio y Pufendorf supone una distinción entre un propósito o *mens* efectivo o real querido por el legislador o contratante histórico, y un propósito o *mens* que se establece a partir de los “signos de máxima probabilidad” (palabras y otras conjeturas). Esta distinción está sostenida en dos tipos de evidencia (como forma de certidumbre) diferentes. Los procesos internos, efectivos y reales, que ha ocurrido en los legisladores como seres vivientes, o en los contratantes reales, no constan de modo cierto, sólo pertenecen a quienes los experimentan. Son, entonces, datos dudosos. El lenguaje, como sistema signico, se constituye en el antecedente de probabilidad del sentido auténtico. Pero el signo, que es lo que está por otra cosa y en que consiste el lenguaje, es tan sólo un punto de partida, de él hay que *inferir*, colegir, el sentido querido. La certidumbre de los procesos internos de volición es mínima, en cambio los signos, es decir el lenguaje ofre-

ce una certidumbre mayor, no perfecta y plena como la evidencia indubitable, que resiste el poder de la duda, que plantea Descartes. La certidumbre del lenguaje es perfectible, por eso es sólo punto de partida para otra forma de certidumbre que hay que alcanzar fuera del ámbito de las palabras.

Esta doctrina de la *recta interpretatio* no está interesada en que el propósito efectivo y real sea coincidente con el propósito supuesto que se establece en la interpretación. Las palabras son los medios adecuados para expresar lo que las personas piensan y quieren, pero lo que ellas manifiestan y expresan no cubre exactamente lo pensado o querido. Hay, entonces, lo que las palabras expresan y dicen, y lo que no expresan y no dicen. La significación queda siempre abierta a cuestionamientos: saber si estamos en presencia de un significado propio o inmediato, o bien de un significado derivado o alegórico, o bien de un significado usual, o bien de un significado originario o gramatical, o significado técnico o especial, es algo que no puede determinarse desde las palabras mismas. El problema viene a parar en la necesaria búsqueda de principios, fuera del ámbito de las palabras, que sirvan de directrices para establecer un sentido cierto. Puesto en otros términos, el problema que enfrentan Grocio y Pufendorf es el de satisfacer la exigencia de certidumbre más allá de las palabras, pero considerando a éstas al mismo tiempo como un elemento de certidumbre. Llegado a este punto, se vuelve la mirada hacia la antigua Retórica, no para fundar en ella la interpretación cierta, sino para extraer de ella algunos criterios y pautas para enfrentar el problema de la significación.

La Retórica, que había combatido Platón en el Diálogo *Gorgias*, la inserta Aristóteles en un núcleo de consideraciones relativas a la metódica de la verdad. La Analítica, como procedimiento demostrativo, sobre todo, realiza sus operaciones en la esfera de lo verdadero. La Dialéctica, en cambio, trabaja con lo verosímil o probable, por tanto, en la proximidad de la verdad. Pero la Retórica trabaja no con vistas a la verdad, sino con vistas a la sola persuasión, la cual es distinta que la convicción verdadera. A pesar de esta condición, la Retórica se constituye en un instrumento de debate muy solicitado, y en un método útil para el examen de situaciones y casos complicados; permite el empleo de criterios que son los *topoi*

