

SERNA, Pedro, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las Teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, ed. Porrúa, México, 2006, 141 pp.

La labor llevada a cabo en esta obra de emprender un recorrido panorámico por el pensamiento jurídico contemporáneo se hace con el propósito de construir el escenario que permita al autor, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Coruña, elaborar su proyecto iusfilosófico, lo cual no es posible sin explicitar previamente la trama teórica sobre la que tal proyecto se sustenta, puesto que una visión de la filosofía del Derecho no puede comprenderse en toda su amplitud al margen de la delimitación de su escenario histórico.

Como el propio autor explica en la introducción de su obra, la travesía propuesta representa el itinerario de pensamiento que ha seguido durante los últimos veinte años y tiene como resultado su actual visión de la realidad jurídica. Tal itinerario ha ido construyéndolo a lo largo de su carrera a través de obras que son hoy en día de obligada lectura, como *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, publicada por Eunsa en 1990, o más recientemente, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, en Comares, 2005.

La travesía anunciada se realiza en cuatro tramos o capítulos. Especialmente acertado me parece el nombre del primero, que bien podría ser el de su conclusión: «El agotamiento del positivismo». En efecto, como llega a demostrar el autor, el positivismo se encontraría en franca decadencia, incapaz de permanecer inmune a las críticas que giran en torno a la inevitable presencia en el Derecho de criterios y pautas morales, principios, y en relación con esa presencia a la imposibilidad de separar Derecho y moral y a las dificultades de la Ciencia jurídica para operar, como pretende, en forma axiomáticamente neutral.

Así, algunos autores positivistas habrían comenzado por desmarcarse de aquellos postulados de esta tradición que el paso del tiempo ha ido haciendo incómodos. Sería en este sentido la dimensión ideológica del positivismo el primer lastre del que se han venido deshaciendo a partir de 1945. Y si bien muchos autores encuadrados en esta concepción de lo jurídico han pretendido seguir manteniendo inmune el núcleo duro de la misma integrado por las tesis del positivismo como Teoría jurídica (fundamentalmente la tesis de las fuentes sociales) y la aproximación epistemológica no-valorativa a lo jurídico, lo cierto es que como va demostrando Serna a lo largo de su exposición, no resulta coherente rechazar unas teorías del positivismo al mismo tiempo que se mantienen otras, y ello es así no tanto por la conexión lógica existente entre todas ellas como porque las razones que obligan a abandonarlas también permiten cuestionar el pretendido núcleo duro del positivismo.

Demuestra Serna de qué manera las insuficiencias de la Teoría positivista se hacen patentes en la perspectiva dinámica del Derecho. Y estas deficiencias metodológicas del positivismo que el autor muestra acaban por proyectarse irremediablemente sobre el resto de la teoría jurídica positivista.

Pese a todo, con la operación de descarga de lastre no desaparece en absoluto la dimensión ideológica del positivismo sino que comparece revestida con ropajes científicos.

A la decadencia del positivismo habría contribuido también el intento, fallido a juicio de Serna, de reformular el positivismo jurídico llevado a cabo

a finales del siglo xx por los autores autodenominados «incluyentes». Estos autores han admitido que los valores morales figuran entre los posibles criterios que un sistema jurídico acepta para determinar la validez y contenido de las normas así como la influencia de esos valores en la decisión judicial. Pero difícilmente pueden reconocerse como positivistas teorías que acaban admitiendo la presencia, en ciertas condiciones, de juicios de valor en el discurso jurídico.

En el segundo tramo de su recorrido panorámico por el pensamiento jurídico actual, Serna se detiene en dos corrientes surgidas desde la segunda mitad del siglo xx que intentan dar respuesta a las cuestiones no resueltas por el positivismo jurídico. Se trata de las teorías de la argumentación por una parte y la Filosofía del Derecho de inspiración hermenéutica por otra. Ninguna de las dos puede considerarse superación o desarrollo de la otra, pero cada una de ellas contiene elementos de interés en orden a completar las insuficiencias de la otra. Dada la relativa independencia entre ambas líneas de trabajo, el autor comienza por una sintética exposición crítica de las teorías de la argumentación, señalando que en el orden de exposición elegido no existe razón decisiva alguna.

Para dar una idea de las aportaciones así como de los límites o insuficiencias de las teorías de la argumentación Serna ha escogido tres modelos representativos de las mismas: el modelo retórico propuesto por el profesor de origen polaco afincado en Bruselas Chaïm Perelman y conocido como la *Nueva Retórica*; un modelo discursivo puro, la teoría de la argumentación del profesor alemán Robert Alexy; y una última propuesta que partiendo del modelo retórico pero consciente de sus limitaciones introduce elementos de orden discursivo o procedimental inspirados en parte en las teorías de Alexy y en parte en otros autores, se trata del modelo propuesto por el profesor finlandés Aulis Aarnio.

