

RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD EN EL DERECHO*

José Luis Bazán L.

Departamento de Filosofía del Derecho.
Universidad de Navarra

Raúl Madrid R.

Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

Para quienes se quedaron con una modernidad sin metafísica, el razonamiento jurídico no puede fundarse en la simple y pura verdad de las cosas. Así, en su pensamiento, el consenso tomó el lugar de la sabia naturaleza y lo racional dejó lugar a lo razonable. Tras algunas referencias jurisprudenciales del Tribunal Constitucional español, acerca del sentido de lo razonable y la razonabilidad, los autores se adentran por el campo de la teoría de Chaim Perelman, para quien lo razonable es aquello que resulta aceptable por la comunidad. El artículo no discute la elección del consenso como medio de justificación del derecho pero muestra —a partir de la propia teoría de Perelman— un elemento previo e indispensable a cualquier consenso, elemento en el cual finalmente convergen lo racional y lo razonable: la dignidad del hombre, certeza oculta a veces pero siempre realidad fundante del derecho.

I. RAZONABILIDAD EN EL DERECHO

La “razonabilidad” es una de esas nociones que van ganando terreno en el mundo jurídico, fruto de una conciencia cada vez más clara, de que la compleja realidad no se deja limitar fácilmente por el concepto acabado¹. Los conceptos

* Comunicación presentada por los autores al XV Congreso Mundial de Filosofía del Derecho (Göttingen, agosto de 1991).

¹ Es progresivo el aumento, en el mundo del Derecho, de la presencia de lo indefinido, de lo atípico, producto, en buena parte, de la superación de un formalismo estéril cuya rigidez ha tratado de retener en sus manos una realidad que no se ha dejado encorsetar. Basten como botón de muestra unos ejemplos: el incremento de la importancia de la decisión judicial en amplios e importantes sectores del Derecho (por ejemplo, el Derecho comunitario, de amplia elaboración jurisprudencial, no codificado, y en que abundan los conceptos jurídicos indeterminados), los movimientos descodificadores en el Derecho mercantil, el recurso a la equidad (ej. Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 96/89, 29 mayo, Fundamento Jurídico (FJ) 3º), a los principios generales del Derecho (vía utilizada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo para la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea) y a nociones como la “naturaleza de las cosas” (STC 69/89, 20 abril, FJ 1º), la llamada entre los civilistas “crisis del contrato” y la búsqueda de nuevas fórmulas jurídicas que superen los viejos dogmas decimonónicos, producto del impresionante aumento de las relaciones comerciales...

jurídicos indeterminados², entre los que se cita la "razonabilidad", son instrumentos legales que apelan a la prudencia judicial, poseedora de un amplio margen de discrecionalidad interpretativa, para que determine la correcta solución a la luz de las circunstancias del caso.

Si nos preguntásemos "¿qué es lo razonable en el derecho?", en último término habríamos de responder: "depende del caso". Así es como los jueces, a través de sus decisiones, dan respuesta a este interrogante. Por ello resulta de especial interés el uso que los Tribunales hacen de esta noción, los sentidos que le han dado, el campo de la realidad que intentan abarcar. En esta primera parte trataremos de exponer cómo aparece "lo razonable" en el mundo forense español³, con especial referencia a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (TC).

Comenzaremos diciendo que el TC recoge una importante distinción entre "lo razonado" y "lo razonable"⁴. La primera noción se referiría a la exigencia de *motivación razonada*⁵ en las decisiones judiciales o administrativas, tal y como viene exigida por los arts. 24§1 y 120§3 de la Constitución española de 1978 (CE) para las decisiones judiciales y por el art. 43§1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA)⁶ para las administrativas. Tal requisito posee importan-

² Los conceptos jurídicos indeterminados aparecen en numerosas ramas de la ciencia jurídica. A título de ejemplo, baste citar el volumen colectivo *Les notions a contenu variable en droit*, Centre National de Recherches de Logique, Bruxelles, 1984, en el que se recogen diversos estudios sobre la presencia de tales conceptos en el Derecho Penal, Derecho de familia, Derecho internacional privado y público, Derecho canónico y Derecho Comunitario.

