

**SERNA, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, ed. Comares, Granada, 2003, 247 pp.**

La presente obra, dirigida por Pedro Serna, aborda a través de cuatro estudios sobre Aulis Aarnio, Robert Alexy, Carlos S. Nino y Arthur Kaufmann el problema de la racionalidad de las decisiones jurídicas.

El capítulo primero (pp. 13-45), cuyo autor es Pedro Rivas, lleva por título «La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación jurídica de Aulis Aarnio».

Tras exponer cuáles son las fuentes de las que se nutre el pensamiento de Aarnio, Rivas recorre las líneas maestras de su teoría de la argumentación jurídica partiendo del rechazo a la noción de verdad en relación con una proposición interpretativa de un texto legal carente de univocidad. Entiende Aarnio, según Rivas, que se debe aspirar a lograr una interpretación correcta, lo cual está estrechamente ligado a la idea de coherencia. Pero junto a la exigencia de coherencia, Aarnio sostiene que la corrección se verifica ante un «auditorio» sobre el cual se ejerce la argumentación racional y la persuasión con el fin de alcanzar el consenso en torno a una determinada proposición interpretativa. El «auditorio» concreto al que se refiere Aarnio está ligado a la idea wittgensteniana de «forma de vida», y Rivas opina que la aceptabilidad a la que se refiere Aarnio consiste en la correspondencia de una proposición interpretativa con los valores comunes o dominantes en una determinada sociedad (p. 18).

Podría pensarse que la mera referencia a los valores dominantes entraña riesgos de arbitrariedad. Sin embargo, Rivas afirma que en opinión de Aarnio estos disminuyen en tanto una interpretación viene referida a un auditorio concreto, a una «comunidad jurídica». Este concepto ha ido perfilándose progresivamente en distintos trabajos de Aarnio, y, en opinión de Rivas, finalmente Aarnio se refiere a una «comunidad jurídica» comprometida con el respeto a determinadas reglas y principios basados en una racionalidad procedimental.

Especial atención dedica Rivas a la teoría de los principios de Aarnio (pp. 26-29), al considerar que ello contribuirá a lograr una comprensión más completa del pensamiento de este autor. En mi opinión, el análisis de Rivas de la teoría de los principios de Aarnio tiene un gran interés para la teoría de la norma jurídica, pero en general, las observaciones de Rivas van más allá del problema de la corrección de las proposiciones interpretativas, salvo en lo que respecta a la validez de los principios valorativos no jurídicos —uno de los tipos de principios que identifica Aarnio (p. 26)— que son empleados por primera vez en el marco de un discurso jurídico. El núcleo de la crítica de Rivas (pp. 34-43) radica en que si tales principios valorativos no jurídicos sirven para interpretar el material jurídico disponible, «[n]o parece lógicamente coherente encontrar la explicación de los principios valorativos no jurídicos en el material jurídico disponible, y la explicación del material jurídico disponible en los principios valorativos no jurídicos» (p. 36). Como señala Rivas, esta observación es importante porque Aarnio deberá admitir, si desea seguir sosteniendo la existencia de principios valorativos no jurídicos, que «al menos en algunas ocasiones, el juez, como afirma Esser, tiene que recurrir a principios extrasistemáticos y tomar sus criterios materiales de valor del ámbito pre-positivo de los principios de la ética jurídica [lo cual implica,

en mi opinión, una concepción sustantiva de la razón práctica] y de la convicción general de la "eudoxa"» (p. 42).

El capítulo concluye con las críticas de Rivas al género de racionalidad que define la aceptabilidad de una proposición interpretativa en una comunidad jurídica. Rivas, sobre todo, reprocha a Aarnio la falta de claridad de sus planteamientos, pues en su opinión la negativa de Aarnio a identificar el auditorio con una mayoría electoral, así como su idéntica resistencia a referirse a un auditorio universal o ideal, impide saber si propugna una racionalidad constructiva o descriptiva. La crítica con la que Rivas concluye su capítulo es ciertamente dura: «Se echa en falta, pues, un pensamiento más completo, que afronte hasta sus últimas consecuencias el tipo de fundamentación que poseen las valoraciones, y que se ancle en una teoría del conocimiento capaz de ser al menos unitaria y coherente» (p. 45). Podría decirse, pues, que Rivas, al destacar la falta de coherencia del pensamiento de Aarnio, considera imposible llevar a cabo una crítica externa de sus planteamientos.

