

CONSENSO Y VERDAD EN LA JURISPRUDENCIA*

Ciencia y verdad

En este escrito pretendo sostener las siguientes tesis:
Primera, que el problema de la cientificidad y el de la verdad de los discursos de la ciencia jurídica son dos problemas distintos y relativamente independientes entre sí.
Segunda, que los discursos de la jurisprudencia, si bien no son científicos, pueden ser calificados como verdaderos o falsos en el sentido de la verdad como correspondencia.

Tercera, que el consenso no puede considerarse como un criterio de verdad u objetividad de los discursos jurisprudenciales.

Cuarta, que la pretensión de dar valor epistemológico al consenso resulta, desde el plano prescriptivo, fuertemente inoportuna, porque apunta a un modelo jurisprudencial de libre investigación jurídica y porque se opone al papel conservador que debería asignarse al jurista en el Estado democrático de Derecho.

Verdad y ciencia son dos caras de la misma moneda: donde hay ciencia hay siempre verdad, detrás de la verdad está siempre la ciencia, más allá de la ciencia no hay verdad. Lo anterior constituye uno de los productos más evidentes del empirismo moderno y contemporáneo, que consiste en reconducir a una unidad los predicados de racionalidad, objetividad, verdad y cientificidad: la ciencia es el lugar de la objetividad, y el único lugar en el que la racionalidad calculadora puede tornarse un instrumento para incrementar el conocimiento; la objetividad coincide con la verdad; la ciencia es la única que nos da la verdad, no pudiendo encontrarla en ningún otro lugar (religión, ética, política). De este modo el círculo se cierra.

Este complejo de ideas, que aquí naturalmente sólo es posible mencionar, está también en el trasfondo de las discusiones contemporáneas sobre la ciencia jurídica.

* Ponencia presentada al XX Congreso de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política, dedicado al tema *Derecho penal, control de racionalidad del ciudadano* (Verona, 3-4 de octubre de 1996).

Partiendo de las premisas ahora recordadas, los autores de las principales contribuciones recientes al problema del método de la jurisprudencia -pienso especialmente en Ross y en Scarpelli- llegan a concluir que los discursos de los juristas contemporáneos, y probablemente los de los juristas de todos los tiempos y lugares, se apartan de un modelo aceptable de ciencia. Tales discursos *no son científicos, y por tanto no pueden ser verdaderos o falsos*. Por eso son otra cosa: reiteración de preceptos, política jurídica *de lege o de sententia ferenda*¹. Quiero aquí llamar la atención no tanto sobre las conclusiones del razonamiento, por todos conocidas, cuanto sobre su recorrido. La prueba de que ninguno de los discursos de la jurisprudencia puede ser verdadero o falso se extrae de la negación de su carácter científico. La negación de científicidad lleva a la negación de la verdad. El recorrido, en suma, parte de la ciencia y conduce directamente a la verdad. El mismo recorrido lo encontramos también, aunque en sentido inverso, en los argumentos de aquéllos que, a diferencia de Ross y de Scarpelli, reconocen valor de ciencia a la jurisprudencia². El punto de partida en este caso es por lo general el problema de la verdad, desde el que se mueven para llegar a afrontar el problema de la ciencia. Desde la premisa que sostiene que los juristas pueden producir discursos verdaderos (o falsos) se extrae la conclusión de que tales discursos pueden, por eso mismo, considerarse científicos. El recorrido es inverso (y, como veremos, el sentido de verdad puesto en juego es diferente: la verdad como consenso antes que como correspondencia) pero el orden de ideas es el mismo. El vínculo establecido entre ciencia y verdad es el mismo.

Mi primer objetivo aquí es cuestionar este modo habitual de vincular entre sí el problema de la verdad y el problema de la científicidad de los discursos de la jurisprudencia.

En una primera aproximación, la conexión entre las dos calificaciones, verdad y científicidad, puede expresarse en los siguientes términos: la verdad de un discurso es condición *necesaria* para su científicidad, en base a los criterios de científicidad adoptados. Viceversa, el que un discurso no sea susceptible de ser calificado en términos de verdad/falsedad es condición *suficiente* para excluir su científicidad.

La verdad, aunque condición necesaria, no es sin embargo nunca también condición suficiente de científicidad, cualquiera que sea el criterio de

¹ Véase A. Ross, *Diritto e giustizia* (1953), Einaudi, Turín 1965, cap. XV; U. Scarpelli, *Le «proposizioni giuridiche» come precetti reiterati*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1967, *passim*.

² Véase por ejemplo A. Aarnio, *On Truth and Acceptability of Interpretive Propositions in Legal Dogmatics*, en A. Aarnio, I. Niiniluoto, J. Uusitalo (eds.), *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation*, Rechtslehre, Beiheft 2, 1981, pp. 33 y ss.

cientificidad que se adopte, por muy débil y abierto que éste sea³. Si es lícito afirmar que los discursos no apofánticos no pueden, por eso mismo, aspirar a la científicidad, no es lícito afirmar a la inversa que los discursos no científicos están condenados, sólo por eso, a la no apofantividad.