³ No olvidemos que fue un español, Luis Recaséns Siches, el que por primera vez en la doctrina jurídica elaboró una "lógica de lo razonable". Vid. Ch. Perelman. *Le raisonnement et le déraisonnable en droit*. Librairie Général de Droit et Jurisprudence. París, 1984, p. 12.

De todas formas en esta parte no es nuestro propósito el análisis de las distintas posiciones doctrinales españolas. Nos ceñiremos al análisis de la jurisprudencia, especialmente la constitucional, sin perjuicio de las referencias que podamos hacer al derecho positivo.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 14 febrero 1989, recurso de amparo 675/87, FJ 2º: "(...) Debemos indagar ahora si la resolución de inadmisión atacada por los demandantes de amparo es no sólo *razonada* en términos jurídicos, sino también suficientemente *razonable* (...)". STC 19 enero 89 (recurso de amparo 546/87), FJ 2º "(...) La presunción de inocencia exige para poder ser desvirtuada una actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías procesales y de la que pueda deducirse *razonada* y *razonablemente* la culpabilidad del acusado (...)". STC 16 octubre 1989, recurso de amparo 1402/87, FJ 3º. "(...) El cambio de criterio en la interpretación de las normas es legítimo, contemplado desde la perspectiva del principio de igualdad siempre que sea *razonado*, *razonable* y consistente (...) requisitos todos que pueden resumirse en la exigencia de que el cambio no sea arbitrario". Vid. también STC 161/89.

⁵ "(...) Tal necesidad de motivación no excluye la posible economía de los razonamientos, ni que éstos sean escuetos, sucintos o incluso expuestos de forma imprecisa o por referencia a los que ya constan en el proceso. Lo importante es que guarden relación y sean proporcionados y congruentes con el problema que se resuelve..." STC 184/1988, 13 octubre, FJ 2º.

⁶ Según el art. 24§1: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". El art. 120§3 dice así: "Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública". Además, como caso particular, el art. 22§4 CE recoge la necesidad de resolución judicial motivada para la disolución o suspensión de las actividades de una asociación. Por su parte, en el procedimiento administrativo (LPA, de 17 julio 1958) es aplicable el art. 43§1, según el cual las decisiones administrativas "serán motivadas con sucinta referencia a hechos y fundamentos de Derecho".

tes funciones en el ámbito judicial, como ha señalado el TC en repetidas ocasiones: posibilitar el *control* de la actividad jurisdiccional, lograr el *convencimiento*⁷ del acusado, de las otras partes en el proceso y de la opinión pública (las sentencias son pronunciadas en audiencia pública), respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial, mostrando la aplicación del Derecho vigente, libre de toda arbitrariedad, y la vinculación del juez al imperio de la ley (art. 117§1 CE) y al sistema de fuentes y, por último, permitir en la práctica el ejercicio efectivo de los *recursos*⁸.

El TC español ha empleado el término "razonable" en diversos sentidos cercanos entre sí. Así, ha entendido "lo razonable" como "lo justificado, lo no arbitrario", sobre todo en todos aquellos supuestos en los que resulta relevante el principio de igualdad (art. 14 CE)⁹. La razonabilidad ha aparecido, asimismo, en la jurisprudencia constitucional para designar "proporción, ajustamiento" entre dos términos¹⁰. En estos supuestos se está apelando, en definitiva, al concepto de "medida". Así, por ejemplo, el TC exige una "razonable proporción" entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los padecidos por los usuarios, para calificar como legítimo el ejercicio del derecho de huelga que tenga lugar en servicios esenciales de la comunidad¹¹. Quizás sea éste el apartado adecuado para tratar uno de los aspectos protagonistas de la razonabilidad en la práctica jurídica: la exigencia de plazo razonable.