Admitiendo la falta de claridad respecto a la idea de racionalidad que maneja Aarnio, cuando este autor se refiere a la justificación de las proposiciones interpretativas, creo que debería aclararse si mediante dicha justificación se pretende sostener que la proposición normativa que surge de la interpretación resulta obligatoria, o simplemente merece ser obedecida. Pese a la evidente relación que guardan «obligatoriedad» y «obediencia», se trata de una distinción relevante, y creo que hubiera sido interesante examinar el pensamiento de Aarnio, así como el de Alexy y Nino en los siguientes capítulos, explícitamente en relación con esta cuestión. A mi juicio, la investigación de Rivas, excelente por otra parte, se hubiera beneficiado de una mayor profundización en este terreno.

El segundo capítulo del libro (pp. 47-129) es obra de José Antonio Seoane y lleva por título: «Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy».

La influencia de Habermas sobre Alexy es clara por cuanto que, como indica Seoane, Alexy entiende la argumentación jurídica como una modalidad de actividad lingüística, y puesto que tal actividad trata de la corrección de enunciados normativos, se está ante un discurso y no ante una acción, diferencia que pone de relieve Habermas, tal como recoge Seoane (p. 61). Especial interés reviste la fundamentación de estas reglas del discurso, pues se trata de una cuestión sobre la que han incidido los críticos de Alexy, como destaca Seoane (pp. 104-110), y que además posteriormente también es objeto de crítica por parte del propio Seoane. En este punto destaca Seoane que Alexy opta por una fundamentación pragmático-trascendental, en línea con los planteamientos de Habermas y Apel, consistente en mostrar que la validez de determinadas reglas es condición de posibilidad de la comunicación lingüística.

Las reglas del discurso que propone Alexy (pp. 71-78) son descritas por Seoane, que destaca como, en opinión de Alexy, el discurso práctico presenta tres flancos débiles: *a)* no prescribe las premisas normativas de partida de los participantes en el discurso; *b)* no establece todos los pasos argumentativos para alcanzar un resultado; *c)* algunas de las reglas sólo pueden ser cumplidas de forma aproximada. Dada esta situación, y puesto que los problemas jurídicos requieren inevitablemente una decisión que les ponga término, Seoane explica que Alexy cree necesario un procedimiento que limite el campo de lo discursivamente posible de la manera más racional posible, lle-

gándose así al discurso jurídico (pp. 80-95), que constituye un caso especial del discurso práctico general.

Seoane, tras atender a las críticas que otros autores han formulado a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy (pp. 102-112), opina que las reglas del discurso de Alexy tienen una naturaleza estipulativa, y afirma que la obligatoriedad de una norma requiere una justificación, lo que también cuenta en relación a las reglas del discurso. En este sentido, cita un texto de Cotta, en el que este autor afirma que si una norma realiza una opción entre varias posibles «estableciendo cuál de ellas *debe* ser, parece inexcusable señalar y probar las razones por las que tal opción ha sido hecha y asume valor normativo» (p. 116). Sin embargo, cabría objetar a Seoane que Cotta, al establecer aquellos requisitos que debe satisfacer cualquier intento de justificar la obligatoriedad de una norma, señala, en primer lugar, que el comportamiento prescrito sea realmente posible<sup>1</sup>. Ello significa que el comportamiento debe quedar ubicado en el campo de la posibilidad, es decir, que su realización no es necesaria. Pues bien, las reglas del discurso que maneja Alexy no prescriben un comportamiento posible, sino que se presentan como una condición de posibilidad de toda comunicación humana. En opinión de Seoane, Alexy no habría logrado su propósito, pero desde mi punto de vista quizá hubiera sido conveniente detenerse un poco más en el estudio de la estructura de los «argumentos trascendentales», pues precisamente Alexy apunta en una obra citada por Seoane que se minusvalora su capacidad fundamentadora<sup>2</sup>.

Seoane cree que la noción de razón práctica alexyana es insuficiente: «A su teoría de la argumentación jurídica le falta algo; y ese algo puede ser una teoría de la prudencia, del ejercicio de otra racionalidad práctica, aristotélica más que kantiana —o hobbesiana—, que alumbre el ejercicio de la facultad judicial y decisoria de los órganos legislativos, jurisdiccionales y administrativos» (p. 122). Da la impresión de que Seoane, cuya crítica comparto, cree posible aprovechar la teoría de Alexy y completarla a través de una teoría de la prudencia. Sin embargo, la teoría de la prudencia a la que alude Seoane implica una cierta concepción de bien, una razón práctica sustantiva, pues no en vano apela a Aristóteles. No parece que la teoría de Alexy admita una prolongación de ese tipo sin que su coherencia interna se vea seriamente afectada. Admitir una teoría de la prudencia implica asumir una posición gnoseológica que Alexy rechaza claramente, siendo el mejor ejemplo de ello la fundamentación de las reglas del discurso mediante el recurso a «argumen-

<sup>1</sup> Cfr. COTTA, Sergio, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, traducción de A. Fernández-Galiano, Ceura, Madrid, 1987, p. 64.