Todos nosotros formulamos a diario aserciones verdaderas o falsas (por no hablar de aquéllas que carecen de sentido -hablo por mí, naturalmente). «Michael Johnson ha batido el récord de Mennea en los 200», «Hoy llueve» (dicho en un día de lluvia), «Este es el XX Congreso Nacional de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política», son aserciones verdaderas, pero resultaría cuando menos extravagante considerarlas científicas. El significado de cada una de estas aserciones es indudablemente una proposición verdadera, pero no una proposición científica, en alguno de los sentidos de ciencia hoy conocidos y acreditados. Por ejemplo, en una versión neopositivista de la ciencia se precisa que la aserción (o mejor la proposición) en cuestión sea deducible de un discurso axiomático compuesto por proposiciones de carácter universal, sea verificable experimentalmente, permita realizar previsiones y postvisiones, etc. En una versión postpositivista de la ciencia se precisa en cambio que la aserción en cuestión sea coherente con el corpus de las aserciones consideradas científicas por la comunidad de los científicos, que este corpus haya superado el *test* de la afirmabilidad garantizada, o cualquier otro. Como nos recuerda Popper, la ciencia aspira a una verdad no banal, como es el caso de los ejemplos anteriores; por el contrario, aspira a una verdad audaz e improbable⁴. Pero no es obviamente necesario adherirse al falsacionismo popperiano para concluir que verdad y científicidad son cualificaciones no siempre coincidentes.

Ciertamente, las numerosas verdades (y falsedades) que producimos cotidianamente viven en un ambiente científico, son los *outputs* y alguna vez los retales del trabajo de la ciencia: son, podría también decirse, las conclusiones de la ciencia trasvasadas al mundo poco más o menos de la vida cotidiana. Aserciones como «hoy llueve», si hoy de verdad llueve, pueden ser consideradas verdaderas porque tienen trasfondo y son aplicaciones indirectas y por lo general inconscientes de una serie a veces también muy compleja de leyes científicas generales concernientes, entre otras cosas, a la química de los gases, al funcionamiento de instrumentos de medida como los higrómetros, a la fiabilidad de nuestras percepciones, etc.

Dicho de otro modo: la ciencia produce siempre verdad, pero no siempre la verdad produce ciencia. Verdad es método (científico), y el método

³ Hay que reconocer sin embargo que para algunas concepciones postpositivistas de la ciencia, la verdad no representa ni siquiera una condición necesaria de la científicidad.

⁴ K. R. Popper, *Congetture e confutazioni*, trad. it de G. Pancaldi, Il Mulino, Bologna, 1972, pág.394.

científico comporta siempre verdad, pero no siempre la verdad es una aplicación directa del método científico; o mejor: una cosa es el método y otra sus aplicaciones y sus usos, que pueden estar muy indirecta y débilmente conectados con el método.

La diferencia que pretendo subrayar entre científicidad y verdad puede expresarse también en términos de la oposición entre discursos *micro*, o atómicos, y discursos *macro*, o estructurales; la calificación en términos de verdad es de orden micro, mientras que la calificación en términos de científicidad es de orden macro. Esto vale también para la ciencia jurídica.

El problema de la verdad de los discursos de la ciencia jurídica puede pues afrontarse examinando tan sólo porciones limitadas de discursos jurisprudenciales, confrontándolos únicamente con partes relativamente circunscritas de un Derecho. Esta aproximación microjurídica es, a la inversa, insuficiente cuando lo que se trata de medir es la científicidad de la jurisprudencia. Este problema, en efecto, sólo puede afrontarse examinando la estructura global del razonamiento de los juristas sobre la base de una cierta concepción de la científicidad y de una cierta concepción del Derecho. Ello depende de la naturaleza misma de la calificación de un discurso en términos de científicidad: en efecto, cualquiera que sea la opinión que se tenga a propósito de los criterios de científicidad a adoptar, es indudable que tales criterios se refieren a un discurso en su globalidad, y no a cada una de sus piezas. Un conjunto de aserciones no es científico porque cada una de sus aserciones consideradas individualmente lo sean, sino a la inversa, cada una de las aserciones es científica porque pertenece a un discurso que por sus presupuestos, sus nexos internos, su modalidad de desarrollo, tiene el carácter de discurso científico. He aquí por qué en la ciencia juega un papel fundamental el concepto de teoría (del que conviene no olvidar su significado originario) y porqué se exigen criterios muy rigurosos de conexión entre todos los elementos pertenecientes a la teoría.