El término "razonable" aparece en los textos internacionales como *medida de tiempo*: proporción entre tiempo y proceso (derecho a ser juzgado en un plazo razonable de tiempo)¹², y entre tiempo y trabajo (exigencia de limitación razona-

⁷ Es evidente, a nuestro juicio, el peligro que entraña la catalogación de la convicción (especialmente de la opinión pública) como finalidad primaria de la argumentación y razonamiento jurídicos: el que la retórica devenga sofística, y los jueces traten más de "vender" una solución al público, que de impartir justicia, pese a la eventual impopularidad de su decisión.

⁸ Así, entre otras: STC 55/1987, 13 mayo, FJ 1º y 2º; STC 13/87, 5 febrero, FJ 3º; STC 264/88 de 22 diciembre FJ 4º.

⁹ STC 84/87 de 29 mayo FJ 3º: "(...) El principio de igualdad impone sólo la prohibición de dispensar un trato desigual a quienes se hallen en la misma situación, sin justificación *objetiva o razonable*". En igual sentido, vid. STC 120/87, de 10 julio, FJ 1º; STC 236/88 de 12 diciembre, FJ 5º; STC 16 octubre 1989, recurso de amparo 1402/87; STC 83/90, de 4 mayo, FJ 4º;

¹⁰ El ajustamiento o proporción exige la presencia de dos términos. Este es el sentido que le da, por ejemplo, Tomás de Aquino: "proporción" significaría "relación cualquiera entre cosas" (S.Th. I, q. 12, a.2, a.d 4). Este sentido de la proporción es éticamente aséptico. Visto así, y valga como ejemplo el concreto caso de la proporción medios-fines, se dice que el medio X es "proporcionado" al fin Y, cuando puesto X se obtiene Y. La calificación ética de la decisión o acción dependerá de la corrección moral de X, y de la de Y. Sobre "razonabilidad" como proporción medios-fines, vid. STC 66/89, 17 abril, FJ 6º y STC 243/88, 19 diciembre, FJ 3º.

¹¹ STC 26/81, FJ 15º; STC 43/90, 15 marzo, FJ 5º.

¹² Arts. 5§3 y 6§1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, y art 7§5 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

ble de la jornada laboral)¹³. El primer uso, el que posee mayor trascendencia en nuestro ámbito cultural, ha sido perfilado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en multitud de sentencias que han sido ampliamente recogidas por el TC español¹⁴, aportando una serie de criterios objetivos para determinar la existencia o no de plazo razonable¹⁵.

El tercero de los sentidos que aparece en la jurisprudencia constitucional es el de "lo razonable" como "*lo ordinario, normal, esperable*"¹⁶. Este es el signifi-

¹³ Art. 24 Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (1948), art. 2 §1 de la Carta Social Europea (1961), art. 7 d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966).

¹⁴ El TC, entre otras, en sus sentencias 133/88 de 4 julio, 223/88 de 25 noviembre, 21 febrero 89 (recurso de amparo 831/87), etc., y para el análisis de la exigencia contenida en el art. 24 §2 CE (derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas) ha apelado a la doctrina del TEDH sobre el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, haciendo suyos los criterios objetivos que hay que tener en cuenta para la determinación de la razonabilidad o no del tiempo de duración del proceso: naturaleza y circunstancias del litigio, especialmente su complejidad y los márgenes ordinarios de duración de litigios del mismo tipo, conducta del demandante y órgano judicial, y consecuencias para los litigantes de la demora. Vid. entre otras, Sts Wemhiff (27 junio 68), König (28 julio 78), Foti y otros (10 diciembre 82), Zimmermann y Steiner (13 julio 83), Lechner y Hess (23 abril 87), Erkner y Hofaur (23 abril 87), Capuano (25 junio 87)...