o *loci communes*, los tópicos o lugares comunes, característicos de la Retórica. La modernidad, con su tendencia a favorecer la formación de sistemas deductivos, la intuición y la evidencia indubitable, miró con desconfianza la Retórica, reteniendo de ella sólo esos criterios tópicos, pero sometidos a los criterios de certidumbre plena, sostenida en otros principios. Considérese el siguiente ejemplo, proporcionado por Pufendorf: dos amigos, uno rico y otro pobre, hacen testamento en beneficio recíproco. El primero instituye heredero a otra persona, pero le deja el encargo de entregarle a su amigo pobre tanto cuanto éste en su propio testamento le haya dejado. Al fallecer el amigo rico, se hace cargo de la herencia su heredero, el que recibe la reclamación de toda la herencia de parte del amigo pobre; éste, en efecto, en su propio testamento había dejado todos sus bienes al amigo rico, por lo cual, según los términos del testamento de éste, alegaba tener derecho a toda la herencia. El heredero del amigo rico se resiste y defiende alegando que sólo debía darle lo que vale el pequeño patrimonio del reclamante. El examen tópico del caso permite emplear el criterio o tópico del *efecto y consecuencia*. Si se toman los términos de los testamentos en un sentido, habría que traspasar todos los bienes del amigo rico al amigo pobre, y en otro caso, habría que dar a este último sólo el valor de su propio patrimonio. Pero, la decisión final se logra combinando a su vez ~~este tópico~~ con un criterio que ya no emana del tópico sino de otra parte, y es el relativo a la justicia misma de las asignaciones: ¿cuál efecto y consecuencia es justa? El examen tópico o retórico permite ordenar el debate, pero no decidirlo. Se cumple así la función de la vieja Retórica de contribuir al análisis del asunto, pero su decisión hay que establecerla con arreglo a un criterio que ya no es simplemente tópico o retórico. Para esto contribuye la importante noción de *ratio*, la cual permite precisamente la indagación de aquellos factores en la gestación que determinan el *sentido genuino (mens o sententia)*. La *ratio* o razón de la ley (o Derecho), exige traspasar el ámbito de las significaciones literales, cuyo examen se puede organizar conforme los tópicos. El problema es acreditar que la *ratio* conste de algún modo. Como la intención o propósito real no es posible establecerlo de modo fehaciente, y las palabras son sólo puntos de partida, el *genuino sentido* hay que esta-

blecerlo recurriendo a la *ratio* y al fin. De acuerdo con esto, la pregunta será, entonces, ¿es justo traspasar toda la herencia al amigo pobre? ¿Puede sostenerse que el propósito del amigo rico era darle todo su patrimonio al amigo pobre? La voluntad que se establezca será una voluntad "objetiva", supuesta, producto de la suposición del intérprete, el que conjugando esa intención con la *ratio* determinará su interpretación final. No es una simple suposición, sino que cuenta con un grado de certidumbre. No es el arbitrio, la creatividad del intérprete el que establece esa suposición, sino surge del examen de la situación misma.

Al relacionar lo anterior con los distintos sentidos de *ratio* y de principio, se advierte que se relacionan. La interpretación en la forma que aquí se ofrece, permite relacionar la *ratio* como facultad con la *ratio* como criterio y principio, y éste a su vez exhibe no sólo su función de comienzo a las operaciones racionales, sino termina en un criterio sustantivo, que es el único que propiamente puede poseer carácter de certidumbre plena, indubitable. Al despojar al principio de su carácter de evidencia, tiende a convertirse en el simple comienzo de operaciones racionales, en la sola justificación supuesta o hipotética que se admite para el sólo efecto de establecer una interpretación posible. Por ejemplo, una interpretación literal, que se admite para el sólo efecto de construir la interpretación, y que sirve de base a la consecuencia que debe procederse en tal o cual sentido, como la de dar toda la herencia del amigo rico al pobre, en el ejemplo citado más atrás. En este caso, la justificación de la solución adoptada, depende de un principio que se *admite*, que la razón humana considera suficiente para fundar una determinada solución, pero no por la consideración del principio mismo en su evidencia. Cuando nos quedamos en la sola justificación, dejando de lado la cuestión del principio y su evidencia, se produce una curiosa aproximación entre este modo de justificar y el uso tópico de principio. Los tópicos son criterios que como tales no se formulan en un sistema de necesidades. De hecho, los tópicos son múltiples, y sólo se establecen con vistas a organizar la argumentación y debate, pero no para concluir con necesidad algo verdadero. Al tratar de mantener los distintos sentidos de *ratio* conectados entre sí en la interpretación, se realiza la noción de principio como algo que se presenta en su

evidencia o máxima certidumbre. La pregunta por la *ratio iuris* tiene una respuesta: el Derecho positivo es fundado en un sistema de principios, por lo cual la interpretación abre el camino a su aprehensión.