Como señala el autor, las teorías de la argumentación vienen a ser modelos que intentan encauzar racionalmente los elementos valorativos que intervienen en el desarrollo de la dinámica jurídica. Destaca Serna los importantes logros, utilidad y alcance de las teorías de la argumentación pero también sus insuficiencias y limitaciones, subrayando como deficiencia común a todas ellas la ausencia de un elemento que cumpla la función que realiza la prudencia en la ética y en la teoría del conocimiento de inspiración clásica, un elemento que proporcione no sólo herramientas para mejor justificar y presentar sus decisiones, sino herramientas para la adopción de tales decisiones, que aparecen en último término abandonadas a la mera irracionalidad o convicciones personales de quien decide, a pesar de las propuestas dirigidas a reducir al máximo ese riesgo de arbitrariedad. Ello lleva a Serna a concluir que las teorías de la argumentación no son capaces en última instancia de resolver el problema que dio origen a las mismas: la fundamentación racional de las decisiones jurídicas.

El recorrido por las principales teorías de la argumentación se completa con la necesaria referencia a las Teorías del Derecho surgidas de algunas de las mismas, teorías que tienen en común su no-positivismo e incluso su anti-positivismo y, cuya principal virtud sería el haber incorporado a la Ciencia jurídica la perspectiva dinámica desde la que se accede a dimensiones imposibles de captar desde el reduccionismo que supone la visión estática o estructural propia del positivismo.

Nos presenta Serna la visión del Derecho de Perelman, una perspectiva retórica que enfoca el Derecho desde el punto de vista judicial, lo cual pro-

porciona una visión técnica y al mismo tiempo valorativa del mismo destinada a solucionar conflictos suscitados en la sociedad por la presencia de valores contrapuestos. En consecuencia el modo típico de operar del Derecho, será la búsqueda de lo razonable, quedando la razonabilidad definida por su aceptación social. Objeta Serna a la teoría del Derecho de Perelman la escasa atención que presta a su dimensión estática.

Concluye el autor este capítulo con una breve referencia a la concepción del Derecho desde el modelo discursivo de Alexy. Para este autor el Derecho es un sistema en el que por una parte se integran un lado pasivo, el normativo, y un lado activo, el procedimental; y por otra parte se integran el elemento institucional o real y el elemento ideal. Esta concepción encuadra la Teoría del Derecho dentro de una Filosofía de la sociedad y del Estado acorde con las reglas del discurso y que se construye en torno a la democracia y el reconocimiento de los derechos fundamentales. Por esta y otras razones la teoría de Alexy se presenta como una teoría del Derecho contemporáneo sin pretensión de referirse a cualquier Derecho posible. Resalta Serna el indudable interés de esta propuesta cuyos fundamentos y desarrollo postulan una transformación de la Teoría en Filosofía, pero mientras que la mayor parte de sus afirmaciones singulares son aceptables, a juicio del autor, no lo es tanto su fundamento filosófico profundo.

A estas alturas de su recorrido afirma Serna la incapacidad de la racionalidad discursivo-argumentativa para dar cuenta por completo de los elementos valorativos que se encuentran en la base de las interpretaciones y decisiones, lo cual parece abocarnos a aceptar la inevitabilidad del relativismo y hasta del subjetivismo en el ámbito de la aplicación del Derecho. Admitir esto equivaldría a admitir que, en última instancia, el Derecho se funda sobre un fondo irreductible de arbitrariedad, de irracionalidad. Ello, en el fondo, legitimaría la opción de la Teoría positivista del Derecho de desterrar las dimensiones valorativas de la imagen del mismo. Pero el autor propone plantear la discusión acerca del subjetivismo y el relativismo en el conocimiento humano desde los parámetros proporcionados por la hermenéutica contemporánea, cuyos hallazgos entiende que son de gran valor para profundizar en la naturaleza de tal conocimiento y discutir la posibilidad de su objetividad.

El siguiente tramo del trayecto encara pues los descubrimientos de la hermenéutica en orden a clarificar la presencia de lo valorativo en el Derecho y el problema de su justificación.

Introduce el tema con una breve referencia a los orígenes de la hermenéutica como teoría general de la interpretación que vincula a ésta, desde el principio, con la idea de comprensión como su condición de posibilidad.

