

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
1 9 9 5

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.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA FILOSOFIA DEL
DERECHO ANTE LA POSTMODERNIDAD:
EL NECESARIO RETORNO DE LA RAZON PRACTICA

NELSON REYES SOTO *

Esta Segunda Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, organizada por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fue convocada bajo el título "Modernidad y Derecho" con el propósito de examinar, a la luz de los diversos saberes jurídicos, de la filosofía y las ciencias sociales, los nuevos desafíos que la época contemporánea está planteando al Derecho. Es decir, se ha querido reflexionar críticamente sobre el Derecho, como realidad social y normativa a la vez que expresiva de valores, en el marco del presente tiempo que con un término más preciso se ha denominado "postmodernidad".

I

1. Se ha dicho que la voz "postmodernidad" (o "posmodernidad"), como denominación de nuestra época, hace su aparición en la historiografía en el voluminoso trabajo de Arnold Toynbee titulado *A Study of History*, obra publicada a partir del año 1933. Aho-

* Profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

ra bien, determinar el momento en que comienza esta época como un período histórico distinto y distinguible del anterior, o sea, de los tiempos modernos o, simplemente, modernidad, no ha sido una cuestión pacífica. Así, por ejemplo, mientras Toynbee parece sugerir que la Edad Moderna termina a fines del pasado siglo ⁽¹⁾, Romano Guardini la despedía en los años cincuenta ⁽²⁾.

En todo caso y cualquiera sea la fecha que se desee poner a los inicios de la postmodernidad —por ejemplo, el término de la Segunda Guerra Mundial— lo que parece indiscutible es que el extraordinario desarrollo de las ciencias y de la técnica experimentado a partir de la mitad del presente siglo ha provocado un fortísimo impacto en la conducta y en el pensamiento del hombre contemporáneo, situación que en conjunto —avance científico-tecnológico e impacto provocado por éste— permite hablar de un cambio de época, de un cambio de cultura, es decir, de nuevos desafíos a la vida humana, de nuevos problemas e interrogantes y de la necesidad de nuevas respuestas.

Las manifestaciones de tal situación son muchísimas, pero me atrevo a pensar que entre las más significativas merece llamarse la atención sobre las siguientes.

Por lo pronto, el paso de la era de la pólvora a la era nuclear ha venido a poner en riesgo la sobrevivencia misma del género humano, de manera que el establecimiento de una paz internacional se nos plantea como una necesidad tan valiosa y urgente como angustiante.

Por otra parte, el acelerado proceso de industrialización, junto con los esperados beneficios que ha traído para la calidad de la vida humana, está representando una amenaza tan fuerte para el equilibrio ecológico y la subsistencia de los recursos naturales que respecto de las generaciones de un futuro no tan lejano también se hace incierta la vida sobre el planeta.

1. Puede verse A. TOYNBEE, *Estudio de la Historia*, Compendio de D. C. Somervell, trad. Luis Grasset, 3 vol., Alianza, 2ª edic., Madrid, 1971.

2. Véase, R. GUARDINI, *El fin de los tiempos modernos*, trad. Alberto Bixio, Sur, 1ª edic., Buenos Aires, 1958.

Asimismo, especialmente durante las últimas décadas del siglo, hemos sido testigos del enorme avance de las llamadas ciencias de la vida, o sea, la medicina tradicional, la biología molecular, la biofísica, la bioantropología y otras tantas, cuyas investigaciones, orientadas naturalmente al fomento y a la mejoría de la vida humana, sin embargo, han sembrado muchas dudas y provocado gran incertidumbre en torno a si la aplicación y el manejo de tales aportes científicos traerán más consecuencias negativas que positivas para el hombre.

Por último, cabe mencionar el significativo progreso experimentado por las tecnologías de la información que ha llegado a convertir a la informática en símbolo de la cultura contemporánea, de suerte que suele hablarse de sociedad de la información para aludir a nuestro actual modelo de convivencia o, al menos, del modelo de las comunidades relativamente más desarrolladas. El impacto que este desarrollo tecnológico ha provocado en nuestras formas de vida está fuera de toda duda ⁽³⁾. Por una parte, la comunicación se ha tornado más próxima y la información más rápida y completa; pero, por otra, algo tan propio al ser humano como es su vida personal, o, si se quiere, su intimidad o privacidad se ha visto repentinamente asaltada o simplemente comprometida por la intromisión desconocida de recolectores de informaciones y mayormente por el proceso de elaboración cruzada de datos que terminan revelando aspectos ocultos de nuestra personalidad y que pueden ser usados con cualquier fin.

2. No parece necesario que abunde en más ejemplos. Con los indicados creo que queda suficientemente ilustrado un aspecto de la situación que caracteriza nuestra época: el relativo al hecho mismo del extraordinario desarrollo científico y tecnológico y a sus to-

3. Gianni Vattimo piensa que la modernidad termina cuando no es posible concebir la historia como una "entidad unitaria" y agrega que un factor determinante para "disolver la idea de historia y acabar con la modernidad" ha sido "la irrupción de la sociedad de la comunicación". Su sentencia es que "en el nacimiento de una sociedad posmoderna desempeñan un papel determinante los medios de comunicación". Véase G. VATTIMO *Posmodernidad: una sociedad transparente?*, en "En torno a la posmodernidad", G. Vattimo y otros (Anthropos, Barcelona, 1991), p. 12.

avía inciertas repercusiones para la vida humana. Más importante resulta plantearse la reacción a tales impactos, es decir, cómo se han asumido y cómo deberían asumirse estas nuevas realidades.

Un desafío puede representar un estímulo o una amenaza desalentadora. Y es posible constatar que es de esta última forma como se ha experimentado por muchos la incertidumbre emanada de los nuevos descubrimientos y adelantos de la ciencia y la técnica. Estos hechos han suscitado eventuales amenazas a ciertos valores individuales y sociales y han puesto de manifiesto un cierto desfase entre la ética y la ciencia que, interpretado como crisis de los valores tradicionales, ha conducido a vastos sectores de la población de las sociedades más desarrolladas "a la sustitución de imperativos idealistas por otros substancialmente materialistas y al intento de llenar este vacío mediante el escapismo hacia el esoterismo seudorreligioso, la metapsíquica o el panteísmo ecologista" (4), como es el caso, por ejemplo, del difundido movimiento *New Age* y últimamente de la llamada *Deep Ecology* (5). En una frase, se ha producido un "abandono de la racionalidad" (6) y su origen estaría —según un

4. Ramón MARTIN MATEO, *Bioética y Derecho* (Ariel, Barcelona, 1987), p. 29.

5. El fenómeno *New Age* tuvo su origen en California y aparece vinculado al libro *El regreso de Cristo* de Alice Ann Bailey (1880 - 1948); pero, su difusión se ha debido especialmente a la obra que en 1980 publica Marilyn FERGUSON, titulada *La conspiración de Acuario. Transformaciones personales y sociales en este fin de siglo* (Trad. castellana, Kaitós, Barcelona, 1990). Por su parte, el movimiento de la *Deep Ecology* debe su nombre y actual configuración al filósofo noruego Arne Naess, quien a través de la revista *Inquiry* —fundada por él en la década del setenta— ha proporcionado las bases teóricas de esta corriente ecologista. Cfr. V. BELLVER, *Ecología. De las razones a los derechos* (Ecorama, Granada, 1994), pp. 41-4 y 50-4.