¿Qué sucede cuando al principio se le despoja de su evidencia y se le trata sólo como punto de partida? Es lo que ocurre en la actual justificación y la teoría de la argumentación que defienden autores como Perelman, Aarnio, Peczenik. En el apartado siguiente se examinará esta doctrina, tan influyente en la interpretación:

### 3. La Teoría de la Argumentación.

El mundo jurídico contemporáneo asiste al desarrollo de la teoría de la argumentación, que en el fondo significa dejar de lado la cuestión sustantiva del principio, para exhibirlo tan sólo como punto de partida, prescindiendo de una discusión de su contenido, por lo cual la razón opera proponiendo ella misma los contenidos que satisfacen las condiciones que establece desde sí. Perelman es el autor que ha elaborado de manera más completa una doctrina general de la argumentación, bajo el título general de "Nueva Retórica". Su punto de partida está dado por el rechazo a la razón humana como facultad que aprehende la verdad evidente, como proponía Descartes. En una obra que escribió con Olbrechts-Tyteca, sienta las bases de la argumentación (4).

El punto de partida de esta obra es el rechazo de la concepción de la verdad como evidencia, de Descartes. La metodología de las ciencias aparece dominada, según los autores, por un tipo de Lógica que hace suyo el proyecto cartesiano. Pero, al rechazar ese fundamento, es preciso abrir otros horizontes y, por lo mismo, otra Lógica. De ahí que sea menester examinar los modos de razonar que se emplean en las disciplinas humanas, especialmente el Derecho y la filosofía, que no se manejan conforme el modelo lógico deductivo cartesiano. Sobre esta base, si no estamos frente a verdades necesarias, que se demuestran apodícticamente, lo que cabe son modos

4. Chaim Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *La Nouvelle Rhétorique. Traité de l'Argumentation*, en 2 vol., Presses Universitaires de France, 1958.

de razonar tendientes a ganar la adhesión de un auditorio. La argumentación busca influir por medio del discurso racional (sin recurrir a medios emocionales) sobre la intensidad de la adhesión del auditorio a las afirmaciones o tesis que le propone el orador. A diferencia de la demostración —que corresponde a la Analítica de la Lógica de Aristóteles—, la argumentación supone una comunidad espiritual, en la cual deben tener cabida acuerdos sobre el tema a debatir y sobre los lenguajes a emplear. Sobre estos acuerdos se organizan los distintos "esquemas de argumentación", esto es los distintos tipos de argumentación.

En cuanto al nombre de Nueva Retórica, los autores tienen a la vista el esquema clásico de Aristóteles en la metódica de la verdad, que se recordó en la sección anterior: la Analítica, para las demostraciones apodícticas, la Dialéctica, para las argumentaciones a partir de premisas probables, sin verdad cierta, pero colaborando en la búsqueda de la verdad, y la Retórica, como técnica argumentativa para obtener la persuasión del auditorio. Para los autores, la razón humana ya no cree en "revelaciones definitivas e inmutables, cualquiera sea su naturaleza u origen", por eso prescinde de toda evidencia racional, absoluta o mística, sólo tiene un campo para realizar sus operaciones propias: lograr convicciones o adhesiones a las razones que en un momento dado esgrime como racionales (op. cit., pág. 667). Si no hay principios absolutos, lo que queda es un amplio escenario en el que sólo caben afirmaciones conjeturales o relativas, de aquí el valor del debate como forma de sostener convicciones. Los seres humanos viven en sociedad y participan de un lenguaje común con un trasfondo cultural del que provienen —(Husserl habla de una *Lebenswelt*, un mundo de la vida, que cubre la totalidad de la vida y sus formas). Al entrar en distintas formas de relación espiritual, establecen bases comunes de entendimiento, las que son los supuestos fundamentales que todos admiten y sobre los cuales asientan sus juicios. No se trata de la verdad "consensual", en el sentido de Habermas, ni de los "juegos de lenguaje" de Wittgenstein. Toda argumentación presupone una serie de acuerdos básicos, sobre los que se construye. Esto se concilia y adecúa perfectamente con la sociedad democrática actual, que exige de una nueva racionalidad y de una tolerancia correspondiente, en

que los diferentes puntos de vista se debaten abiertamente, sin imponerse por la fuerza. De este modo, cuando se deja de lado el absolutismo de los principios, al que se asocian formas de intolerancia, queda un amplio margen para el debate y la confrontación de opiniones, como condición del progreso y búsqueda de soluciones a problemas que gravitan en el cuerpo social.