Es en el mundo germánico donde se ha desarrollado la orientación hermenéutica en el campo de los saberes jurídicos desde los años sesenta del pasado siglo, suscitando hasta ahora un menor interés entre los autores de habla hispana. La proyección más directa de la hermenéutica sobre el Derecho se ha dado en el ámbito de la teoría de la interpretación y la aplicación. La hermenéutica rechazaría la visión mecanicista destacando la inevitable presencia del sujeto en todo el proceso de comprensión y, en consecuencia, en aquellos procesos que tienen lugar en orden a su aplicación y a su elaboración dogmática.

Kaufmann, a quien Serna utiliza como interlocutor a lo largo de su exposición en este tramo de su viaje, ha mostrado cómo la visión tradicional de la aplicación del Derecho presupone una idea de éste como realidad independiente, un objeto perfectamente delimitado y separado del sujeto. La herme-

néutica, junto con otras corrientes iniciadas a finales del siglo XIX, rechazaría esta dualidad objeto –sujeto en orden a la aplicación del Derecho, destacando en la misma la intervención de elementos volitivos y subjetivos.

En este sentido destaca Serna al menos tres operaciones que no pueden llevarse a cabo sin el «concurso personal, creativo y valorativo del intérprete», sin dejar de ser por ello una tarea también de índole cognoscitiva, a saber: la selección de la norma aplicable, la equiparación entre el supuesto de hecho de la norma y los hechos del caso, y la determinación de la consecuencia jurídica. Y esta tarea creativa no es en absoluto excepcional, a pesar de lo cual, suele ser negada por los aplicadores del Derecho que prefieren defender un conocimiento ajeno a la subjetividad, lo cual supone un ocultamiento que nuestro autor califica sencillamente de absurdo.

La hermenéutica no es la única corriente que ha criticado el simplismo de la visión dominante, pero lo que añade de nuevo es la tesis filosófica según la cual nuestra comprensión depende de una serie de condiciones trascendentales, trascendentales en el sentido de que no dependen del objeto de la comprensión sino de nuestro modo de comprenderlo. En concreto sostiene que una de esas condiciones es el prejuicio o pre-comprensión, la idea previa. No es posible la comprensión de un texto sin precomprensión y en ese sentido habla Kaufmann del «círculo hermenéutico» es decir, un reenvío mutuo entre el texto y el intérprete, de modo que comprender supone siempre introducir una modificación en el texto y en el intérprete, siendo en ese sentido un proceso de producción. Tal proceso se proyecta también sobre la aplicación del Derecho, en la cual debe añadirse el horizonte del intérprete como parte constitutiva del proceso hermenéutico, pues en tal horizonte es donde acontece ese proceso. También la legislación es fruto de una tarea hermenéutica consistente en confrontar principios ético –jurídicos generales con hechos posibles, bajo la mediación del legislador.

Llegados a este punto plantea Serna dos cuestiones sobre la dinámica circular del proceso de comprender. La primera se refiere a si se trata de una circularidad evitable o no, y responde con Kaufmann que, tal circularidad, frecuente en los razonamientos llevados a cabo por los juristas, no es un simple fallo sino algo inevitable. La circularidad en cierto sentido pertenecería a la naturaleza misma de nuestro pensamiento y en esa circularidad, aunque de perfiles diferentes, incurre también el proceso de aplicación del Derecho en su búsqueda de una justificación de la decisión que ya ha sido previamente adoptada sobre el caso. Pero tal circularidad es de carácter metodológico, y no es todavía el círculo hermenéutico, que consiste en una dinámica oscilatoria que va del intérprete al texto normativo y a los hechos y de cada uno de estos últimos hacia el otro y hacia el intérprete, entre comprensión y precomprensión, actuando ambas como condiciones de posibilidad de la aplicación del texto.

La segunda de las cuestiones anunciadas se refiere a si el círculo hermenéutico es un círculo vicioso, es decir, una peculiar manifestación de un error clásico de orden lógico. A ello contesta Kaufmann con palabras de Heidegger que ver en el círculo hermenéutico un *circulus vitiosus* significaría malcomprender radicalmente el comprender. Para explicarlo profundiza Serna en la afirmación heideggeriana, reflexionando sobre la índole peculiar de la comprensión. Ello le permite concluir que el círculo no es de índole formal, ni metodológica, sino trascendental, y en ese sentido no puede calificarse como un círculo vicioso.