6. Expresión que usa J. BALLESTEROS, en *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia* (Tecnos, Madrid, 1990), p. 13, para calificar el postestructuralismo francés y el llamado *pensiero debole* como respuestas al "fracaso de la ideología del progreso inevitable, eje de la modernización tecnocrática".

autor— en un cierto "malestar ante lo moderno y especialmente frente a la ilustración" (7).

¿Ha fracasado la razón? La pregunta puede parecer como una paradoja si dirigimos la mirada al progreso científico y tecnológico; pero el carácter paradójico de ella se disuelve si observamos cómo junto a los importantes datos y procedimientos que ofrecen las ciencias naturales y a los nuevos instrumentos creados por la tecnología, el hombre se encuentra perplejo frente a cuándo, cómo y dentro de qué límites debe obrar en el marco de tales adelantos. Entonces, ¿ha fracasado la razón práctica? O, mejor aún, ¿ha fracasado la razón por haberse descuidado el hecho de que tan importante como el ejercicio teórico o teorético de la razón lo es su ejercicio práctico? Según Arthur Kaufmann, "el cargo decisivo de lo postmoderno contra lo moderno, esta ilustración perenne que ha dispuesto todo como puro señorío y utilidad del saber, consiste en que se ha demostrado incapaz de dar respuestas a los interrogantes que son verdaderamente de importancia para los hombres"; y concreta esta acusación en "el problema de la libertad, que conforme a la opinión de muchos autores postmodernos, ha sido fundamentalmente incomprendido por los modernos" (8). Por su parte, Jesús Ballesteros parece confirmar en cierto sentido tal acusación, a la vez que la hace extensiva al problema de la igualdad, cuando señala como rasgo típico de la modernidad aquel "modo de concebir la democracia que oscila disyuntivamente entre la búsqueda de la libertad y el pluralismo, y la búsqueda de la igualdad y la homogeneización" (9).

3. Por mi parte, estimo que los anteriores reproches al pensamiento moderno no andan muy desencaminados si observamos que el impacto del progreso científico-tecnológico ha hecho patente y ha

7. Con estos términos resume A. KAUFMANN, en *La filosofía del derecho en la posmodernidad* (trad. Luis Villar, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992), pág. 6, la crítica al movimiento *New Age* que hace G. KUENZLEN en *El retorno de los brujos: New Age. Una crítica*.

8. op. cit., pp. 6-7.

9. op. cit., p. 71.

agudizado la existencia de problemas vinculados a ciertos valores éticos; que entre los valores en cuestión aparece recurrentemente el de la libertad, y que los tales problemas están reclamando una solución que supone el regreso a ese antiguo hábito que los griegos practicaban y nos lo enseñaron: el ejercicio de la razón práctica. Intentaré justificar mis afirmaciones sobre la base de dos breves ejemplos.

3.1. El primero tiene que ver con la integridad moral de las personas y exactamente con la intimidad de éstas, ya que la expresión integridad moral incluye otros bienes éticos como el honor o la propia imagen. A juicio de Luis García San Miguel, “el problema de la intimidad es. . . uno de los más interesantes, tanto para el ciudadano como para el jurista. A aquél le preocupa que su intimidad pueda verse asaltada aunque, a veces desearía penetrar en la de los demás. Este —el jurista— se encuentra con la dificultad de resolver los problemas que plantea un derecho cuyos contornos no están bien delimitados, ni por la ley ni por la jurisprudencia” (10). El derecho a la intimidad se hace problemático —agrego yo— porque está en tensión permanente con ciertas libertades como las de expresión e información. Y en este conflicto se han esgrimido argumentos en favor de ambos extremos. Quienes se inclinan por la libertad de información arguyen que si una persona se comporta correctamente no ha de temer ni molestarse porque se enteren de su vida; y añaden que en caso contrario aparece justificado el conocer los malos actos de una persona para saber a qué atenerse en las relaciones con ella. Quienes, en cambio, prefieren salvar siempre el derecho a la privacidad objetan que hay aspectos personales del ser humano que merecen ser mantenidos en la intimidad de nuestra vida y destacan el hecho de que la información a que pretenden tener derecho los extraños no se funda siempre en legítimos propósitos o intereses sino que de ordinario obedece a una mera curiosidad malsana.

Por lo que se refiere a la fijación de los límites de ambos derechos se ha recurrido al concepto de interés público o general, es-

10. L. GARCIA SAN MIGUEL, *Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión*, en “Estudios sobre el derecho a la intimidad” (L. García San Miguel, editor, Tecnos, Madrid, 1992), p. 15.

timándose comúnmente que éste debe prevalecer sobre el interés individual de la persona. Claro está, sin embargo, que el concepto de interés público no es muy definido, de manera que algunos entienden por tal el interés del público en general mientras otros lo identifican con una noción más cercana al clásico concepto de bien común.

La cuestión se ha venido a agudizar por la presencia de las nuevas tecnologías informáticas que representan o constituyen un poder social antes desconocido y fruto de la enorme cantidad de datos personales que pueden recogerse, almacenarse y usarse con completo desconocimiento de los afectados. Para algunos estudiosos la posesión y uso de tales datos es una manifestación más de la libertad de iniciativa económica y merecería el nombre de “libertad informática”. Para otros, en cambio, el asunto sería exactamente al revés. Es decir, la libertad informática representa una prerrogativa que se opone al poder informático y más bien le fija sus límites y funciones. De manera que la libertad informática sería la actual fórmula que reemplaza el clásico *right to privacy* (derecho de la intimidad), porque no posee simplemente un significado pasivo, o sea, de mera defensa ante la intromisión ajena, sino que ha alcanzado un sentido activo. La libertad informática consistiría no sólo en la garantía de un ámbito de intimidad, sino además “en la facultad de acceso, de control, de rectificación y de cancelación de los datos personales insertos en un banco de datos” (11).

3.2. El segundo ejemplo tiene como eje central la vida humana. La vida del hombre ha sido objeto de especial atención por parte del conocimiento científico, y por lo pronto podría afirmarse que en principio tanto las llamadas ciencias de la vida como, por supuesto, la actividad científica en general no habrían de estar sujetas a ningún tipo de restricción, lo que equivale a postular la plena libertad de investigación. Sin embargo, en el caso puntual de las investigaciones genéticas se plantea la posibilidad de serios riesgos ante lo imprevisible o incontrolable de sus resultados, por lo que se han levantado voces de alarma que invocando el principio de la dignidad

11. V. FROSINI, *La protección de la intimidad: de la libertad informática al bien jurídico informático*, en “Derecho y tecnología informática”, 3, (Bogotá, Enero de 1990), p. 22.

humana consideran justificado frenar o poner algún límite a tales investigaciones.

Pero, como bien dice Ramón Martín Mateo “lo que en estos momentos suscita más dramatismo es la opción en términos éticos por alternativas antagónicas relacionadas con los comienzos y la extinción de la vida” (12). En efecto, la posibilidad de práctica del aborto ha generado probablemente la más aguda y enconada controversia entre adversarios y partidarios de tal ejercicio y ella refleja la oposición entre el derecho a la vida del que está por nacer y la llamada libertad de elección de su progenitora; a esto se puede añadir que en el caso de aquellas sociedades que han legalizado la práctica abortiva, todavía puede verse comprometida la libertad de conciencia del médico llamado a intervenir, en el supuesto que éste sea contrario a tal acción. A su vez, la prolongación artificial de la existencia humana ha sido también una cuestión fuertemente contestada por los partidarios de la eutanasia pasiva, quienes —lo mismo que aquellos que incluso se inclinan a favor de una eutanasia activa— se apoyan en la libertad que tendría toda persona de morir con dignidad.