Por estas razones tan obvias es posible sostener, sin contradicción, que la jurisprudencia no es una ciencia y que, sin embargo, está en condiciones de producir discursos verdaderos o falsos. La primera afirmación se funda sobre el examen de la estructura, de los presupuestos y del método del discurso jurisprudencial: según algunos, al menos desde una epistemología empirista, no podría considerarse científico en razón fundamentalmente del criterio adoptado en la identificación del propio objeto⁵. La segunda afirmación se basa sin embargo en el examen atomista de los diferentes discursos de los juristas. Si bien la jurisprudencia no es una ciencia y además está comprometida

⁵ Esta es la tesis de U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milán, 1965.

moral y políticamente con el propio objeto, no todos sus discursos deben necesariamente clasificarse como reiteración de preceptos o recomendaciones *de lege* o *de sententia ferenda*. Por el contrario, el hecho de que la jurisprudencia pueda producir discursos verdaderos o falsos no nos autoriza a inferir nada a propósito del estatus científico de estos últimos.

Sin embargo, como recordaba hace poco, a menudo la teoría del Derecho tiende a transitar con desenvoltura desde la perspectiva microjurídica a la perspectiva macrojurídica (hay verdad, luego hay ciencia) o, viceversa, desde tesis macrojurídicas sobre la ciencia se pretende extraer conclusiones válidas también para la dimensión micro de la verdad (no hay ciencia, luego no hay verdad). El problema supremo del método de la jurisprudencia termina así por absorber todos los otros aspectos de la cuestión, corriendo el riesgo de aplastarlos y deformarlos.

La jurisprudencia, pues, a pesar de no ser ciencia, puede producir discursos verdaderos (en algún sentido que se aclarará más adelante). Mientras tanto, es preciso admitir que esta conclusión es, en sí, bastante modesta y, en cierto sentido, poco interesante. El hecho de que la jurisprudencia pueda formular aserciones verdaderas no prueba en absoluto que ella verdaderamente lo haga. Es, por el contrario, bastante probable que ello no ocurra con frecuencia (véase *infra*). La modestia de esta conclusión es atestiguada también por la escasa atención que en general se ha prestado a nuestro problema. La atención general de la teoría del Derecho ha girado siempre en torno al problema de la científicidad de la jurisprudencia: problema realmente interesante y significativo. Descubrir que la jurisprudencia es ya una ciencia, pero sobre todo descubrir que es posible construir una jurisprudencia científica podría tener, en efecto, consecuencias drásticas para la práctica jurídica. Esto resulta especialmente evidente en las versiones metodológicas que, como la empirista, no se limitan simplemente a revestir el *statu quo* jurisprudencial del título honorífico de ciencia, sino que pretenden reformar la jurisprudencia efectivamente practicada. Todos sabemos, por ejemplo, la «revolución» jurídica que tendría lugar si fuera posible traducir a la práctica un modelo de ciencia jurídica con capacidad predictiva, como el de tipo sociológico cultivado por Ross⁶.

Por el contrario, el problema de la verdad tiene un carácter más modesto y tiene implicaciones menos espectaculares: como ya he dicho recordando las palabras de Popper, la verdad es siempre banal y poco interesante. No diría, sin embargo, que todo este discurso sea completamente irrelevante. Verdad y falsedad son predicados que se adaptan exclusivamente a los discursos descriptivos o asertivos. Si se demostrara que la jurisprudencia no puede jamás

⁶ Véase A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., cap. II.

producir discursos verdaderos (o falsos), habría que concluir que ella no es capaz de producir descripciones del Derecho, sino alguna otra cosa. Esta otra cosa, para quienes aceptan la oposición entre lo descriptivo y lo prescriptivo, incluso en forma exhaustiva, sólo podrá pertenecer bien a la familia de las prescripciones, aunque se trate de prescripciones «débiles», como los consejos o las recomendaciones, o bien a la familia de las adscripciones o constituciones de significado. Un resultado de este género fuerza seguramente a sacar conclusiones ético-políticas de gran relieve. En efecto, la jurisprudencia cognitiva debería desarrollar un papel de auxilio a la aplicación práctica del Derecho, al tiempo que mantenerse separada de ésta. Ahora bien, este papel puede ser desarrollado y esta distinción de tareas puede trazarse sólo aceptando que la jurisprudencia sea realmente capaz de producir un conocimiento y una descripción del Derecho a aplicar, garantizando la objetividad y la certeza de la aplicación. La verdad es indispensable para la objetividad de los discursos de los juristas y, en consecuencia, para su función de auxilio cognoscitivo a la práctica. Si ninguno de los discursos que la ciencia jurídica puede producir puede ser calificado en términos de verdad y falsedad, inevitablemente se derrumban, o mejor se revelan completamente ilusorios, los antedichos valores: resulta imposible distinguir el conocimiento del Derecho de su creación. Esto vale también para el momento cognoscitivo de la actividad judicial de aplicación del Derecho, con resultados particularmente dramáticos en el ámbito del Derecho penal, dada la importancia básica de los valores puestos en juego en la aplicación de la ley penal.