Un concepto importante es el de auditorio, que se define, en general, como "el conjunto de aquellos sobre los cuales el orador quiere influir por su argumentación". Para el que argumenta, el auditorio es siempre una construcción, en el sentido de que los argumentos se dirigen a convencer a determinados grupos, que pueden coincidir con los que efectivamente reciben las argumentaciones. Se distingue entre persuadir y convencer: se llama persuasiva una argumentación que pretende valer sólo para un auditorio particular, y argumentación convincente es la que se dirige a obtener la adhesión de "todo sujeto de razón". Esta última noción permite introducir el concepto de *auditorio universal*. Cuando un argumento se dirige a un grupo particular, se corre el riesgo de que este no coincida con la representación que el orador se hace del auditorio al que dirige los argumentos, produciéndose un desencuentro. Aquí radica la debilidad relativa de los argumentos dirigidos a auditorios particulares. Pero, distinta es la situación cuando se trata de argumentaciones que podrían ser aceptadas por todos, esto es, por cualquier sujeto de razón. No es un hecho experimental, sino de la universalidad y unanimidad que el orador se representa, fundados en que el acuerdo del auditorio debería ser universal. Por eso, el auditorio universal, es una suposición.

En realidad, sostienen los autores, el racionalismo en su intento de eliminar toda retórica de la filosofía, se había comprometido en un programa ambicioso que debía conducir al acuerdo de los espíritus gracias a la evidencia racional que podía imponerse a todo el mundo, como creía Descartes. Pero bien puede suceder que el acuerdo universal, esto es aquello en que cualquier espíritu racional debería estar de acuerdo, no sea sino la generalización ilegítima de una intuición universal. El problema es que no hay garantía cierta de una intuición infalible. Por eso, no es posible reconocer en alguien en particular como genuino representante de esa universalidad,

en quien se pueda confiar tanto en su juicio como en su acierto. Por consiguiente, el auditorio universal, en que piensan los autores, se constituye fuera del racionalismo universalizante de origen cartesiano o kantiano. De este modo, recordando la observación de Sartre, la universalidad del auditorio está referida a una universalidad concreta, esto es dirigida a todos los que integran la sociedad en un momento dado y no a la universalidad abstracta del racionalismo. Por eso, el argumentante que invoca un auditorio universal, no lo hace poniéndose a sí mismo como representante de una universalidad abstracta, sino lo hace pensando en los miembros concretos de su medio y en la situación en que se desenvuelve.

¿Qué racionalidad es la que surge de esta situación? En otro estudio, *The Rational and the Reasonable* (5), propone Perelman las bases para el estudio de la racionalidad en el mundo contemporáneo. Racional y razonables son dos términos que derivan de razón, pero no son intercambiables. Reflejan distintas dimensiones de la razón humana. Racional corresponde a la razón en el dominio de las matemáticas, capaz de aprehender relaciones necesarias, que incluso conoce *a priori* verdades auto-evidentes, y que es a la vez individual y universal. La filosofía moderna exaltó este tipo de razón y la racionalidad inherente a ella. Pero, observa Perelman, esta racionalidad sólo tiene aplicación en el dominio puramente teórico; pues "en" el dominio práctico, "racional" significa tan solo que alguien actúa conforme principios racionales. Pero si se trata de la acción del hombre sobre quien pesan factores emocionales, abierto a las influencias del medio en que se desenvuelve, su acción hay que calificarla de "razonable". El hombre razonable es descrito por Perelman en los siguientes términos:

"Está guiado en la búsqueda, en todos los dominios, de lo que es aceptable en su medio, y aún más allá de él, de lo que debería aceptarse por todos. Poniéndose a sí mismo en el lugar de los de-

5. Ch. Perelman, *The Rational and the Reasonable*, en *The New Rhetoric and the Humanities*, págs. 117-123, edit. por D. Reidel Publishing Co., 179, Dordrecht, Holland. Véase sobre esto nuestro estudio *Interpretación, Ratio Iuris y Objetividad*, en que se examina el tema de lo razonable además en Recasens Siches.

más, no se considera a sí mismo una excepción sino procura actuar conforme a principios de acción que sean aceptables para cualquiera. Considera como no razonable una regla de comportamiento que no pueda ser universalizable" (op. cit., pág. 118).