Como fácilmente se puede apreciar, el terreno de la medicina y de las ciencias de la vida en general es muy fértil para generar conflictos de valores y en él, como quizás en ningún otro, se puede constatar el considerable desfase entre el progreso de las ciencias naturales y el de las ciencias sociales y la ética, desfase que ha producido desorientación en los científicos, en los políticos y en el ciudadano común.

Se podría pensar que la responsabilidad de dar solución a problemas de esta índole corresponde finalmente a los legisladores e incluso a los jueces ya que de ambos emanan las directivas que con respaldo coactivo regulan la vida social. Y no puede haber duda de que ulteriormente esto es así, porque es a través del proceso legislativo como se establecen las reglas de comportamiento social y es por vía del ejercicio de la jurisdicción como se resuelven en definitiva los conflictos de intereses. Sin embargo no puede olvidarse que tanto el legislador como el juez —y éste, mayormente en los siste-

12. op. cit., p. 27.

mas jurídicos no legalistas que en los legalistas, aunque no exclusivamente en esos— habrán de adoptar su posición y la correspondiente decisión conforme a algún principio, de acuerdo a alguna pauta o guía racional de conducta. Entonces con toda razón, «la cumbre de jefes de Estado de países altamente industrializados celebrada en Bonn, en 1985, debatió un informe en el que se afirmaba que: “los valores esenciales de la vida están hoy en cuestión; la bioética es más importante que nunca”» (13).

3.3. Pues bien, los dos ejemplos que he dado ponen de manifiesto que lo que se está echando de menos en esta época no son tanto las decisiones técnicas sino las decisiones éticas. Por lo demás, bien se sabe que, al menos hoy en día, toda decisión técnica implica, se quiera o no, una decisión ética. Dicho de otra forma, lo que está en juego actualmente es una cuestión de principios y de criterios racionales acerca de cómo se debe actuar. La ausencia de éstos habría contribuido a gestar esa actitud de irracionalismo que según algunos está caracterizando a la cultura contemporánea y que sería un signo indubitable de que estamos viviendo una época de crisis.

Yo no quiero exagerar las cosas y menos dramatizar. Simplemente deseo concluir ahora que el reproche que se ha dirigido a la modernidad de que ésta no ha sabido dar respuesta a las cuestiones verdaderamente importantes para el hombre, es un reproche del que parece no puede excluirse a la filosofía jurídica.

I I

1. En los albores del siglo XVIII —en 1705 si se quiere más exactitud— Christian Thomasius, en la obra “Fundamentos de derecho natural y de gentes” marcó la culminación de un proceso de disociación del derecho, la moral y la política. En el siglo XIX aparece la llamada teoría general del derecho que, pretendiendo ocupar el puesto de la filosofía jurídica, abandona toda preocupación por los contenidos y la reemplaza por el estudio de las estructuras lógicas y los conceptos formales del derecho. El modelo más acabado

13. Según dice R. MARTÍN MATEO, cit., p. 22.

y puro de este nuevo enfoque lo encontramos durante el presente siglo en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, para el cual, como es bien sabido, la justicia es una idea irracional. También en nuestro siglo hacen su entrada en escena el realismo jurídico escandinavo y la corriente analítica. El primero, con su concepto estricto de realidad ha auyentado toda posibilidad de reflexión sobre los valores y acabó con cualquier idea de obligación o deber. La segunda, tanto en el plano de la moral como en el del derecho, ha desarrollado un discurso de segundo grado, es decir un análisis del o sobre el discurso de los moralistas y juristas, como única forma de una reflexión filosófica racional.

Debe quedar en claro que yo no estoy totalmente en contra de ninguna de las doctrinas mencionadas. Antes, bien, considero que todas ellas han realizado en cierto sentido algún aporte significativo a la comprensión de esa compleja realidad social que identificamos con el término derecho. Así, por ejemplo, Thomasius nos mostró un camino por el que transitar si se quiere salvaguardar la libertad de pensamiento y de conciencia. Kelsen nos enseñó la conveniencia metodológica de deslindar la ciencia jurídica en sentido estricto de otras perspectivas del conocimiento como pueden ser la filosofía jurídica, moral y política. El realismo jurídico escandinavo ha rescatado la dimensión práctica, empírica o sociológica del conocimiento jurídico. Y la filosofía analítica nos ha dado bastante luz acerca de los conceptos y acerca del uso de los términos del discurso moral y jurídico. Sin embargo, debe quedar en claro también que por largo tiempo el gran ausente en la teoría jurídica ha sido el discurso de la razón práctica o, con un nombre más acotado y familiar a nuestro campo de estudio, el tema de la justicia, o sea, el tema del derecho justo o de aquello que debe ser derecho.

Desde Bentham, pasando por Austin, Kelsen y Bobbio, hasta Hart, se ha marcado una separación tajante entre dos mundos que suelen mencionarse a través de algunos de estos binomios: derecho como es y derecho como debe ser, derecho real y derecho ideal, el hecho del derecho y el valor del derecho, ciencia del derecho y política jurídica, derecho y ética, teoría del derecho y filosofía jurídica, etc. Y aunque estas varias parejas de términos no son exactamente sinónimas entre sí, con ellas se ha querido establecer, des-

de diversas perspectivas y en el mejor de los casos, una suerte de división del trabajo intelectual frente a los problemas que suscita la experiencia jurídica o, si se quiere, con ellas se ha señalado la conveniencia de distinguir dos enfoques en el estudio del derecho. Pues bien, de acuerdo con esta distinción, el tema del derecho justo ha sido eliminado del campo de estudio que se identifica con el primero de los términos en cada uno de los binomios mencionados y su destino ha sido el quedar situado en el terreno que se señala con la segunda expresión. Dicho abreviadamente, la cuestión de la justicia no es materia de la ciencia del derecho o teoría jurídica en sentido estricto, sino que es asunto de la ética. Y en su particular conexión con el derecho y la vida social organizada se perfila como una cuestión ético-jurídica y ético-política y se convierte, por lo tanto, en objeto de unos estudios que se identifican con los nombres de filosofía del derecho y filosofía política.

Ahora bien, este desplazamiento de la justicia al campo de la ética, si bien representa objetivamente una división del trabajo intelectual y en este sentido una distinción de enfoques que no merece grandes reparos, también es algo que en buena medida responde a la idea de que la determinación de lo justo es un anhelo que escapa al conocimiento racional y por esto no puede ser ocupación de una teoría del derecho que pretenda alcanzar un nivel científico. Como se sabe, bajo cualquier denominación particular —filosofía moral, jurídica o política— la ética se ha ocupado en algún sentido de objetos como lo bueno, lo recto, lo justo y lo obligatorio. Pero, como también se sabe, el *status* epistemológico de esta disciplina no ha sido una cuestión pacífica. Durante unos siglos se aceptó sin grandes dudas la posibilidad del conocimiento práctico y se pensó que la ética podía responder a esta pregunta fundamental: ¿qué debemos hacer? Sin embargo, esta fe en la razón práctica no subsistió generalizadamente y desde hace algún tiempo no se ha visto con buenos ojos la pretensión normativa de la ética y en reemplazo de este propósito se ha postulado, en este siglo, un enfoque analítico del discurso y del lenguaje moral, enfoque que ha dado lugar a lo que se conoce como “metaética”. El emotivismo de C.L. Stevenson, el imperativismo de A.J. Ayer y el prescriptivismo de E.M. Hare se cuentan entre las versiones más importantes de la metaética en el cam-

po de la filosofía general y para la proyección de este punto de vista al ámbito específico de la filosofía del Derecho se puede tomar como ejemplo a la teoría analítica de H. L. A. Hart.