2. Verdad y consenso

El problema de la ciencia es, pues, un problema macro y aquí asumiremos sin argumentar que los discursos de los juristas contemporáneos no pueden ser considerados científicos en base a algún modelo empirista de ciencia acreditado hoy en día. Con ello sin embargo, como ya he dicho, no hemos decretado todavía la muerte de la racionalidad y de la objetividad de la ciencia jurídica. La ausencia de valor científico de la jurisprudencia (problema macro) no prejuzga, por sí solo, la posible verdad de sus discursos (problema micro).

En este punto resulta inevitable la siguiente pregunta: si los discursos de la ciencia jurídica pueden ser verdaderos o falsos, ¿en qué sentido pueden serlo?

La respuesta más obvia es que pueden serlo en el sentido clásico de la verdad como correspondencia: «en efecto, decir que el ser no es o que el no-ser es, es falso; decir que el ser es o que el no-ser no es, es verdadero»⁷. Pero,

⁷ Aristóteles, *Metafísica*, 1011b, 25-7 (ed. a cargo de C. A. Viano, Utet, Turín, 1974, p. 292).

como sabemos, la idea de correspondencia no goza hoy del favor de los epistemólogos ni de los filósofos del Derecho.

La verdad como correspondencia parece inadecuada para los discursos de la ciencia jurídica por dos razones capitales. En primer lugar, porque tales discursos no tienen un objeto dado o factual, sino normas, es decir, «construcciones sociales»⁸. En segundo lugar, porque no existe una única respuesta justa a las cuestiones interpretativas⁹. De este modo, la verdad como correspondencia resulta condenada por dos formas distintas de escepticismo: un escepticismo ontológico (rechazo del realismo metafísico) y un escepticismo semiótico (rechazo del formalismo interpretativo). En este punto se abren dos posibilidades: la primera consiste en mantener firme la idea de la verdad como correspondencia y, en consecuencia, negar que se pueda hablar jamás de verdad de los discursos de la jurisprudencia. Un camino decididamente realista (tanto de realismo ontológico como de realismo jurídico). La segunda posibilidad consiste en replegarse sobre conceptos de verdad y modelos de objetividad más «blandos», alternativos a la verdad como correspondencia, modelos que permitan tratar también los discursos jurisprudenciales, bajo ciertas condiciones, como verdaderos o falsos o, de algún modo, objetivamente fundados. Este es el camino seguido por la hermenéutica y por muchas teorías contemporáneas de la justificación jurídica.

El candidato más prometedor (y hoy más aceptado) como modelo alternativo a la correspondencia parece ser el consenso. La valorización del consenso aparece en general particularmente prometedora sobre el terreno de las cuestiones prácticas. El consenso, en efecto, puede ser considerado como el mejor «sustituto de un orden ontológico imposible de hallar»¹⁰, como «*el sustituto de una racionalidad inherentemente no obtenible*»¹¹. Esto vale en especial, naturalmente, siempre que se excluya la existencia de «contrapartidas» objetivas en la esfera de las normas y de los valores.

Es claro, sin embargo, que la llamada al consenso en la esfera práctica resulta tanto más fuerte y convincente si se cree que también en la esfera teórica debe prescindirse de un correspondiente objetivo (los hechos, la realidad, el mundo externo) y que dentro de ella la verdad como correspondencia es un ideal mal planteado.

⁸ Así A. Aarnio, op. cit., pp. 35 y ss. y el último, J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e de la democrazia*, trad. it. de L. Ceppa, Guerini, Milán, 1996, p.269.

⁹ Así A. Aarnio, op. cit., p. 36.

¹⁰ La fórmula, muy lograda, es de A. Giuliani, *La «nuova retorica» y la logica del linguaggio normativo*, en «RIFD» 1970, p. 380.

¹¹ N. Rescher, *Pluralism. Against the Demand of Consensus*, Clarendon Press, Oxford 1993, p. 15 (la cursiva es del autor).

El consenso, pues, desde la perspectiva de quien le atribuye valor, puede ser tratado bien como el núcleo central de una teoría general de la verdad o de la racionalidad, teórica y práctica, bien como el núcleo de una teoría de la verdad o de la racionalidad circunscrita al mundo práctico de las normas y de los valores. En ambos casos, después de habernos orientado hacia el consenso *faute de mieux*, podemos darnos cuenta de que ello no es un simple repliegue al que hay que resignarse de mala gana; se puede más bien descubrir que el consenso es un criterio digno de ser valorado al máximo, especialmente en la esfera práctica. Después de todo, sobre su contralidad concuerdan dos prestigiosas tradiciones de la filosofía política: la liberal y la democrática. Lejos de ser un mero sustituto, el consenso puede finalmente aparecer como una vía, y quizá la vía maestra, hacia la racionalidad y tal vez hacia la verdad¹².