¹⁵ La concreta determinación del contenido de los conceptos jurídicos indeterminados *no es arbitraria*, sino que siempre existen criterios *objetivos* (vid., por ejemplo, los recogidos en la nota 12 para el "plazo razonable"), cuya concreta aplicación es *prudencial*, dependiente de las circunstancias del caso, lo cual excluye, de entrada, la posibilidad de una determinación apriorística de cuál ha de ser la solución justa en el caso analizado. La prudencia como virtud que trata de la recta ordenación de los medios a los fines juega un papel vital en toda decisión jurídica, la cual es por naturaleza una decisión prudencial dirigida a la determinación de lo justo en el caso concreto. Dado que son precisamente los conceptos jurídicos indeterminados, y entre ellos la razonabilidad, nociones que exigen un mayor grado de actividad determinativa, en esa medida exigen asimismo una intervención más amplia de la prudencia.

¹⁶ "Lo razonable" como "lo esperable": STC 30/87, 11 marzo, FJ 2º: "(...) Lo garantizado en mérito del principio de igualdad a quienes demanden justicia ante los Tribunales no es la obtención de una resolución igual a las que se hayan adoptado o puedan adoptarse en el futuro por el mismo órgano judicial, sino, más estrictamente, la *razonable confianza* —enlazada con la seguridad jurídica que la Constitución consagra (art. 9 §3)— de que la propia pretensión merecerá del juzgador (...) la misma respuesta obtenida por otros en casos iguales".

"Lo razonable" como "lo normal u ordinario": STC 69/89, 20 abril, FJ 1º: "(...) No vulnera la exigencia de *lex certa* que incorpora el art. 25 §1 de la Constitución la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea *razonablemente factible* en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (...)". De particular importancia al respecto es la famosa STC 53/85 de 11 abril, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad frente a la ley despenalizadora del aborto. En su FJ 9º el TC afirma: "(...) El legislador, que ha de tener siempre presente la *razonable exigibilidad de una conducta* y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable (...)". Si conectamos esta afirmación con la contenida más adelante, en el mismo FJ, obtendremos el significado expuesto: el supuesto de despenalización del aborto por

cado de lo razonable cuando hablamos del "reasonable man" o "buen padre de familia"¹⁷ como modelo generalizado de diligencia. Lo que propugna este modelo (que al apelar a la responsabilidad del ciudadano medio establece un patrón generalizable de comportamiento y, por lo tanto, de exigible cumplimiento, salvo causa justificada) es la exclusión, en cuanto a su exigibilidad, de la conducta extraordinaria.

Hay, por último, un importante sentido de la razonabilidad del que ha hecho uso el TC en algunas de sus sentencias, en las que entiende por tal "*lo adecuado a los valores constitucionales*". Al respecto hay que destacar la importante STC 161/1989, según la cual "(...) la razonabilidad no es un puro sinónimo de la corrección hermenéutica, sino también, además de ello, existencia de adecuación a los valores que la Constitución incorpora (...)". Entramos aquí en uno de los puntos trascendentales, puesto que la referencia jurisprudencial a los valores constitucionales como criterio de razonabilidad nos obliga a preguntarnos sobre la naturaleza de dichos valores: ¿mero producto del consenso o valores objetivos cuya existencia no depende de la voluntad humana? Evidentemente, el tema podría ser objeto de una profunda y amplia discusión. Este será el tema central de la segunda parte de este trabajo.

II. RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

La característica más singular de la modernidad es la imputación de dogmatismo a toda metafísica. De allí que la idea de consenso, como expresión de la voluntad subjetiva y libre de contenidos *a priori*, haya ocupado el papel que en la tradición correspondía a la naturaleza de las cosas. El problema, sin embargo, no es de fácil solución. Lo confirma la recurrencia histórica con que sus planteamientos reaparecen una y otra vez a lo largo del tiempo, ya sea en su perspectiva ontológica primaria (las cosas son por natura ante el sujeto, o la natura de las cosas proviene del sujeto), en su vertiente política (la ley fluye del ser, o el ser de la ley viene de la voluntad) o jurídica (la decisión jurídica¹⁸ es racional o simplemente "razonable"). En este sentido, resulta anacrónico en la actualidad intentar fundar el razonamiento jurídico en la idea de verdad sin más, cuando dicha noción es entendida como adecuación, puesto que el discurso tradicional se encuentra desacreditado en su mismo fundamento: el alcance efectivo de la realidad. Una vez más vemos hasta qué punto el giro kantiano hacia la imposibilidad del conocimiento está más presente en el subconsciente del pensamiento contem-

graves taras físicas o psíquicas del feto no es inconstitucional, y afirmar lo contrario entrañaría "la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia".