2. Sin embargo, este panorama parece haber comenzado a cambiar a partir de los años sesenta. En efecto, los trabajos de CH. Perelman, J. Rawls y J. Habermas, entre varios otros, representan interesantes esfuerzos por rehabilitar la filosofía práctica y permiten pensar en un cambio de marcha en la filosofía moral, jurídica y política. Parece justificado, entonces, que nos ocupemos de ellos aunque sea brevemente.

2.1. En la obra titulada *Tratado de la argumentación.- La nueva retórica*.⁽¹⁴⁾ y en otros escritos menores, como, por ejemplo, *Cinq leçons sur la justice*⁽¹⁵⁾, Chaim Perelman ha desarrollado una teoría del razonamiento práctico en general y de la fundamentación de la justicia como valor, que tiene como presupuesto necesario la apertura del concepto de racionalidad a un modo de pensar distinto del que opera en el terreno del conocimiento estrictamente científico. Y la necesidad de tal presupuesto se explica por el propósito que anima el trabajo del autor y que se resume en la idea de no abandonar en manos del irracionalismo aquellas cuestiones vinculadas con valores, principios de conducta y normas, es decir de cuestiones sobre las que se habla y se debate bajo las denominaciones de ética, filosofía política y filosofía jurídica. En efecto, si la racionalidad se reduce al modelo de conocimiento que se expresa en enunciados lógicamente necesarios o empíricamente verificables, no queda más que condenar a la irracionalidad a todo el tema de la ética en general, porque en este campo no hay exactitudes ni evidencias sino que es el campo de lo verosímil, de lo plausible, de lo probable. Sin embargo, a Perelman le parece injustificado ese con-

14. CH. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation.- La nouvelle Rhétorique*, PUF, París, 1958.- Hay versión castellana de la 5ª edic., Editions de l'université de Bruxelles, Bruxelles, 1989; *Tratado de la argumentación.- La nueva retórica*, trad. Julia Sevilla, Gredos, Madrid, 1994.- Cito por ésta.

15. CH. PERELMAN, *Cinq leçons sur la justice*, en "Droit, morale et philosophie" (2ª edic., L.G.D.J., París, 1976), pp. 15-66.

cepto tan estricto de racionalidad; para él, "razonar no es solamente verificar y demostrar, sino también deliberar, criticar y justificar, esto es, dar razones a favor y en contra; es decir, en una palabra, argumentar". De acuerdo con esto, entonces, quedaría salvada la posibilidad de considerar que una justificación ética es también racional o, al menos, razonable⁽¹⁶⁾.

A través de su teoría de la argumentación, que se presenta como un complemento de la teoría de la demostración —objeto de la lógica formal—, Perelman se propone rescatar la posibilidad del conocimiento práctico; y su construcción intelectual se afirma básicamente en el concepto de "auditorio". Se trata de una noción que el autor saca de la retórica tradicional y que marca con un sello distintivo su teoría argumentativa. En efecto, de acuerdo con las clásicas doctrinas de la retórica, la idea de que el orador a través de su discurso lograra obtener la adhesión del auditorio y que para conseguirla eficazmente debía adaptarse a éste, era esencial. Análogamente, Perelman concibe toda argumentación en función de un auditorio al que se pretende persuadir o convencer, lo que supone a su vez que para argumentar bien es necesario otorgar un valor a la adhesión o concurso mental del interlocutor e incluso adaptar el discurso al auditorio. Pero, ¿qué es un auditorio? El autor lo define desde la perspectiva de la retórica como "el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación". Y luego, desde el punto de vista argumentativo, distingue tres tipos de auditorio: el constituido por el propio sujeto que delibera sobre los fundamentos de su actuar, el formado por un solo interlocutor, cuando dialogamos; y en tercer lugar, el representado por toda la humanidad y al que llama "auditorio universal". Ahora bien, con este último auditorio se vincula otra importante distinción en la teoría de la argumentación: la que existe entre convencer y persuadir. Quien persuade obtiene pura y simplemente el asentimiento de un auditorio; quien convence logra una adhesión racional. Por lo mismo, una argumentación persuasiva sólo es eficaz y no pretende valer sino para un auditorio particular, en cambio, una argumentación convincente y que podemos llamar válida tiene el sentido de conquistar

16. *Tratado*, cit., pp. 30-3; *Cinq*, cit., p. 50 y en general pp. 45-56.

el acuerdo de todo ser racional, o sea, de toda la humanidad (17).

La distinción de los tres tipos de auditorio ya mencionada — que Perelman recoge de la tradición filosófica desde la óptica argumentativa— representa los tres modelos susceptibles de operar como criterios para decidir si una argumentación es convincente o no lo es. Sin embargo, el autor se inclina, sin lugar a dudas, por el auditorio universal como norma de la argumentación objetiva: el asentimiento de este auditorio es el criterio de la racionalidad y objetividad de la argumentación. Pero, el acuerdo del auditorio universal no significa un hecho empíricamente comprobado, sino cierta unanimidad y universalidad que ha de imaginarse quien argumenta; es decir, “el acuerdo del auditorio universal no es una cuestión de hecho, sino de derecho”. Y aun así, tampoco corresponde a la totalidad de los hombres de que se compone el género humano, sino que Perelman lo restringe a “todos los hombres adultos y normales” y más precisamente a “todos los hombres razonables e informados”. Este auditorio, así concebido, representa el principio básico de racionalidad de toda argumentación; y parafraseando el imperativo categórico de Kant se nos formula de la siguiente manera: “Debes comportarte como si fueras un juez cuya *ratio decidendi* debiera proporcionar un principio válido para todos los hombres” (18).

La referencia a tal principio suministra, entonces, varios criterios particulares de validez para la argumentación; criterios que si bien Perelman no señala en forma puntual ni sistemática, pueden extraerse de su pensamiento sin mayor dificultad. Resumidamente expuestos, tales serían los siguientes: a) sinceridad y responsabilidad, porque quien se dirige al auditorio universal se está dirigiendo también a sí mismo; b) imparcialidad, porque si ésta falta sólo se podrá persuadir pero no convencer; c) apertura al diálogo y respeto por aquellos puntos de vista sobre los que no logramos acuerdo, porque nuestros juicios no estarán nunca exentos de toda posibilidad de error o, como dice expresamente el autor, “en filosofía no hay cosa juzgada”; d) intención de universalidad, aunque su efectiva reali-

17. *Tratado*, pp. 36, 38, 39, 50, 54, 55, 63, 65-7 y 70.

18. *Tratado*, pp. 70-2; *Cinq.* pp. 57-65.

zación jamás esté asegurada (19), y e) el principio de “inercia”. Según este principio, una idea que ha sido aceptada por la sociedad como un elemento integrante de los valores y las conductas habituales de ésta, no puede ser rechazada sin un motivo justificado; es decir, que la carga de la prueba recae en quien pone en duda esa idea ya aceptada. Esto no significa inmovilismo social o intelectual, sino simplemente que “sólo el cambio debe ser justificado”. Según Perelman, este principio da sentido a la apelación al precedente y a las normas y principios ya aceptados en la jurisprudencia y en la ética; más aún, según el autor, tal principio cumple una función estabilizadora en la vida social e intelectual (20).