En el Derecho el consenso, con ropaje de candidato para sustituir a la verdad como correspondencia, puede resultar no inconveniente sin más a los ojos del filósofo divisionista y no objetivista, el cual niega que el mundo de la práctica albergue valores objetivos, y especialmente valores de verdad: después de todo, si no existen valores objetivos ¿qué mejor sustituto podríamos encontrar para la determinación de las reglas jurídicas de conducta?

Esta valorización del consenso tiene en su trasfondo una visión en mi opinión deformada de las relaciones entre ciencia y consenso. La idea es que la objetividad y la verdad se producen porque se da el consenso y no viceversa, que el consenso se produce porque se da la objetividad y la verdad. Ahora bien, esta idea tiene en las ciencias de la naturaleza una gran fuerza de atracción y una plausibilidad que derivan de esto: al menos entre una revolución científica y otra, la ciencia es ciencia normal, trabajo comunitario de un grupo social homogéneo dedicado a una empresa común. Aunque plausible, la identificación de la verdad con el consenso en la ciencia se expone a objeciones insuperables, que todos conocemos: a su luz los conceptos de verdad y de error acaban por ser irremediabilmente relativizados, así que el consenso de hoy puede llegar a ser el error de mañana, y, nuevamente, la verdad de pasado mañana; pero también absolutizados porque esta identificación cierra *in limine* la posibilidad de considerar errada la opinión dominante. Para evitar estas consecuencias indeseables es necesario afrontar el arduo problema de distinguir entre el consenso que debe contar para los fines de la verdad y el consenso irrelevante para tales fines. Y para hacer esto se está inevitablemente constreñido a introducir criterios *normativos*

¹² Para una discusión más amplia sobre los nexos entre consenso y verdad en el Derecho me remito a mi libro: *Il diritto senza verità*, Giappichelli, Turín, 1996, cap. V.

que acaban por echar abajo la originaria identificación entre verdad y consenso, como por ejemplo cuando se hace referencia al consenso de la comunidad científica *más relevante*¹³. En general, cuando se eleva a criterio de verdad o de objetividad, teórica y práctica, el criterio del consenso acaba paradójicamente por autodestruirse¹⁴. Dado que no puede considerarse relevante cualquier convergencia de opiniones que de hecho se produzca, pues podría ser el fruto del error, la ignorancia, la coacción, acaba por adoptarse como criterio sólo un consenso cualificado, acaba por contar sólo el consenso que sea *racional*; pero en tal caso lo que produce la verdad no es ya el consenso, sino los criterios de racionalidad introducidos para cualificarlo.

En el Derecho la relación entre verdad u objetividad y consenso suscita problemas incluso más espinosos. Ciertamente resulta difícil hablar de *comunidad jurídica* en el mismo sentido en que se habla de comunidad científica. Kuhn nos recuerda que «los miembros de una comunidad científica se ven a sí mismos y son vistos por los otros como los únicos responsables de la consecución de un conjunto de finalidades compartidas»¹⁵. Precisamente esto es lo que *no* ocurre en la ciencia jurídica, en la que la presencia de escuelas y divisiones es un dato estructural, y respecto de la que no estamos en condiciones de identificar un conjunto de finalidades compartidas sino en modo tautológico o completamente vacío (como cuando hacemos referencia a la finalidad de describir el Derecho).

Pretendo sostener aquí que el consenso juega un papel en la objetividad de las argumentaciones jurídicas, pero no como una forma de verdad alternativa a la correspondencia, y ni siquiera como sustituto *faut de mieux* de una verdad como correspondencia considerada inalcanzable en la esfera práctica. El consenso puede tal vez considerarse como un excelente sustituto de un «inencontrable orden ontológico», un subrogado de la verdad en la esfera pública, donde la creación del Derecho tenga lugar según el procedimiento democrático-parlamentario (véase *infra*). Ello sin embargo no confiere mayor objetividad o racionalidad a las operaciones de descripción y aplicación internas a un Derecho ya creado y existente.

¹³ H. I. Brown, *La nuova filosofia della scienza*, trad. it. de E. Prodi, Laterza, Bari, 1984, pp. 185 y ss., después de haber citado los casos de Lysenko y de Velikowsky, en los que el consenso (y el disenso) de la comunidad científica fueron manipulados de manera bastante brutal, se pregunta (p. 181): «¿[en un mundo a la Lysenko] tendremos un consenso científico? Para responder a esta pregunta debemos tener presente que la doctrina del consenso no permite a cualquier persona participar en la formación del consenso. Son los científicos con formación [*addestrati*] los que hacen de árbitros en las cuestiones científicas y un consenso científico debe ser un consenso de la comunidad científica *más relevante*» (la cursiva es mía).