La universalización que aquí se señala es comparable con la universalización del imperativo categórico, con la diferencia que en este último la constrictión de la voluntad está pensada en términos de la subordinación a una necesidad puramente racional, en cambio la universalización de Perelman está concebida como aceptabilidad del medio en que se realiza la acción. Razonable como aceptable significa que el principio se constituye en precedente para situaciones similares, y de aquí proviene el valor de la universalización. Esta característica de lo razonable no significa inmutabilidad, de modo que lo razonable en un momento dado, podría no serlo en otro. De acuerdo con esta posición, la *ratio* teórica se corresponde con una racionalidad caracterizada por "racional" en el primer sentido señalado, y la *ratio* práctica, en cambio, se corresponde con esa racionalidad descrita como "razonable" en el sentido de aceptable por una comunidad en un momento dado.

Aplicando las precedentes nociones al Derecho, resulta: racional, en sentido propio, correspondiente con la *ratio* teórica, significa la admisión de leyes o principios inmutables, ya en la ley natural (de origen divino o puramente racional, en sentido de la filosofía Moderna), ya en los principios generales del Derecho que se postulan como subyacentes en todas las legislaciones vinculados a una idea de humanidad. Razonable, por su parte, es una noción que procura una especie de marco de referencia a conceptos tales como abuso, exceso o mala aplicación, mala fe, iniquidad, arbitrariedad, contrariedad a los principios comunes a todas las naciones civilizadas, etc. Lo razonable impone un límite más allá del cual surgen estas figuras "no razonables". Es así que la noción de razonable en Derecho coincide con la de "solución equitativa", en ausencia de una regla precisa de adjudicación.

La vinculación de lo anterior a la argumentación y, especialmente, la justificación es natural e inmediata. Perelman es un crítico tenaz del racionalismo ilustrado y la postulación de verdades auto-evidentes. Su rechazo al cartesianismo se repite a lo largo de

toda su obra. Su propósito final es lograr una revisión del rol de la razón práctica, a la cual hay que asociar esta importante noción de "justificación". Cada vez que se antepone la exigencia de certidumbre plena, insiste Perelman, se estrecha el campo de acción de la razón a elementos solamente auto-evidentes. La justificación concierne a acciones, intenciones, elecciones, decisiones, no tiene que ver con aserciones que pueden demostrarse o verificarse. Cuando se busca justificar una afirmación, lo que de hecho se hace es justificar la aceptación de ella. Por eso, sólo se puede justificar algo mostrando que es razonable, porque es a lo que se adhiere al tenerlo como verdadero o probable. La justificación racional no es solamente demostrar y calcular, es también deliberar, criticar y refutar; es dar razones en pro y en contra, es argumentar. De ahí la idea de la argumentación racional.

La justificación supone la existencia de una evaluación distinta de lo que se justifica. La justificación concierne a lo que se debate, donde caben a lo menos dos opciones, una afirmativa, otra negativa. Lo que se presenta con carácter de valor absoluto, no puede ser justificado, ni tampoco criticado. En cambio, en la justificación racional se busca la admisión por los demás, su aceptación, pasando por sobre la crítica y el rechazo. Llegamos así a la persuasión, esto es la ~~instrumentación~~ retórica de los puntos de vista que se defienden. De este modo, la multiplicidad de principios de justicia, por ejemplo, "a cada cual lo suyo", "a cada cual según el mérito", o "a cada cual según su necesidad" o "a todos por igual", que se presenta cada cual con la pretensión de valor absoluto, se convierte en una tarea de la razón práctica que defiende alguno de los principios como propuesta razonable para la solución de determinado problema. La razón práctica, concluye Perelman, no pretende ser apodíctica, sino simplemente razonable. No es dogmática, luego está abierta a la discusión y el diálogo. El régimen democrático de libre expresión y discusión de opiniones, pasa a ser el escenario adecuado para el ejercicio de todas las potencialidades de la razón práctica.