¹⁷ Art. 1903, último párrafo del Código Civil Español (incluido en el Libro IV, Título XVI, Capítulo II: "De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia"): "La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la *diligencia de un buen padre de familia* para prevenir el daño". El mismo concepto aparece en diversas partes de dicho Código: arts. 270, 497, 1555 y 1889.

¹⁸ Para estos efectos, entendemos con Atienza "decisión jurídica" como "un acto que establezca, interprete o aplique enunciados jurídicos". Cf. Atienza, Manuel: "*Para una razonable definición de lo razonable*" Revista DOXA Nº 4, Universidad de Alicante, 1987, pág. 192.

poráneo de lo que muchas veces podemos notar. Desde el punto de vista jurídico, por lo tanto, la discusión sobre el valor de lo racional y lo razonable en la decisión parece haberse convertido en el enfoque crucial para deslindar las concepciones del derecho sustentadas por los autores modernos en torno a la disyuntiva propuesta, a saber: naturaleza o consenso.

Nuestra intención en este trabajo será proponer, a partir de la misma noción de consenso, una vía probable de alcance hacia un fundamento de la decisión jurídica distinto del consenso y, por supuesto, de la mera arbitrariedad sin contenido. Tal cosa autorizaría a recuperar la idea de racionalidad no ya como un postulado dogmático y *a priori*, sino como una *condición* del consenso, considerando éste como la idea central que recorre la filosofía del derecho en la modernidad y postmodernidad. Como es de suponer, dadas las dimensiones de este trabajo, nuestra exposición no hará sino plantear una de las líneas argumentales que pueden servir de punto de apoyo de dicha tesis, sin entrar en su desarrollo.

La primera respuesta al silencio de la metafísica fue, como se podía esperar, la completa inmanencia de todo fundamento. Los instrumentos adecuados a la tesis tradicional basada en el ser de las cosas cambian su función en el plano epistemológico: de la lógica se llega al logicismo, cuya expresión más tópica viene a ser la jurisprudencia de conceptos¹⁹.

Sin embargo, el positivismo legalista en su fase más radical es hoy una cosa del pasado. La idea del derecho que extrae su fundamento como un *deus ex machina* de sí mismo afronta problemas, tanto teóricos como prácticos de carácter insalvable, que lo convierten también en un inmenso anacronismo.

Habida cuenta de esta situación (el no contar con una fundamentación óptica de la realidad jurídica, pero tampoco con la posibilidad, hoy hasta cierto punto ingenua, de la autojustificación del derecho), por parte de los teóricos del derecho, la propuesta moderna es la de una especie de "tercera vía"²⁰, que no apela a la metafísica, pero tampoco intenta resolver el problema mediante un derecho positivo que queda, a la postre, carente de toda justificación y abierto al voluntarismo más extremo. Como sabemos, el representante más destacado de este nuevo intento de fundamentación de la razonabilidad jurídica es el belga Chaïm Perelman. El fundador de la Escuela de Bruselas publica en 1945 un libro titulado *De la Justice*, en el que, aun afirmando que al menos los principios básicos de cualquier sistema normativo son arbitrarios²¹, sienta las bases para demostrar que, más allá de la comprobación empírica y de la deducción lógico-formal, existe una posibilidad de fundamentación racional de la decisión jurídica basada en la argumentación, que se erige como una nueva retórica en el plano de la justificación del derecho.