¹⁴ Sobre esta paradoja del consenso me remito a mi libro *Il diritto senza verità*, cit. cap. 5, 4.2.

¹⁵ T. S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it de A. Carugo. Einaudi, Turín, 1978, Postscriptum, 1969, p. 214.

El consenso de la «comunidad jurídica» sobre los contenidos del Derecho es, en efecto, el indispensable y obvio trasfondo no sólo de la univocidad de las aplicaciones, sino también de la verdad de las descripciones jurisprudenciales. El Derecho es lengua hablada, y condición de la existencia de un Derecho es que éste sea, dentro de ciertos límites, hablado del mismo modo por los diferentes interlocutores. La objetividad de los discursos jurisprudenciales no viene dada sin embargo por el hecho de que ellos expresen el consenso existente entre los juristas o en la sociedad, sino por el hecho de que describan correctamente el consenso semiótico canalizado a través del Derecho, en los límites en los que éste existe. «Consenso», en este contexto, significa convergencia y univocidad de usos, o sea de atribución de significado a los textos normativos, y la contribución fundamental a esta univocidad en el Derecho es naturalmente traída desde la cultura jurídica, en especial por el trabajo profesional de los juristas intérpretes. Por esta vía, pero sólo por esta vía indirecta, se puede admitir que consenso y verdad están ligados entre sí. El consenso no hace la verdad, pero contribuye a producir los significados normativos jurídicos que serán hechos objeto de determinación (*rilevazione*) semiótica por parte de los juristas. En el plano factual el proceso es circular porque el objeto de la descripción es en buena medida un producto de los mismos sujetos que la efectúan. Por el contrario, en el plano lógico y analítico no es circular: una cosa es el modo en que se produce el objeto de la descripción, y otra cosa son los criterios de su descripción. El consenso contribuye a crear los contenidos del Derecho, pero no es ese mismo el criterio de la correcta reproducción de tales contenidos. Algo semejante sucede en la ciencia: hay ciencia porque existe el consenso de los científicos, pero no es el consenso lo que hace la ciencia. El nexo entre ciencia y consenso, entre verdad y consenso, es un nexo de *en cuanto que* (*allorché*) y no de *porque*, de explicación y no de justificación. Las aserciones jurisprudenciales no son verdaderas porque reproduzcan un consenso sobre valores y contenidos normativos existente en el interior de la comunidad jurídica o de la comunidad social global; son verdaderas si, en los límites en que haya correspondencia entre su contenido semiótico y el contenido semiótico del Derecho descrito, reproducen el sentido o contenido prescriptivo de los textos jurídicos. Se puede hablar por tanto de verdad de los discursos de la ciencia jurídica pero sólo en el sentido de verdad como correspondencia. Esta correspondencia puede existir y ser puesta en evidencia sólo si el Derecho tiene un contenido precisable de forma objetiva y unívoca; y la univocidad y la precisión dependen, en buena medida, de la homogeneidad de la cultura de la comunidad jurídica, más allá de la homogeneidad ético-política de la comunidad social (de la cual la primera es inevitablemente reflejo).

Por tanto, el consenso juega un papel pero no como criterio de racionalidad de las argumentaciones jurídicas, sino sólo como precondition de hecho, para que exista un lenguaje común para la ciencia jurídica y, en consecuencia, sea posible la objetividad en la interpretación de los textos normativos. La interpretación objetiva presupone una comunidad interpretativa homogénea.

Y a ello se une que la univocidad semántica de un Derecho tiene como precondition de hecho, a su vez, la existencia de un consenso en la «esfera pública», o sea la homogeneidad social sobre el terreno ético-político que, allí donde existe, se trasvasa a las normas jurídicas. Cuanto más intensos son la conflictividad, el pluralismo, las divisiones sociales, tanto menor es el grado de determinación de los contenidos jurídicos, tanto más alto es el nivel de vaguedad normativa, el nivel de incoherencia entre los valores incorporados al Derecho, tanto más reducida el área de la objetividad jurídica determinable por la ciencia.

En órdenes jurídicos como el nuestro las condiciones ideales de precisión semiótica probablemente no puedan realizarse jamás porque el área de consenso es bastante reducida y, en consecuencia, también lo es el área de certeza semántica que puede constituir el objeto de reproducción verdadera o falsa por parte de los juristas. La hermenéutica jurídica ha subrayado con mucho énfasis este punto. Pero hay que señalar una incongruencia de las tesis hermenéuticas: por un lado, en efecto, ponen el acento sobre la necesaria indeterminación de los textos jurídicos y, por otro lado, no obstante cultivan habitualmente un exagerado y poco consecuente optimismo acerca de la existencia y la posibilidad de verificación y descripción del consenso. Los textos jurídicos son considerados como abiertos a una multiplicidad de lecturas, pero la comunidad lingüística de los juristas (y la comunidad social) es presentada como un todo homogéneo y unitario¹⁶.