Aún hay otra interesante cuestión que aborda Serna antes de finalizar el capítulo dedicado a la hermenéutica. Se trataría de precisar si todo lo anterior nos conduciría a un subjetivismo jurídico incontrolado que sería lo contrario del Derecho, puesto que una de sus misiones sería precisamente impedir la arbitrariedad. Para dar respuesta a ello se señala que el prejuicio no es por completo obra del sujeto que comprende, sino que se constituye desde la tradición, esto es, desde las coordenadas histórico-culturales generales. Pero no es un factor de determinismo, porque el sujeto puede trascenderla modificándola, recreándola y enriqueciéndola. La conciencia reflexiva de la historicidad, dice Serna, permite limitar el alcance de las interpretaciones particulares e introducir un elemento de distancia crítica, de modo que no conduce necesariamente al subjetivismo sino que actúa como garantía de intersubjetividad. Aun así, no cesaría el riesgo de un uso arbitrario y manipulador de la interpretación, pero dicho riesgo puede evitarse introduciendo transparencia en la precomprensión, esto es, explicitando el prejuicio, lo cual implica, a juicio de Serna, poner en conexión esa comprensión del Derecho con nuestros conocimientos más profundos y generales. Por ello, concluye que la hermenéutica, en su búsqueda de horizontes de sentido más amplio «origina un movimiento de autotranscendencia de la actividad jurídica», y conduce al rechazo de una imposible pureza metódica postulando una actividad jurídica abierta a los problemas sobre el sentido.

Conjurado el riesgo del subjetivismo por parte de la hermenéutica, en el último tramo del itinerario propuesto, Serna trata una cuestión a mi juicio capital: si puede un conocimiento no susceptible de asimilación al saber meramente objetivo evitar el relativismo. Porque si la referencia constitutiva de la hermenéutica a la tradición condujera irremediablemente hacia el relativismo cultural, significaría que ésta no va más allá del «relativismo axiológico moderado» al que se resiga Aarnio, no iría más allá del punto al que llegan las teorías de la argumentación.

En opinión de Serna, hablar de justificación relativista de un juicio moral carece de sentido. Sin embargo habría que estar de acuerdo con la justificación relativista de los juicios morales si con ello se quiere decir que la justificación moral está siempre referida a la moral vigente o moral social, o al menos a la aceptada por aquel que trata de justificar moralmente un juicio. En ese sentido toda justificación moral es relativa, lo cual no es lo mismo que aceptar una justificación relativista de los juicios éticos.

La moral social o histórica sólo tiene sentido a la luz de una moral ideal u objetiva, ya que quien la profesa lo hace porque considera que los valores que la integran son en sí mismos valiosos, y en ese sentido sostiene Serna que quien argumenta sobre la justificación de un juicio moral lo hace con la convicción de que esa justificación es la aportada por la moral ideal, de modo que toda justificación apela a principios últimos, no justificables por otros, no relativos.

Por otra parte sostiene Serna que pretender que una moral explícitamente relativista, esto es, construida en torno a valores de una cultura en cuanto valores de la misma, pueda servir de base para imponer determinadas conductas coactivamente, no deja de ser curioso, ya que, en las sociedades multiculturales como las nuestras, para quien no participe de la cultura imperante serían argumentos totalitarios, y también resulta curioso dado el valor que la libertad ideológica posee en la civilización occidental.

A juicio del autor, en el momento presente nos encontramos ante una profunda fragmentación de la unidad cultural moral, situación que requiere

una búsqueda de los caminos de la corrección ética en un esfuerzo de fundamentación análogo al que en su momento representó el realizado por el Derecho natural racionalista e ilustrado. Y frente a esta tarea entiende Serna que la hermenéutica ofrece más esperanzas que las teorías consensulistas, al ser aquella compatible con una fundamentación ontológica, abriendo un camino hacia la objetividad ético-valorativa. Fundamentación ontológica que también se puede decir que acabe postulando. En demostración de ello analiza Serna a continuación la estructura de la comprensión siguiendo las sugerencias de Gadamer. La comprensión es en último extremo autocomprensión pero al encontrarse en el seno de la tradición y mediada por el lenguaje, no puede ser subjetiva, sino que es forzosamente intersubjetiva. Así, la autocomprensión lo es del hombre en cuanto perteneciente a una cultura y en cuanto que se constituye socialmente por referencia a los otros tanto en el plano sincrónico como en el diacrónico. Por tanto, la estructura de la comprensión acaba remitiendo a una ontología. En ese sentido Kaufmann sostiene que la comprensión no genera su propio objeto, ya que condición necesaria de toda comprensión es que haya «algo» que deba ser comprendido, esto es, una *realidad* diferente del sujeto que comprende y del proceso de comprender.