La tesis de Perelman puede resumirse así: Lo razonable se distingue de lo racional en cuanto lo racional gira en torno a la idea de lo absoluto y divino²² y,

¹⁹ Cf. por ejemplo, Wolff: "*Grosse Rechtsdenker*", Tübingen, 1951, y Windscheid: "*Lehrbuch des Pandektenrechts*", Frankfurt, 1882.

²⁰ Cf. la introducción de Hart en "*Perelman: The Idea of Justice and the problem of argument*", Londres, 1963.

²¹ Pág. 80 y sig. de la edición alemana; München, 1967.

²² "La idea de razón está, como se ha dicho, en la base de la afirmación de un derecho natural, eterno e inmutable, que es expresión de esta razón..." Perelman, Chaïm: "*Le Raisonnable et le Déraisonnable en Droit*". Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1984, pág. 11.

por lo tanto, se encuentra anclado en la llamada filosofía tradicional —que para Perelman debe ser rechazada²³—; mientras que lo razonable se constituye como lo socialmente aceptable, y es definido, por lo tanto, en razón de su eficacia²⁴. Desde esta perspectiva, lo irrazonable se convierte en el límite negativo de toda argumentación jurídica²⁵; de lo que no puede hacerse porque no es eficaz; no produce aceptabilidad en el auditorio. “Razonable” es, por lo tanto, lo contrario; aquello que resulta aceptable por la comunidad.

Este es el espacio necesario para definir el fundamento del derecho en torno a la argumentación. Si no existe baremo antecedente a la decisión jurídica desde el cual predicar de ella una cierta racionalidad material, será necesario un concepto análogo, que juegue un papel similar al que la naturaleza de las cosas desempeñaba en la tradición. Esta es la característica de la *nueva vía* propuesta por Perelman: habiéndose hecho, además, impracticable la justificación teórico-práctica del derecho desde su mera dimensión positiva²⁶, era preciso recurrir a algo que ofreciera un status fundante suficiente para que la decisión jurídica no se transformara en simple y llana arbitrariedad, como algunos han llegado a pretender. En este sentido, nos parece que la teoría de Perelman sobre la razonabilidad del derecho no es otra cosa que un nuevo intento, ahora desde el interior de la propia postmodernidad, de poner coto al voluntarismo filosófico irrestricto abierto en el siglo XIX como consecuencia de la llamada *falacia naturalista* proclamada por el pensamiento empírico, al negar de plano el paso del ser al deber ser. Esto se ve reafirmado por el rescate que el jurista belga realiza del concepto de “justicia”²⁷, aun cuando le atribuye un contenido de naturaleza más bien imprecisa.

Los analíticos definen lo racional simplemente como un factor de mero procedimiento²⁸; como un juicio lógico-formal de atingencia por parte del acto decisorio a reglas positivas que no siempre derivan en una decisión jurídica razonable. En ellos, la idea de lo “razonable” sigue entendiéndose como el grado de legitimidad sociológica, para utilizar terminología weberiana, que una determinada decisión comporte. Se trata de *logos* diferentes, como afirma Recasens Siches²⁹: por una parte, el universo de lo deductivo, cuya racionalidad fisicomatemática no puede aplicarse al sector de ese *logos* que se refiere a la *praxis*; y por la otra, esa

²³ Cf. OLLERO, Andrés, en *Derechos Humanos y Metodología Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989: “Perelman no llega a abordar el problema metafísico radical, dada su indisimulada alergia a ese tipo de profundidades”.

²⁴ ATIENZA, ob. cit., pág. 193: “lo razonable apunta a un resultado; que es lo que debe resultar aceptable”.

²⁵ “Mientras que las nociones de ‘razón’ y de ‘racionalidad’ se remiten a criterios bien conocidos de la tradición filosófica, tales como las ideas de verdad...; lo ‘razonable’ y lo ‘irrazonable’ están ligados a un margen de apreciación admisible al cual, dentro de los límites permitidos, parece socialmente inaceptable”, Perelman, ob. cit., pág. 19.