La teoría de la argumentación de Ch. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca ha influido notoriamente en el modelo de J. Rawls y en el de L. Habermas, como se podrá apreciar de lo que expondré a continuación, pese a que tal influencia no haya sido reconocida expresamente por estos últimos. Pero veamos.

2.2. La teoría de la justicia de John Rawls, expuesta en su libro que lleva el mismo nombre (21), es probablemente la teoría de filosofía jurídica y política más influyente y debatida internacionalmente en las últimas dos décadas y representa un serio intento por someter el establecimiento de los principios de justicia a una “elección racional”. En *A Theory of justice* el autor recoge las ideas expresadas en varios ensayos publicados a partir de 1958, dándoles una reformulación unitaria y sistemática. Pero en un escrito anterior a esta fecha, anticipaba lo que en su opinión es el método adecuado para adoptar decisiones en el campo de la ética cuando señalaba que la objetividad o subjetividad del conocimiento moral no depende de la existencia de valores ideales o de si los juicios morales son producto de emociones, sino que depende de si existe un método razonable para justificar o invalidar determinadas reglas y decisiones

19. *Cinq.* pp. 58-66.

20. *Cinq.* pp. 19-20.

21. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard College, 1971.- Hay traducción castellana de ésta: *Teoría de la Justicia*, trad. María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.- Cito por ésta y con la sigla TJ.

morales; es decir, que para establecer la objetividad de una pauta y de una decisión moral sólo hace falta encontrar un "procedimiento" de elección que sea a la vez razonable y fiable para elegir entre normas y entre conductas acordes con ellas (22). Entonces, muy consecuentemente con este planteamiento inicial, Rawls nos ofrece una teoría de la justicia puramente procedimental. En efecto, el autor distingue tres modelos de justicia: a) "la justicia procesal perfecta", que se caracteriza porque en ella existe un criterio para determinar lo que es justo, que es independiente del valor del procedimiento, pero además existe un procedimiento adecuado para alcanzar lo que ya se sabe que es justo; b) "la justicia procesal imperfecta", en la que también existe un criterio definido sobre lo que es justo, independiente del procedimiento que haya de seguirse para lograrlo, pero no hay un procedimiento eficaz para obtener el resultado; y c) "la justicia puramente procesal", que se da cuando no se conoce un criterio sobre lo correcto, en forma previa e independiente de un procedimiento adecuado para un resultado correcto, pero en cambio existe el procedimiento válido o correcto que asegura la obtención de un resultado también correcto (23). Pues bien, Rawls encaja su teoría en este tercer modelo: el de la "justicia puramente procesal".

El objeto preciso de la teoría de Rawls es la justicia social, o sea, la que atañe a las instituciones sociales básicas, como por ejemplo, la constitución política. . . , la protección jurídica de la libertad de pensamiento y de conciencia, la competencia mercantil, la pro-

22. J. RAWLS, *Esbozo de un procedimiento de decisión para la ética*, en "Justicia como equidad" (trad. Miguel Angel Rodilla, Tecnos, Madrid 1986), pp. 1 y ss.

23. Rawls nos da ejemplos de los tres modelos. 1) *Justicia procesal perfecta*: es el caso de la distribución de una torta, en que de antemano se sabe que lo justo es una repartición igualitaria y el procedimiento adecuado para esto consiste en que la persona que divide la torta toma la última porción, dejando que los otros escojan antes. 2) *Justicia procesal imperfecta*: sería el caso de un proceso penal, porque aquí lo justo es castigar al verdadero culpable de los hechos que se investigan, pero no hay un procedimiento exacto que asegure este resultado. 3) *Justicia puramente procesal*: queda ilustrada con los juegos de azar. Ver, *TJ*, 14, pp. 107-9.

riedad privada de los medios de producción" (24), etc. Y su propósito es llegar a establecer ciertos principios de justicia que sirvan de base para: a) asignar los derechos y deberes fundamentales y b) determinar la correcta distribución de las cargas y beneficios que genera la cooperación social (25). Y para lograr este propósito, el autor recurre a la fórmula tradicional del contrato social representada por Locke, Rousseau y Kant, pero generalizada y llevada a un nivel más alto de abstracción, de suerte que para Rawls se trata indubitablemente de un simple recurso metodológico para establecer los principios de justicia básicos ya indicados y no para justificar una determinada sociedad o una determinada forma de gobierno. En síntesis, el objeto del acuerdo inicial son los referidos principios (éticos) de justicia para la estructura básica de la sociedad, acuerdo que —hay que recalcarlo— es puramente hipotético: "la concepción contractual mantiene que ciertos principios serían aceptados en una situación inicial definida" (26). Y con esto pasamos a un concepto clave en la teoría de Rawls: el de "situación originaria". Porque así como es propio de la clásica teoría del contrato social el vincular a éste con un cierto estado (de naturaleza) primario, previo al pacto y en cuyo ámbito tiene lugar el acuerdo, análogamente, el autor imagina una determinada situación inicial u original en cuyo marco tendría lugar el convenio sobre los principios fundamentales de justicia (27).

Esta situación originaria representa las condiciones y restricciones que según Rawls "parece razonable imponer a los razonamientos sobre los principios de justicia" (28) y su caracterización a grandes rasgos es la siguiente: a) Los miembros del grupo son personas racionales y mutuamente desinteresadas, en el sentido de que están preocupadas por promover sus propios intereses y no tienen preo-

24. *TJ*, 2, p. 23; 10, p. 75; 43, p. 312.

25. *TJ*, 1, p. 21; 2, p. 23; 3, p. 28.

26. *TJ*, prefacio, p. 10; 3, pp. 28 y 33; 6, p. 47.

27. *TJ*, 3, p. 29.

28. *TJ*, 4, p. 36.

cupación por los intereses ajenos o, si se quiere, no están dispuestos a sacrificar sus propios intereses en beneficio de los demás sujetos; y más precisamente, según advierte el autor, el concepto de racionalidad hay que entenderlo en su significado que le atribuye comúnmente la teoría social y económica, o sea, como la eficacia empleada en la elección de los medios para los fines que se quieran alcanzar ⁽²⁹⁾. b) Todas las personas se encuentran en un plano de libertad e igualdad, de modo que tienen los mismos derechos en el procedimiento para escoger principios, gozan de iguales ventajas y está excluida cualquier diferencia de poder emanada de condiciones naturales o de circunstancias sociales ⁽³⁰⁾. c) Todos están cubiertos por “un velo de la ignorancia” en cuanto a las contingencias y particularidades que provocan desigualdad entre los hombres; así, todos desconocen su posición o *status* social, la suerte que han tenido en la asignación de capacidades naturales, sus ideas acerca del bien e incluso no conocen las características singulares de su sociedad, etc.; sólo saben acerca de aquellos hechos generales de la sociedad humana que influyen en la elección de los principios de justicia, tales como, las bases de la organización social y política o los principios de la teoría económica ⁽³¹⁾.