Las críticas a la razón moderna que mueve el pensamiento de Perelman se dirigen a una forma de racionalidad que la representa muy bien la teoría de la verdad como evidencia de Descartes. La crítica formulada en contra de la evidencia y la aprehensión inme-

diata (intuición infalible) suele ser insuperable, sobre todo porque no parece posible garantizar que la aprehensión de un individuo sea ella solamente la correcta. Al desaparecer la evidencia como criterio de verdad, no queda más que hacer frente a una multiplicidad de pareceres, los que más allá de las convicciones personales, entran en un cierto juego de competencia y rivalidad, que hacen inevitable los mecanismos de la argumentación. La razón humana de facultad capaz de aprehender principios en su verdad se torna en facultad que dispone las argumentaciones más adecuadas, en donde los puntos de partida son operacionales, aptos a los fines de la razón. Los conceptos de auditorio universal y racionalidad como aceptabilidad son las formas que adopta la razón en el mundo actual.

#### 4. *La vuelta a los Principios.*

La teoría de la argumentación de Perelman, que siguen todos los autores que hacen de la interpretación un modelo de justificación racional, en que lo importante son las operaciones para preparar la aceptación del auditorio, descansa en una concepción del Principio que requiere de un examen más detallado. Los casos de Grocio y Pufendorf permiten ilustrar cómo las distintas concepciones de razón se conjugan y equilibran con las de principio de manera de organizarse y constituir un todo coherente. ~~Pero a medida~~ que la exigencia de certidumbre se conjuga con la discusión sobre el primado de la literalidad promovido por el Protestantismo, se da un curso evolutivo que se enlaza después con el positivismo jurídico contemporáneo. Contrariamente a la posición de autores como Grocio, Pufendorf o Suárez, en la Escuela de la Exégesis se busca conferir a la literalidad el máximo de certeza —recuérdese, por ejemplo, el comentario de Bello al art. 19 del Código Civil, fuertemente influido por esa postura. Esto trae como consecuencia estrechar el campo de acción de la razón, y limitar el rol de los principios y la consideración de la *ratio*. En relación con esta última, se da la tendencia a contraerla a la razón como facultad que opera conforme ciertas pautas.

El positivismo actual sigue, en general, la posición adoptada por los principales representantes del Círculo de Viena, en el sentido de negar todo valor cognoscitivo a las proposiciones morales.

En el mundo jurídico, esto significa pensar las normas en su sola estructura formal, sin relevancia cognoscitiva y ajenas a toda consideración veritativa. La discusión sobre la distinción entre “ser” y “deber ser” prosigue todavía, y sirve de trasfondo para fundar esa posición, aunque muchas veces más que examinada en detalle, es asumida. La consecuencia para la interpretación jurídica es la de disminuir su carácter cognoscitivo, y hacer prevalecer las operaciones racionales que permiten establecer una determinada interpretación. Por eso tienen importancia la teoría de las fuentes y el modelo de subsunción. Es conocida la postura de Kelsen que ve en la interpretación no actividad de conocimiento sino de voluntad.