Como todos sabemos, la convicción ilustrada y vetero-analítica de que con medios puramente lingüísticos, es decir, con la persecución constante y en el mayor grado del puro y simple rigor del lenguaje, es posible garantizar la determinación de los contenidos jurídicos y eliminar la libertad del intérprete práctico o teórico se ha revelado como un *wishful thinking*. Pero quien sostiene que la objetividad puede ser alcanzada yendo en busca de la solución consensualmente más aceptable, o aquella de hecho aceptada, se sitúa en medio del orden de ideas justamente criticado y se encuentra de frente con idéntica dificultad. Tratar el consenso, antes que el contenido semiótico

¹⁶ En el ámbito de la hermenéutica jurídica italiana son bastante significativos los trabajos de Francesco Viola (especialmente *Il diritto conzo pratica sociale*, Jaca Book, Milán, 1990) y de Giuseppe Zaccaria (principalmente *L'arte dell'interpretazione*, Cedam, Padua, 1990).

de las reglas, como objeto de determinación semiótica, no hace avanzar muchos pasos. En efecto, es completamente ilusorio creer que el contenido del consenso pueda ser semióticamente mejor determinable que el contenido de los textos jurídicos. También el consenso puede ser vago y las opiniones estar divididas. Sobre el plano de los hechos el consenso puede faltar y además de hecho falta y cuando existe puede no resultar fácil individualizar su contenido y delimitar sus contornos. La práctica consensual puede ser incoherente, contradictoria. Además, si se reconoce la necesidad de distinguir entre un consenso cualificado o correcto y uno que no es tal, es necesario admitir que la práctica consensual podría ser por añadidura *equivocada*, por ejemplo cuando sistemáticamente tergiversa los textos normativos.

De aquí se deriva también que la identificación de la corrección o verdad jurídica con la solución aceptada o más aceptable socialmente corre el riesgo de transformarse en un cheque en blanco en manos del jurista. El criterio del consenso hermenéutico tiene una apariencia conservadora por su referencia al *status quo*, a la práctica social, a la tradición consolidada, y así parece proponer un modelo de ciencia jurídica fuertemente vinculado, ligado, conservador del dato jurídico. Pero se trata sólo de una apariencia, puesto que la hermenéutica, como ya se ha dicho, cultiva una visión exageradamente optimista acerca de la posibilidad de encontrar en la sociedad y también en la más reducida comunidad jurídica valores homogéneos. Al jurista se le atribuye la tarea de encontrar los valores jurídicos materiales, pero éstos son a menudo evasivos y conflictivos. El confiado optimismo en la fácil determinabilidad del consenso fácilmente induce a ignorar la distinción entre la práctica correcta y la incorrecta, entre la reproducción y la tergiversación de los textos.

La valorización del consenso como vía para la objetividad y para la verdad supone el riesgo de conducir a una subrepticia legitimación de un modelo de ciencia jurídica dedicado a la libre investigación del Derecho. Supone el riesgo de llevar a una verdad carente de criterios.

Finalmente, sobre el plano normativo, hay que preguntar porqué el jurista, teórico y práctico, debería adecuar sus elecciones a la máxima aceptabilidad social. Juristas (y jueces) no son órganos representativos democráticamente elegidos, sino subordinados al Derecho producido por los órganos democráticamente elegidos (un Derecho que a su vez no siempre, sino más bien raramente en sociedades como la nuestra, es expresión de un consenso social): para describirlo los primeros, para aplicarlo los segundos. El ambiente de la aplicación y la descripción del Derecho no es el de la libre explicación de la razón práctica, sino que es el dominio de la autoridad de los textos y del legislador. La valorización del consenso lleva a la falacia

consensualista: lleva a tratar un criterio de legitimación externa del Derecho (el principio democrático) como criterio de justificación de operaciones internas al Derecho. Lleva además a extraviar el sentido del principio democrático mismo, que no puede ser identificado pura y simplemente con el principio del consenso. Por mucho que sea una obviedad, hay que recordar que la democracia, antes que un método de decisión consensual es un método de tratamiento y gestión procedimental del disenso. Es la propia falta de consenso también en la esfera pública lo que hace necesario y oportuno el recurso a los procedimientos democráticos.