<sup>2</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, traducción e introducción de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 70 ss. Alexy alude explícitamente a Nino, y afirma que este autor subestima las posibilidades de los argumentos trascendentales. La razón de esta polémica radica en que Alexy coincide con Nino en que la idea del discurso no es una idea neutral (sobre este punto, cfr. en el capítulo tercero de esta obra que estoy recensionando, pp. 149-150, en las que Susana Blanco explica cómo a juicio de Nino no sería posible justificar proposiciones normativas a personas que no compartieran la base discursiva común que representa el discurso del occidente postilustrado). Nino opina que no puede justificarse la moral por la moral. Sin embargo, Alexy cree que es posible conciliar el carácter liberal de la idea del discurso y la posibilidad de fundamentar sus reglas universalmente mediante «argumentos trascendentales».

tos trascendentales». Cuestión distinta es que Seoane considere aprovechables determinados aspectos de la teoría de Alexy, y que decida tenerlos en cuenta a la hora de elaborar su propia teoría para justificar las decisiones jurídicas. Pienso que esto es lo que apunta Seoane en las últimas páginas de su capítulo, al presentar una propuesta que va más allá de los límites del discurso y pretende atender, según indica, al «plano real». A mi entender se trata de una propuesta sugerente y ambiciosa, y sería deseable que Seoane pudiera desarrollarla en el futuro.

El tercer capítulo del libro (pp. 131-210) se titula «La argumentación jurídica como sucedáneo imperfecto del discurso moral. La teoría de C. S. Nino», y su autora es Susana Blanco.

El primer aspecto que merece destacarse de la teoría de Nino, tal como la presenta Blanco, es que para Nino las normas jurídicas no constituyen *per se* razones para la acción (pp. 134-137). A su juicio sólo la moral puede proporcionar tales razones, y, por consiguiente, una norma jurídica sólo resultará operativa en tanto esté moralmente justificada. Si sólo la moral puede ofrecer razones capaces de justificar un determinado comportamiento, y se pretende que dicha justificación sea racional, es evidente que Nino tendrá que mostrar que es posible una moral racional. Así lo señala Blanco, que dedica gran parte de su capítulo (pp. 142-161) a explicar el constructivismo ético que propone Nino como alternativa al dogmatismo y al escepticismo en el ámbito moral.

Una vez expuesta la teoría moral constructivista de Nino, Blanco se ocupa de explicar la posición de este autor a favor de la democracia como mejor sucedáneo posible del discurso moral (pp. 161-173). Puesto que la obligación de obedecer y aplicar la ley depende de que ésta se haya elaborado de acuerdo con los principios morales propios del discurso occidental postilustrado, puede que la forma de gobierno resulte irrelevante si se respetan dichos principios. Según Blanco, Nino es consciente de este problema, y se esfuerza por justificar la democracia como aquella forma de gobierno que minimiza los posibles desvíos morales en el dictado y en la aplicación de normas jurídicas, y también por mostrar que dicha forma de gobierno puede garantizar cierta obligatoriedad para sus normas jurídicas, incluso en el caso de que éstas puedan implicar errores morales.

Antes de acometer la valoración crítica de la teoría de Nino, Blanco examina la posición de Nino con relación al razonamiento jurídico (pp. 173-184). Éste se desarrolla en dos fases. La primera de ellas consiste en determinar la legitimidad de la Constitución, que debe ser valorada a la luz de los principios morales autónomos e intersubjetivos que caracterizan la moral occidental postilustrada. Tras haberse determinado la legitimidad de la Constitución, el razonamiento jurídico entraría en una segunda fase en la que la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico se utilizarían como materiales para justificar acciones o decisiones.

Se llega así al epígrafe final del capítulo en el que Blanco va a someter a crítica (pp. 185-210) diversos aspectos de la teoría de Nino.