Por supuesto que esta posición originaria es también una situación puramente hipotética: es sólo una situación ideal de equidad o imparcialidad que ha de imaginarse y suponerse como condición necesaria y al parecer suficiente para poder llegar a definir ciertos principios básicos de justicia. Dadas la simetría de las relaciones entre las partes y las circunstancias que caracterizan a la posición original, el pacto o convenio sobre los principios de justicia será justo y lo será precisamente porque se ha celebrado en una situación inicial que es justa, en cuanto es imparcial. Estas ideas reflejan plenamente el sentido íntimo de la teoría de la justicia de Rawls así como explican la denominación que él le ha dado: “justicia como impar-

29. *TJ*, 3, pp. 28 y 31; 4, p. 37; 22, p. 155; 25, pp. 169, 170 y ss.

30. *TJ*, 3, p. 29; 4, pp. 36 y 37.

31. *TJ*, 3, p. 29; 4, p. 36; 24, pp. 163, 164 y ss.

cialidad o equidad” ⁽³²⁾. Pues bien, supuesta esta posición originaria los hombres deberían concluir un pacto cuyo contenido está representado por los dos siguientes principios básicos de justicia. Primero: “cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos”. Segundo: “las desigualdades sociales y económicas habrán de ser estructuradas de manera tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todas, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”. El primer principio consagra la plena igualdad en la asignación de derechos y obligaciones fundamentales, mientras que el segundo establece que las desigualdades sociales y económicas son justificables sólo si producen beneficios compensadores para todos y especialmente para los menos aventajados de la sociedad ⁽³³⁾. Según el autor, estos dos principios son “los que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitivos de los términos fundamentales de su asociación” ⁽³⁴⁾.

Pero, si la elección de los principios de justicia está tan fuertemente condicionada por las características de la posición inicial, resulta que la validez de tales principios depende del valor que tenga la caracterización de dicha posición. Y entonces, cabe preguntarse por la justificación de la interpretación que hace Rawls de la situación originaria, como forma de juzgar a la vez la legitimidad de los principios de justicia escogidos. Según el autor, una determinada caracterización de la posición original se justifica en la medida que los principios a que ella conduce respondan a nuestras convicciones morales más sólidas y sirvan para orientar nuestra conducta en los casos dudosos; o sea, bajo ningún respecto se hace apelación a la evidencia de determinadas premisas morales de las cuales pudiera deducirse necesariamente la verdad de los principios de justicia. Pe-

32. *TJ*, 3, pp. 28-30; 4, p. 35.

33. *TJ*, 3, p. 32; 11, p. 82; 13, p. 286; 46, p. 430.

34. *TJ*, 3, p. 28; 4, p. 37.

ro esto parece llevar a un círculo vicioso, porque la rectitud de nuestras convicciones morales la juzgamos a la luz de los principios morales y a su vez, la validez de estos principios descansa en su correspondencia con nuestras convicciones. Sin embargo, Rawls no ve las cosas de esta manera. Su pensamiento es que la construcción de la situación originaria no es un simple reflejo de la común opinión moral de la gente, sino que pretende descubrir e incorporar ideas que no están en ésta, vale decir, ciertos principios orientadores y fundantes de tal opinión; aunque en la determinación de esos principios y por lo tanto también de la posición inicial en la que se basan, juegan un importante papel las opiniones o convicciones firmes que el autor califica de juicios ponderados. A este estado de cosas, Rawls lo llama *equilibrio reflexivo*. "Es un equilibrio porque finalmente nuestros principios y juicios coinciden; y es reflexivo puesto que sabemos a qué principios se ajustan nuestros juicios reflexivos y conocemos las premisas de su derivación" (35).

2.3. Pese a su carácter contractualista, el método de razonamiento moral de Rawls es en todo caso un modelo de monólogo argumentativo y como tal ha parecido inapropiado para resolver cuestiones morales, pues se piensa que esta tarea reclama un esfuerzo de cooperación. Este es el pensamiento de Jurgens Habermas, quien opone a Rawls un modelo que se identifica con la idea de un proceso de "comunicación" o "diálogo" racional.

La teoría formulada por Habermas y que él denomina teoría consensual de la verdad, se encuentra expuesta principalmente en su ensayo titulado *Teorías de la verdad* (36) y más precisamente se trata de una teoría discursiva pues, como se verá, la idea de consenso como criterio de verdad se conecta necesariamente con la idea de un

35. TJ, 4, pp. 35 y 37-9; 9, pp. 68-9.

36. J. HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, en "Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für W. Schulz" (ed. de Fahrenbach, Pfullingen, 1973); y también en "Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns" (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1984). Hay traducción castellana de esta publicación: *Teorías de la verdad*, en "Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos" (trad. M. Jiménez, Cátedra, Madrid, 1989), pp. 113-58.- Cito por ésta y con la sigla TV.

discurso racional. Con este planteamiento, el autor pretende ofrecer una solución al problema de la verdad tanto en el campo del conocimiento teórico (o teorético) como en el ámbito del conocimiento práctico, superando los defectos de la visión iusnaturalista y las limitaciones puestas por el empirismo y el no cognitivismo en general. Para el primero, los enunciados normativos son susceptibles de verdad en la misma forma que los enunciados descriptivos; para el segundo, los enunciados normativos no son verdaderos ni falsos. Por el contrario, Habermas sostiene que las proposiciones normativas, como preceptos y valoraciones, pueden ser justificadas a través de un discurso, en forma análoga a como se justifican las proposiciones empíricas, aunque la fundamentación de unas y otras será distinta por la diferente forma lógica de la argumentación en uno y otro caso. En el discurso teorético se persigue la *verdad* de los enunciados descriptivos y en el discurso práctico se pretende justificar la *rectitud* o corrección de los enunciados normativos (37).

El punto de partida de Habermas es la idea de que todo diálogo racional presupone un "consenso de fondo" o reconocimiento recíproco de ciertas pretensiones de validez que los dialogantes entablan mutuamente en cada uno de sus actos de habla; así, por ejemplo, se pretende la verdad del contenido proposicional en los actos de habla constatativos como son las aserciones y se pretende la rectitud o corrección en los actos de habla regulativos. Cuando el diálogo no funciona es porque el consenso de fondo sobre la validez de la verdad o de la rectitud se ha visto perturbado y en tal caso las pretensiones de verdad y de rectitud se hacen problemáticas y se convierten en el tema de un discurso como única forma de ser resueltas; o sea, por medio del discurso racional se pretende, pues, reconstruir un consenso que se ha destruido. Así, entonces, resulta coherente y adquiere pleno sentido la tesis de Habermas de que la condición de la verdad o de la corrección de las proposiciones "es el potencial asentimiento de los demás". Y dicho más ampliamente, esto último significa que sólo puedo "atribuir un predicado a un objeto si también cualquiera que *podiera* entrar en una discusión

37. TV, pp. 121, 127 y 131.

conmigo *atribuyese* el mismo predicado al mismo objeto”; de manera que para distinguir los enunciados verdaderos o correctos de los falsos o incorrectos, “me refiero al juicio de los otros y, por cierto, al juicio de todos aquellos con los que pudiera iniciar una discusión (incluyendo contrafácticamente a todos los oponentes que pudiera encontrar si mi vida fuera coextensiva con la historia del mundo humano”. En síntesis —y como termina afirmando el autor—, la verdad o la rectitud de una proposición significan “la promesa de alcanzar un consenso racional sobre lo dicho” (38).