Pues bien: los discursos de los juristas pueden ser verdaderos en el sentido de la correspondencia si reproducen fielmente los contenidos jurídicos dados, los cuales no son hechos «brutos» (pero ¿existen hechos brutos?), sino objetos semióticos susceptibles también ellos de determinación y descripción objetiva. Pero: *de hecho* esto sucede bien raramente porque *por principio* los contenidos normativos no pueden estar nunca completamente dados. Existe, como ya sabe todo el mundo, excepto tal vez los juristas, un espacio ineliminable de libertad interpretativa, un espacio que no puede ser eliminado con medios puramente semánticos (rigor del lenguaje, reducción de la vaguedad), porque a ello se oponen los rasgos pragmáticos del lenguaje jurídico, y los rasgos sociales de los Estados democráticos de Derecho contemporáneos. El consenso en el Derecho no es sólo difícil de obtener de hecho, sino que no es obtenible por principio. Donde falta el consenso semiótico faltan los presupuestos de la objetividad, pero la objetividad no puede ser sustituida por el consenso.

Ahora hay que añadir que ni siquiera la vaguedad, la ambigüedad, la incoherencia de los Derechos contemporáneos impiden en línea de principio la posibilidad de descripciones jurisprudenciales *verdaderas*. Cuando los contenidos jurídicos son totalmente indeterminados o contradictorios, cuando falta del todo el objeto mismo de la descripción, el jurista podría kelsenianamente limitarse a enumerar listas de posibilidades interpretativas, o podría limitarse a señalar el área de indeterminación normativa, renunciando a la pretensión de suministrar la verdadera interpretación de la norma. Produciría en ambos casos aserciones verdaderas, aunque escasamente informativas sobre los contenidos del Derecho positivo (que por hipótesis falta). Pero sabemos que la pureza interpretativa o la abstinencia de indicar la interpretación presuntamente verdadera no forma parte de las costumbres profesionales de los juristas contemporáneos.

En los límites antedichos, la de la correspondencia es una idea regulativa de la que no hay que desprenderse a la ligera, tanto en el Derecho como en la ciencia. Mientras que en la ciencia tiene el valor de principio metafísico porque pone un mundo externo como límite a la capacidad constructiva

de la mente humana, en el Derecho tiene el valor de principio ético-político *porque pone el Derecho como objeto* (también de conocimiento): no sólo por tanto como un instrumento a crear o recrear indefinidamente. Porque apunta a un modelo de intérprete atomísticamente ligado al texto, no holísticamente dedicado a la búsqueda de valores materiales comunes.

La defensa de la idea de la correspondencia en el Derecho incorpora así un ideal-límite de un jurista conservador, reconocedor y vehículo de transmisión de un consenso ya formado: el que ha llevado a la producción del Derecho y el que lleva a la univocidad de su interpretación.

En el Estado democrático de Derecho, donde la jurisprudencia cognitiva desarrolla un papel instrumental para la práctica, la objetividad puede estar garantizada sólo por la correspondencia, la cual sin embargo puede funcionar tan sólo dentro de los límites de un consenso semiótico existente de hecho. Fuera de los confines de ese consenso sólo hay libertad interpretativa y discrecionalidad aplicativa, que sobre el plano analítico descriptivo deben ser puntualmente revelados, mientras que sobre el plano ético político deben ser contrastados con la propuesta de modelos adecuados.

La filosofía jurídica contemporánea, incluso la analítica, ha tomado plena conciencia del hecho de que ninguna intervención meramente semiótica, por muy radical que sea, podrá darnos un Derecho cierto, mecánicamente aplicable y reproducible. Parece sin embargo menos difundida la conciencia de que la determinación semiótica de los Derechos no es sólo un problema de sustancia y de valores materiales, de rigor del lenguaje con el que se expresan los contenidos normativos y los valores. Es también y muy especialmente un problema de formas, de ordenaciones político-institucionales globales, de equilibrios en la distribución de los poderes entre los diferentes órganos jurídicos, de recíproca delimitación de las competencias. Evidentemente todo ello también se traduce a su vez en contenidos semióticos (llevados a través de las normas de estructura), pero contenidos de diverso tipo, y sólo indirectamente influyentes sobre la determinación semiótica sustancial. Indirectamente influyentes, pero no irrelevantes. Es obvio y por todos conocido que cuanto más rigurosamente delimitado y circunscrito en el plano organizativo-institucional está un poder judicial, tanto más propenso será a dar interpretaciones «fieles», escasamente innovadoras, menos intensamente empeñado en el terreno de la investigación sustancialista de los valores materiales. Y que una ciencia jurídica que opera en el ambiente institucional antedicho será más propensa a no rebasar su función de estabilización de las expectativas normativas, por usar el léxico de Luhmann. Esto evidentemente no es la panacea: también las normas de estructura pueden ser indeterminadas y los equilibrios entre los poderes tambaleantes

e inestables. No estamos en el terreno del todo o nada, sino en el del mas o menos.

La filosofía jurídica, después de decenios de análisis del problema del método de la jurisprudencia, debería hoy indagar más a fondo sobre los modos en que el papel que desempeña la ciencia jurídica puede hacerse compatible y funcional con el orden institucional de los Estados democráticos de Derecho como el nuestro.

(Trad. de Josep Aguiló Regla)



DOXA 20 (1997)