Comenzando por la teoría moral constructivista de Nino, entre las atinadas críticas que formula Blanco, destaca la limitación cultural que se observa en su teoría moral. El autor argentino sólo puede ofrecer una fundamentación racional de los juicios morales en el contexto de la cultura occidental postilustrada, lo que, según Blanco, implica una importante limitación. Pero, además, Blanco entiende que ni siquiera en dicho contexto pueden tener éxito las tesis de Nino, pues a su juicio los fines de la moral que Nino men-

cional (resolución de conflictos y fomento de la cooperación) no pasan de ser una elección que se pretende respaldada por una contrastación sociológica. Pero la principal crítica de Blanco a la teoría moral de Nino se realiza desde una perspectiva externa, y está relacionada con la adopción por parte de Nino de un modelo de racionalidad que parte de negar carácter teleológico a la realidad, y, por tanto, desemboca en una fundamentación inmanente sujeta a graves limitaciones (p. 194).

En relación con el valor epistemológico de la democracia, Blanco objeta a Nino que de su construcción lo único que se extrae es una presunción de obligatoriedad en los países democráticos de obrar conforme a Derecho. Aquí se observa con toda claridad cómo implícitamente Blanco está afirmando que Nino sólo puede ofrecer razones que justifiquen la obediencia al Derecho, pero no puede justificar la obligatoriedad del Derecho. Además, puesto que Nino pide que se obedezca al Derecho incluso ante una eventual tensión con la propia concepción moral del individuo, creo que Blanco acierta al señalar que la tesis de Nino es profundamente antiliberal. Finalmente, considero que Blanco también acierta cuando critica la visión idílica que parece tener Nino de la democracia, al pensar que se rige más por la dinámica del saber que por la del poder.

Por último, en relación a la estructura del razonamiento jurídico, Blanco critica que el razonamiento jurídico pueda comenzar cuestionando la legitimidad de la Constitución, pues el juez suele partir de la legitimidad de la Constitución. Por otra parte, a juicio de Blanco no termina de verse claro el papel que Nino atribuye a los principios morales en la justificación de las decisiones judiciales, y el escaso relieve que en dicha justificación parece desempeñar la propia Constitución como texto, no como convención, y el resto de normas jurídicas, lo cual es importante dado que Nino considera que el Derecho es un fenómeno fundamentalmente institucionalizado.

El cuarto capítulo del libro (pp. 211-247), obra de Pedro Serna, lleva por título «Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann», y presenta notables diferencias con los capítulos anteriores. La principal razón, en mi opinión, radica en que Aarnio, Alexy y Nino han pretendido abordar el problema de la justificación racional de las decisiones jurídicas mediante la elaboración de complejas construcciones teóricas dotadas de un alto grado de abstracción y afán sistemático. Kaufmann, sin embargo, en ningún momento pretende elaborar una teoría semejante a las de los autores estudiados, sin que ello signifique negar carácter sistemático a su pensamiento.

Serna comienza su capítulo sosteniendo que el modelo tradicional que creía posible la aplicación mecánica de las normas es hoy rechazado incluso por autores de tendencia analítica. La orientación hermenéutica, según Serna, ha venido a corroborar que la aplicación del Derecho (término que Serna considera desafortunado) implica una tarea creativa y valorativa del juez que revaloriza su papel. Ahora bien, puesto que esta revalorización del papel del juez no es una afirmación exclusiva de la hermenéutica, Serna precisa que lo que la hermenéutica, como arte de comprender las expresiones de la vida fijadas por escrito, añade a esta idea es «la tesis filosófica según la cual nuestra comprensión del lenguaje depende de una serie de condiciones trascendentales» (p. 218). A este respecto, Serna constata cómo Kaufmann, siguiendo a Gadamer en este punto, sostiene que no es posible la comprensión de un texto sin precomprensión, es decir, sin una cierta idea de lo que se espera encontrar en él.

A mi entender, la inevitable circularidad de nuestro pensamiento se comprende mucho mejor en las páginas que Serna dedica a analizar la estructura y el objeto de la comprensión (pp. 225-228). Serna recoge una afirmación de Heidegger, a quien se remite Kaufmann, en la que afirma que ver en el círculo hermenéutico un círculo vicioso significa malcomprender radicalmente el comprender. Con base en esta afirmación, Serna se adentra en la estructura de la comprensión y señala que «[c]omprender es revivir un acto del espíritu, de la subjetividad, desde y por una (otra) subjetividad. Los actos espirituales no son directamente perceptibles con el instrumental cognoscitivo humano, que no permite la llamada intuición intelectual, sino que dispone solamente de la sensible» (p. 225). Por tanto, añade Serna, los textos «no son el objeto de la interpretación, sino el *signo* de ese objeto». La conclusión de Serna es clara: la comprensión se pretende alcanzar sobre un objeto —un acto del espíritu humano— del que no se puede tener una intuición inmediata (Serna se refiere al carácter no objetivo del objeto de la comprensión). La única posibilidad de lograr la comprensión de un acto del espíritu es poner en conexión la experiencia ante la que uno cree estar situado y la propia experiencia. Estas observaciones, según Serna, ayudan a comprender por qué el esquema sujeto-objeto no sirve para explicar este tipo de actos cognoscitivos, y que, sin embargo, la ausencia de un objeto que pueda captarse «*more científico*» no desemboque en un puro subjetivismo irracional.