¿Pero de qué consenso se trata? Es obvio que cualquier acuerdo que se lograra contingentemente no podría servir como criterio de verdad. Según Habermas, el concepto de “resolución discursiva” no es un concepto contingente sino “normativo” y por lo tanto el acuerdo que se logra en los discursos “tiene que ser un *consenso fundado*”. Esto quiere decir que si bien el consenso opera como criterio de verdad, “el significado de la verdad no consiste en la circunstancia de que se alcance un consenso, sino en que en todo momento y en todas partes, con tal que entremos en un discurso, pueda llegarse a un consenso en condiciones que permitan calificar ese consenso de consenso fundado” (39). Pero, ahora ¿cómo se determina el carácter de “fundado” de un acuerdo para que pueda valer como criterio de verdad o de rectitud? ¿En forma consensual, o sea, un consenso sobre el consenso? Categóricamente, no. Habermas responde que el mérito del resultado de un discurso se identifica con la “fuerza del mejor argumento”; y esto es así porque si la decisión a la que se llega por medio de un discurso sólo puede producirse bajo la modalidad de un consenso logrado a través de la argumentación, entonces la fuerza generadora del consenso emana del mejor argumento. Ahora bien, la tal fuerza que ejerce el mejor argumento no consiste ni en una coacción lógica ni en una coacción empírica; es decir, no se trata de la fuerza provocada por algo que, como la consistencia lógica de las oraciones, esté a la base del proceso de argumentación y tampoco se trata de la fuerza ejercida por algo que, como

38. TV, p. 121.

39. TV, p. 139.

la evidencia de las experiencias, se introduce en la argumentación desde fuera. La fuerza del mejor argumento se determina únicamente “por las propiedades formales del discurso” (40).

Estas cualidades formales del discurso que garantizan que el consenso alcanzado argumentativamente sea criterio de verdad y de corrección, Habermas las identifica con “una situación ideal de habla”, esto es, con una situación de diálogo o de comunicación que en términos generales se caracteriza por la libertad de expresión, la carencia de privilegios, la ausencia de coacción y en definitiva, la igualdad de oportunidades, para todos los participantes en el discurso, de elegir y ejecutar actos de habla (41). Para el autor esta situación dialogante ideal es tan necesaria como ineludible porque es el único criterio que tenemos para distinguir un consenso engañoso o impuesto de un consenso racional, o sea, de un consenso logrado a través de la argumentación y que a la vez sea garantía de verdad o de rectitud. Y en cuanto a la naturaleza de esta situación ideal de comunicación, Habermas nos da la siguiente explicación: “la situación ideal de habla no es un fenómeno empírico ni una simple construcción, sino una suposición inevitable que recíprocamente nos hacemos en los discursos” (42).

Por otra parte y finalmente, ~~cabe destacar~~ la importante función que, según la teoría consensual de la *rectitud*, cumple la “universalización” o el consenso en el discurso práctico. Porque si bien no parece discutible que la elección de normas de conducta se realice mediante un acuerdo de todos los sujetos afectados actual o potencialmente por ellas, en cambio, parece dudoso que tal consenso tenga el sentido de una corrección objetiva, aunque —como es el caso— tal acuerdo sea el resultado de un proceso argumentativo. Sin embargo, Habermas considera que “el principio de universalización, según el cual sólo se permiten normas que en su ámbito de validez pudiesen encontrar un asentimiento general” sirve “para ex-

40. TV, p. 140.

41. TV, p. 153.

42. TV, p. 155.

cluir, como no susceptibles de consenso todas las normas que encarnan intereses particulares, intereses no susceptibles de universalización" (43).

I I I

Advertí anteriormente sobre la influencia de Perelman en el pensamiento de Rawls y de Habermas. Pues bien, después de la breve caracterización que he realizado de las tres teorías pienso que la impronta de Perelman en el planteamiento de los dos últimos autores se ha hecho patente. En todo caso, el parentesco de fondo que existe entre tales teorías es algo que no podría objetarse. En efecto, el propósito central de todas ellas es rehabilitar el conocimiento práctico sobre la base de una modificación del criterio o fundamento de la verdad moral, en términos tales que la corrección de un enunciado normativo se juzga no por su correspondencia con una cierta objetividad, sino por referencia a la intersubjetividad. Una intersubjetividad, claro está, que refleje cuanto sea posible el principio de generalidad o universalidad racional. Según este principio, sólo tienen validez los valores, los principios y las normas de carácter ético que pudieran ser aceptados por todos los seres racionales.

Y como se ha visto, los modelos del criterio de racionalidad práctica son similares. En un caso se trata del *auditorio universal*, cuyo asentimiento es la condición necesaria y suficiente para estimar que un enunciado normativo está racionalmente justificado; porque quien toma a este auditorio como referencia del valor de sus juicios, si bien no supone que éstos sean conocidos ni aceptados fácticamente por toda la humanidad, en cambio espera y supone que todos los hombres, si conocieran y comprendieran sus argumentos, habrían de asentir a éstos. En otro caso estamos ante una cierta *posición originaria*, de carácter figurado o hipotético, que refleja las condiciones ideales de equidad o imparcialidad necesarias para garantizar que los principios convenidos en tal situación sean justos: esto significa que el fundamento de justicia de un principio descansa en el hecho de que pueda suponerse que todo hombre, que siguiera el procedimien-

43. TV, p. 149.

to de colocarse imaginariamente en la posición original, tendría que estar de acuerdo con tal principio. Y en el tercer caso tenemos una *situación ideal de diálogo*, que tampoco es un hecho empírico, pero que es el supuesto inevitable para considerar que la argumentación de los interlocutores concluye en un consenso racionalmente justificado; vale decir, que la rectitud de una proposición normativa se funda en el potencial acuerdo sobre ella, logrado con toda persona, bajo ciertas condiciones formales de diálogo. En consecuencia, podría afirmarse que las tres teorías tienen en común la idea de que el consenso es visto como el criterio determinante de la racionalidad práctica.

Pero, hay otro punto de contacto, al menos entre Perelman y Habermas, que merece ser destacado. Se trata de cierta contribución material que ambos autores hacen a la cuestión de la justificación normativa, pese a la índole básicamente procedimental o formal de sus teorías. En efecto, con ambas estamos más bien ante métodos de la razón práctica que nos conducirían a conclusiones racionalmente justificadas que no ante enunciados de principios sobre lo correcto o lo justo. Pero hay un leve excepción a esto. En la teoría de Perelman ella está representada por el "principio de inercia", que indica que los valores, principios y normas aceptados por la praxis social no requieren justificación; de manera, entonces, que las ideas incorporadas a la cultura de una sociedad y de las que no se duda, gozarían al menos de una presunción de corrección. Y en la teoría de Habermas el aporte material consistiría en que de acuerdo con el "principio de universalización" —que sólo admite normas que pudiesen contar con el consenso general— habría que eliminar derechamente toda regla que responda sólo a intereses particulares; estas reglas no tienen justificación porque contravienen abiertamente —casi por definición— el principio de generalidad.