Pero lo que falta en todo esos análisis es el hacerse cargo de la verdadera naturaleza del saber práctico y, en general, del saber propio de las humanidades. Los principales representantes del positivismo, como Schlick y Carnap, partieron asumiendo el saber teórico, válido para las ciencias naturales y exactas, como la única forma de saber importante, restando valor a otras formas, como el que impera en las disciplinas humanísticas, entre las cuales está el Derecho. Como esta última forma de saber no puede ajustarse plenamente a las exigencias metodológicas propias del saber teórico, en cuanto a su prueba y verificación, se le niega todo valor de saber, quedando entregado así a los resortes emocionales de los seres humanos, por tanto, algo fuera del campo propio del trabajo de la razón demostrativa, única forma que cuenta en definitiva. Esta visión contiene, a mi parecer, un error tremendo, que ha costado a las disciplinas humanísticas, y al Derecho entre ellas, hacer frente a toda suerte de problemas y perplejidades. En realidad, se trata de dos formas de saber: el saber teórico, que es el propio de las ciencias naturales y exactas, del tipo de las matemáticas y la Lógica, y el saber humanístico, designación amplia que cubre todas las disciplinas propiamente humanísticas, entre ellas el arte, la moral y el Derecho. A este último, Dilthey lo llamó ciencias del espíritu. Este saber no tiene por qué pensarse en torno a las exigencias de demostración y verificación (o contrastación) de los saberes teóricos. En este sentido, se entiende el intento de Perelman de mostrar una metodología adecuada a los saberes humanísticos. Pero el principio que aquí tiene importancia es el principio que sirve para la argu-

mentación, sin validez propia, por lo mismo puesto en la tensión de la persuasión. En la época moderna, Suárez subordinó su doctrina de la interpretación a una teología, Grocio y Pufendorf tuvieron en cuenta las dificultades del saber práctico, pero terminaron imponiendo exigencias propias del saber teórico al recoger ciertas formas de evidencia. El positivismo contemporáneo representa la forma más clara de pérdida de sentido del saber práctico y de los saberes humanísticos en general. El debate abierto por las críticas a la razón moderna, en realidad, son críticas al extravío de la razón y pérdida de sentido de la razón en los asuntos humanos. Pero esa crítica, a su vez, no alcanza a formular claramente que es preciso rescatar una forma de saber y sus principios. El saber jurídico que se logra en la interpretación requiere de principios en que fundarse. Así se logra rescatar el rol de la razón en su constitución. Las dificultades que se oponen a la evidencia pueden enfrentarse considerando a la evidencia como criterio de verdad, y haciendo uso del debate dialéctico, esto es de los argumentos dialécticos a la manera del Diálogo de Platón para producir una situación que permita el empleo del criterio de verdad. De ese modo se gana una perspectiva para reinsertar los principios en la constitución del saber jurídico. Principios tales como "nadie puede beneficiarse del daño ajeno", o "no se puede imponer sufrimiento indebido a otro", u otros de respeto a la vida, etc., no pueden ser vistos como bases de argumentos posibles, como sostiene Perelman, se insertan en la comprensión teórica del Derecho, ya como Derecho natural, ya como Principio General del Derecho, ya como fundamento ético del Derecho. La discusión dialéctica tiene por finalidad someter el principio, no a su prueba, pues son indemostrables, sino a su preparación para su afirmación evidente. Los principios se insertan en un todo consistente, y el debate dialéctico tiene por misión exhibirlo.

## MODELOS EPISTEMOLOGICOS Y CIENCIA DEL DERECHO

MARCELO TORRES CACERES \*

En el presente trabajo se pretende ofrecer un instrumento teórico eficaz para la sistematización y comprensión de las grandes líneas del pensamiento jurídico, en tanto tributarias de las influencias que dominan el espectro del conocimiento general en un momento dado. Tal proposición supone la adopción de una perspectiva epistemológica en la visualización de la historia del pensamiento, a partir de la cual, es posible constatar en los diferentes períodos, la subsistencia de estructuras de ideas (o principios cognoscitivos) que cumplen la doble función de ofrecer una simplificación de la realidad y al mismo tiempo proyectarse como pauta interpretativa de ésta. Tales estructuras son las que aquí denominamos "modelos epistemológicos" y a dar explicación de ellas estará destinada la primera parte de nuestra exposición, para luego, en la segunda, enunciar algunas conclusiones que pueden obtenerse de la aplicación de esta herramienta teórica al campo de la ciencia jurídica, entendida ésta en sentido amplio, como conocimiento jurídico, y no como la forma de entender dicho conocimiento propia de la modernidad.

La distinta utilización que la expresión "modelo" ha recibido por las diversas disciplinas científicas hace necesario establecer cuál de ellas es la que nos servirá de base para la reconstrucción de la estructura que intentamos.

\* Ayudante en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.