Aunque para Kaufmann la ontología no es sinónimo de ontología cósmica, (que él identifica con ontología de la sustancia), porque el Derecho no es una sustancia y porque el referente ontológico del Derecho no puede ser otra cosa que la persona y ésta según este autor tampoco es sustancia sino esencialmente relación. Serna acepta que en efecto el referente ontológico del Derecho es la persona, pero, a su juicio, ésta última no sólo es relación sino también sustancia. Así, a pesar de que Kaufmann entienda que la relacionalidad de la persona conduce a una ontología de relaciones y no de sustancias, dado que, a juicio de Serna entre persona y relación no hay incompatibilidad sino necesidad de aunar ambos conceptos, nuestro autor deduce que en el fondo el propio Kaufmann acaba aceptando una ontología de la persona entendiendo por tal un ser que es simultáneamente sustancia y relación.

Pero el pensamiento de Kaufmann todavía se puede encaminar en una dirección más ontológica, pues, a partir del referente humano de la comprensión jurídica, acaba postulando la justicia del orden jurídico, y lo hace cuando afirma que el Derecho para legitimarse necesitará «asegurar al ser humano lo que le corresponde como persona». La persona es pues presentada por el autor alemán como fuente de exigencias, que para ser tales, añade Serna, deben ser objetivas. A partir de este punto entiende el autor que se puede ya configurar la justicia como exigencia intrínseca del Derecho mismo, a la luz de lo cual la protección de la persona no es un simple objetivo material del Derecho sino el elemento constitutivo del mismo. Se podría decir que Serna sigue el pensamiento de Kaufmann hasta las fronteras del mismo, pero, y en ello podemos ver la interesante aportación del autor español, rebasa aquél, derivando del mismo profundas consecuencias a las que el propio Kaufmann no consigue llegar.

La dificultad estribaría ahora para Serna en determinar los contenidos concretos de esa protección y del reconocimiento que debe brindar el Derecho. Dicha tarea entiende que debe desplegarla en dos ámbitos principales: la garantía de aquellos bienes y valores básicos que permiten a la persona su desarrollo humano por una parte; y la protección de la autenticidad de las relaciones interpersonales en que consiste la vida social y el Derecho mismo por otra. A la determinación de cuales sean esos bienes y valores básicos y la

naturaleza específica de las relaciones sociales accedemos, al menos en el origen, desde la tradición.

Todo este recorrido realizado le permite a Serna afirmar que, si bien aceptando el planteamiento teórico de la hermenéutica no es posible superar el relativismo, el anclaje ontológico propuesto por Kaufmann sí supondría un intento de alejarse de toda concepción relativista. Ello es posible porque cabe en el planteamiento hermenéutico, explicitar el prejuicio, ponerlo entre paréntesis, cuestionar su validez, acceder a tradiciones diferentes y compararlas con la propia y aun confrontar y discutir las diferentes concepciones sobre los bienes, valores y derechos existentes en una misma comunidad cultural. Y si todo esto es así, concluye, es posible trascender la comprensión, pues no todo en el discurso jurídico es comprensión o interpretación. Caben otras operaciones como la reflexión, de modo que se puede superar el círculo hermenéutico a través de ellas. Así, lo fundamental para el autor no sería tanto entrar en el círculo como poder salir de él en el momento oportuno. Tarea para la cual es preciso completar la perspectiva hermenéutica, de la que no pueden extraerse excesivas orientaciones metodológicas, con otras perspectivas.

En este sentido entiende Serna que el círculo hermenéutico no solo es superable por la reflexión. La posibilidad de explicitación de los prejuicios y de comparación y contraste de tradiciones «abre el camino a una referencia directa a lo real». Tal referencia admite que carece de la exactitud de la matemática y de la necesidad de la lógica, pues es una referencia aproximativa, pero es, a su juicio, capaz de profundizar en la referencia ontológica que nos ha expuesto en la última parte de esta obra. Y a partir de aquí comienza la tarea de ir configurando los perfiles de esta aproximación, tarea abierta hacia el futuro.

Concluye pues esta obra dejando efectivamente preparado el escenario en el cual propone su autor encuadrar un proyecto iusfilosófico. No cabe duda ninguna de que lo realizará con la misma brillantez y profundidad con la que ha sido capaz de dibujar el panorama del pensamiento jurídico de los últimos tiempos, en todo caso constituye una suerte de promesa que deja al lector ávido de enfrentarse a ella.

Ana-Paz GARIBÓ PEYRÓ
Universidad de Valencia