Ahora bien, el alcance y valor de estas contribuciones levemente sustantivas parece ser limitado y escaso; y de todos modos ellas son insuficientes para evitar que se pueda pensar, por ejemplo, que la teoría de Perelman no logra superar el relativismo moral (44) o

44. Así, A. MONSALVE, *La teoría de la argumentación* (Universidad de Antioquía, Medellín, 1992), p. 279.

que el criterio habermasiano del "mejor argumento" es un principio vacío⁴⁵). En general, la debilidad de estas dos teorías consiste en que las condiciones que se fijan a un discurso racional, en el que se pueda alcanzar un consenso razonable, no pueden tener lugar sino relativamente y por lo tanto siempre quedará "un residuo irracional de hecho insuprimible"⁴⁶). Sin embargo, las críticas más generalizadas han caído sobre Rawls, probablemente y entre otras razones porque, sin perjuicio del carácter declaradamente procesal de su teoría, el autor ha puesto en práctica su procedimiento y nos ha revelado su resultado: ciertos principios materiales básicos de justicia, un tanto discutibles. Como quiera que sea, el hecho puntual es que la teoría de Rawls se ha hecho acreedora de diversas críticas, siendo las más comunes y compartidas aquellas que se vinculan con su construcción de la "posición original" y con su método de "equilibrio reflexivo"; lo cual, además, es muy lógico ya que ambas ideas constituyen los pilares fundamentales de su teoría de la justicia y entre ellas hay una relación inextricable.

Recordemos, pues, que la justificación de los principios acordados en la posición original viene determinada por la estructura de esta posición, pero, a la vez, el valor de esta situación originaria reside en que los principios de justicia convenidos en tal posición respondan a los juicios morales ponderados y más compartidos por la sociedad. Y recordemos también que Rawls alega que los principios elegidos no son el simple reflejo de las convicciones morales comunes de la gente, aunque reconoce que en la determinación de esos principios y en la caracterización de la posición original en que se fundan, juegan un importante papel los juicios ponderados. Pero todo esto no es muy convincente ni claro. ¿Cuáles son y de quién son los juicios ponderados? Aunque se diga que los principios no son un mero reflejo de estos juicios, ¿cuánto peso o fuerza ejercen

45. Así, L. KERN, *De Habermas a Rawls. El discurso práctico y el modelo de contrato: una comparación desde la lógica de la decisión*, en "La justicia: ¿discurso o mercado?" (edición de L. Kern y H.P. Müller, trad. Jorge Seña, Gedisa, Barcelona, 1992), pp. 141 y ss.

46. Así opina R. DREIER, *Derecho y justicia* (trad. Luis Villar, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1994), pp. 28-9.

en la formulación de los principios? Sabemos que algún peso tienen y ya con esto se puede reprochar a Rawls que su teoría carece de independencia, en el sentido de que los principios de justicia no se encuentran independientemente a la base de las convicciones morales sino que en el mejor de los casos aquellos están condicionados en alguna medida por éstas. Y entonces Rawls no puede desconocer cierto vicio de circularidad en que incurre. De alguna forma la caracterización de la posición original presupone los principios a los cuales se quiere llegar y la elección de estos principios así como la construcción de la posición original no parecen tener más justificación que su correspondencia con la concepción de justicia de la sociedad a la que Rawls pertenece, concepción que por supuesto éste comparte.

Pero parece más importante dejar constancia de una crítica de alcance general y a la vez de fondo que afecta a las tres teorías en referencia y que tiene que ver con la naturaleza formal o procesal de éstas. Como se sabe, las teorías éticas en general y las teorías de la justicia en particular pueden ser expresión de diversos enfoques sobre la materia. Y así, fijándonos sólo en el tema de la justicia, se puede distinguir tres tipos: 1) teorías *empíricas*, las cuales se orientan a describir y explicar las concepciones sobre la justicia que efectivamente se han dado y tienen lugar en la sociedad; 2) teorías *analíticas*, cuando dan cuenta de la estructura lógica del discurso normativo y del significado y de la naturaleza de los términos empleados para expresar enunciados de justicia; y 3) teorías *normativas*, que son aquellas que tienen por objeto la formulación de principios y enunciados normativos sobre lo justo o bien el establecimiento de los métodos idóneos para justificar racionalmente principios y normas de justicia. Según esto, las teorías normativas se pueden dividir en materiales y formales: las primeras apuntan a la formulación de enunciados de justicia y las segundas persiguen establecer un procedimiento adecuado para justificar enunciados de justicia. Las teorías formales se conocen también con los nombres de teorías *procesales* o *procedimentales*.

Pues bien, las teorías de Perelman, de Rawls y de Habermas corresponden precisamente al modelo de teoría normativa procesal, puesto que lo que ellas ofrecen es un procedimiento que se estima

como apropiado y suficiente para justificar racionalmente enunciados sobre principios y normas de justicia. Este planteamiento conecta en el fondo con el imperativo categórico de Kant, que, en último término, expresa la idea de poder deducir enunciados de contenido moral de la pura forma. Sin embargo, para A. Kaufmann, todo intento de inferir enunciados materiales de justicia de un mero procedimiento está condenado al fracaso porque siempre los contenidos provienen sólo de la experiencia y no de la pura forma. Según este autor, las teorías procesales requieren un complemento de índole material (47).

En fin, es tiempo de concluir. Dije en los comienzos de este escrito que un desafío puede representar un estímulo o una amenaza desalentadora. Al parecer, el reto que nos hace la cultura contemporánea, a través del acelerado desarrollo científico y tecnológico y de su impacto en las formas de vida y en las relaciones humanas, ha estimulado el retorno de la razón práctica. Con entera independencia del mayor o menor valor que se asigne a los argumentos de Perelman, Rawls, Habermas y de tantos otros, como Dworkin, McIntyre y Apel, el aspecto positivo que nos presenta el actual estado de cosas en el terreno concreto de la filosofía jurídica y política es éste: se ha roto el estrecho cerco que desde el campo de la filosofía analítica se había puesto al cultivo de los estudios de ética. Los problemas emergentes en la sociedad contemporánea requieren de respuestas que pasan por ampliar el enfoque analítico a uno de carácter normativo. Digo ampliar y no reemplazar, porque la metaética es parte integrante de la ética como disciplina filosófica, en cuanto ésta no puede renunciar a la elucidación de sus conceptos y términos fundamentales.

47. Cfr. A. KAUFMANN, *La filosofía del derecho*, cit., pp. 43 y ss. En el mismo sentido, *Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho*, en "El pensamiento jurídico contemporáneo" (edición de A. Kaufmann y W. Hassemmer, trad. Gregorio Robles y otros, Debate, Madrid, 1992), pp. 132-41.

DERECHO Y MODERNIDAD, DESDE LA PERSPECTIVA DE
UNA ALDEA DEL SUR DE CHILE, MAS ACA DE
FINIS TERRAE

CHRISTIAN ALFARO MUIRHEAD *

I

Ortega señaló en su tiempo que vivíamos la era de las aglomeraciones. Jorge Millas nos advirtió, con esa gravedad tan característicamente suya, acerca de los desafíos espirituales de una sociedad de masas. En los años sesenta, el filósofo canadiense de la Aldea Global nos sentenció así, escuetamente, el mensaje es el medio. Antes, Heidegger, parafraseando las primeras líneas del Génesis, nos volvió a recordar que la palabra es la casa del ser. Hoy, Fukuyama puede sonreír lleno de optimismo, así le espeten que lo que él señala es una ironía de la historia, digna de un repertorio de Isaac Deutscher: la filosofía de Hegel, especialmente la del derecho, con la que remata su sistema, es hoy la historia del espíritu del mundo hecha pensamiento actual. "El fin de la historia y el último hombre" no tiene sino ese sólo y sencillo significado.

Con todo, la cuestión de los límites y alcances últimos de la matriz cultural de Occidente y su posible agotamiento especulativo, nos lleva también, indefectiblemente, a los orígenes, a aquello que Heidegger llamaba la vuelta a nuestros pensadores mañaneros. Que

* Profesor en la Universidad Católica de Temuco.