²⁶ Cf., por ejemplo, OLLERO, Andrés: *Consenso: ¿Racionalidad o Legitimación?*. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, 1983-84, pág. 164.

²⁷ Cf. PERELMAN, ob. cit., pág. 164 y ss. También puede consultarse *Justice et raison*; Presses Universitaires de Bruxelles, 1963, y *De la Justice*, ya citado más arriba.

²⁸ Cf. por ejemplo, ATIENZA, ob. cit., pág. 193.

²⁹ RECASENS SICHES, Luis: *Experiencia Jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*. Dianoia, México, 1956.

misma *praxis* o acto humano, que requiere de una racionalidad distinta porque la otra le es insuficiente. Aunque el autor del *Tratado de la Argumentación* distingue con claridad “demostración” de “argumentación”³⁰, lo que intenta hacer con su teoría de la nueva retórica es, a nuestro juicio, formular un contenido determinado a esa racionalidad especial del *logos* práctico, rescatándola así de la arbitrariedad en que cae como consecuencia de la separación tajante de naturaleza y espíritu cuyo origen, nadie lo duda, es ciertamente kantiano. Siguiendo la afirmación de Alexy, debemos concederle a Perelman que en la mayor parte de las fundamentaciones que se presentan de hecho, la conclusión no se sigue lógicamente de las premisas³¹.

La finalidad de toda argumentación es para Perelman fortalecer la adhesión del auditorio. Este es el concepto fundamental de su planteamiento, y lo define como el conjunto de aquellos individuos sobre los que se quiere influir por medio de la argumentación³², al cual debe adaptarse todo discurso. En consecuencia, la argumentación es una función del auditorio, de tal modo que el valor de un argumento se determina de acuerdo con el valor del auditorio que persuade³³. La adhesión de este auditorio es lo que da racionalidad al argumento en cuestión³⁴.

Ahora bien, el concepto de auditorio universal es problemático. No es posible hablar realmente de acuerdo universal, a menos que se le entienda en términos de idealidad; cosa esta última que presenta aún más problemas desde otras perspectivas, según puede verse en la crítica a la teoría consensual de la verdad propuesta por Habermas. El mismo Aarnio considera ambigua la noción³⁵, pues por una parte parece entenderse como un concepto ideal; mientras que por otra está ligado a categorías socioculturales que indican una situación concreta y particular. Según Alexy, el auditorio universal perelmaniano es la humanidad “ilustrada”, que se compone de los hombres en cuanto “seres racionales”, entendiéndose por tales a quienes entran en el juego de la argumentación³⁶. Igualmente Aarnio: “la audien-

³⁰ “Demostración” es en PERELMAN equivalente a deducción lógica. Se trata de deducir conclusiones a partir de axiomas que existen con independencia de la adhesión o rechazo de cualquier auditorio, y sólo se vincula a criterios formales como el principio de identidad y el de no contradicción. Cf. PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA: *Traité de L'Argumentation*. Presses Universitaires de France, París, 1958, págs. 87 y ss.

³¹ ALEXY, Robert: *Theorie der Juristischen Argumentation*, 1978. Para efectos de este trabajo, utilizamos la edición inglesa: *A Theory of Legal Argumentation*, Clarendon Press, Oxford, 1989, pág. 159. Existe también edición española por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

³² PERELMAN, Ch.: *The New Rethoric*. Publicado en *Pragmatics of Natural Language*. Dordrecht-Holland, 1971, pág. 145.

³³ PERELMAN, *Traité...*, pág. 522.

³⁴ PERELMAN, *Traité...*, pág. 40.

³⁵ AARNIO, Aulis: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Reidel, Londres, 1987, págs. 222 y ss.

³⁶ ALEXY, ob. cit., págs. 162 y 163.

cia universal es aquella cuyos miembros aceptan una postura sobre la base de argumentos racionales...³⁷.

No vamos a discutir aquí la elección del consenso como medio de justificación del derecho. Esta es la gran temática del mundo jurídico contemporáneo, y carece de sentido tratarlo sin proponer nuevas perspectivas. Nos interesa, sin embargo, la aserción de que la razonabilidad del derecho viene dada por la aceptación intersubjetiva de una decisión jurídica por parte de un grupo denominado "racional". ¿Qué racionalidad es esta? Es evidente que no se refiere a un valor, sino a una función que se cumple entre un núcleo de hombres capaces de estar de acuerdo sobre una temática determinada; vale decir, de superar diferencias previas al consenso, sin las cuales éste carecería de sentido³⁸, y se caería, por lo tanto, en el *logos* propio del universo científico-técnico. Esta idea de racionalidad como unidad en lo diverso apunta necesariamente, sin embargo, aunque Perelman no lo exprese ni desarrolle, a un estado de unidad anterior al mismo consenso racional, puesto que la unidad intersubjetiva —ni ninguna unidad operativa— puede constituirse desde la individualidad radical y absoluta. La tesis de Perelman se entiende así como un movimiento dialéctico, elaborado desde una unidad previa y fundamental del auditorio, que permite, a partir de la superación de las diferencias particulares entre los hombres que lo componen, alcanzar el grado de consenso o adhesión necesarios frente al argumento propuesto por el orador.

¿Qué es entonces lo que da forma a esta unidad? No queda más que referirla a una determinada cualidad o manera de ser del auditorio, lo cual es lo mismo que radicarla en los individuos que lo integran.

Ahora bien, esa cualidad no puede ser otra que la dignidad del hombre, por cuanto es esto lo más íntimo que se reconoce al individuo desde la supresión del debate sobre la naturaleza; es éste el punto final en el que desemboca irreversiblemente el análisis ilustrado. La ilustración política introduce la idea de respeto como uno de los pilares fundamentales del Estado Constitucional Democrático moderno³⁹. Esta noción de límite de la voluntad del poder del Estado es previa al consenso —por lo tanto, su naturaleza no es consensual— y evidentemente hace relativa la autonomía de la voluntad subjetiva, sea cual sea el fundamento que se le quiera atribuir a la idea de dignidad. En consecuencia, si la idea de consenso involucra en su base más radical un regreso a ciertas características extraconsensuales del hombre que no pueden soslayarse en el interior del discurso retórico, a riesgo de poner en duda toda la argumentación contemporánea (y darle la razón a la antigua tradición metafísica), habrá que concluir que, en el plano de lo ético y, por lo tanto, de lo jurídico, la dignidad no es una consecuencia del discurso racional ante ningún auditorio, sino más bien, como dice Ollero⁴⁰, su premisa.

³⁷ AARNIO, Aulis: *On the Rationality of the Rationality*. Conferencia pronunciada en la Universidad de Granada en 1983 y publicada en los Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Nº 23-24 de 1983-1984, bajo el título *Sobre la Racionalidad de la Racionalidad*, pág. 8.

³⁸ Cf. SERNA, Pedro: *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*. EUNSA, Pamplona, 1990, págs. 177 y 178.

³⁹ Cf. KRIELE, Martin: *Liberación e ilustración: defensa de los derechos humanos*. Ed. Herder, Barcelona, 1982.

⁴⁰ OLLERO, Andrés: *Consenso...*, pág. 169.

Así las cosas, el problema de la razonabilidad y la racionalidad de la decisión jurídica se unifica en el mismo punto: lo racional parece ser aquello que se manifiesta acorde con la dignidad del hombre, cuyo aspecto operativo son los derechos humanos; mientras que lo razonable, aun a partir de los supuestos de la teoría de la argumentación, no puede evitar extraer su carácter de tal desde un factor extraintersubjetivo; a saber, esta misma dignidad fundante que se radica en todos los miembros del auditorio universal. Si se lleva este planteamiento más adelante, la razonabilidad del orador ante su auditorio termina derivando no de la adhesión de éste al argumento propuesto, sino más bien del descubrimiento⁴¹ a través de la retórica de una certeza oculta en la cualidad misma del auditorio, la cual ya no depende de la argumentación.