Serna dedica el resto del capítulo al problema del subjetivismo y del relativismo en la comprensión. En este sentido, de acuerdo con Kaufmann, que a su vez sigue a Gadamer en este punto, lo primero que pone de relieve es que la precomprensión o el prejuicio desde el que el intérprete pretende lograr la comprensión no es enteramente obra del sujeto, sino que dicha precomprensión aparece proporcionada por la tradición en la que se ubica el intérprete. Esto, apunta Serna, no significa que la tradición determine la comprensión, pues el sujeto puede trascenderla y modificarla. Lo importante es que una tradición, al contextualizar la comprensión, evita el riesgo de subjetivismo y conduce a conservar y ampliar la intersubjetividad.

Sin embargo, como pone de manifiesto Serna, la intersubjetividad es compatible con el relativismo, puesto que intersubjetividad no equivale a objetividad. Por tanto, Serna se pregunta si negar la posibilidad de un conocimiento puramente objetivo del Derecho implica aceptar un relativismo jurídico-cultural, y examina la respuesta que ofrece Kaufmann a esta cuestión.

En primer lugar, Serna precisa que aunque el esquema sujeto-objeto sea inadecuado en el proceso de comprensión, hay que reconocer que el texto es la objetivación de un acto del espíritu humano diferente de aquel que lo comprende. Según Kaufmann, la comprensión no genera su propio objeto, y por tanto es necesario que exista «algo» a comprender, un referente ontológico independiente del sujeto y del propio proceso de comprensión. Dicho referente ontológico sólo puede ser, según Kaufmann, la persona, pues toda comprensión jurídica remite a ella. La persona es entendida por el autor alemán como relación y no como sustancia, lo que es objeto de crítica por parte de Serna (pp. 237-240). No obstante, Serna comparte la opinión de Kaufmann según la cual la persona es el referente ontológico del Derecho.

Para finalizar, Serna observa cómo Kaufmann acaba postulando la justicia del orden jurídico, debido a que la persona —referente ontológico del Derecho— es un ente del cual brotan exigencias concretas, lo cual sólo puede significar, según Serna, que la persona es portadora de una esencia, de una realidad «en sí» que la razón puede comprender. Lógicamente, a la luz de

estas observaciones, es evidente, en mi opinión, la conexión que traza Kaufmann entre hermenéutica y Derecho natural.

Kaufmann elabora una propuesta epistemológica relativa a la determinación de los contenidos del Derecho justo que merece la atención de Serna. La propuesta de Kaufmann destaca por su crítica a las teorías procedimentales de la justicia, pues a su juicio no es posible derivar los contenidos de la justicia a partir de la pura forma o de procedimientos, a pesar de que no niega valor heurístico a dichos procedimientos. Su propuesta, que denomina teoría convergente de la verdad, se apoya en el consenso real logrado mediante un proceso de discusión que se desarrolla sin perder de vista el referente ontológico del Derecho. Merece resaltarse que, en opinión de Serna, la propuesta de Kaufmann no se aleja demasiado de la dialéctica aristotélica, conformándose con lograr conclusiones probables y revisables que generan una adhesión variable.

Una vez expuesto el contenido de los distintos capítulos, podría coincidirse con Serna en que cada estudio incide en aspectos estrechamente relacionados. Sin embargo, pese a que ello es cierto, pienso que la unidad, más que en esta complementariedad temática, radica sobre todo en el rechazo por parte de los autores del libro de una concepción meramente formal o procedimental del razonamiento jurídico. Esta perspectiva común, que aflora especialmente en las valoraciones críticas que se destinan a cada uno de los autores examinados, traza una línea de unidad entre los distintos capítulos. Prueba evidente de ello es que, obviando matices, Rivas, Seoane y Blanco mantienen discrepancias con las posiciones de los autores que analizan, y muchas de ellas tienen su origen en el rechazo por parte de tales autores de un razonamiento práctico sustantivo. Por el contrario, Serna no duda en valorar positivamente muchos de los planteamientos de Kaufmann, que propugna, entre otras cosas, el rechazo de una razón práctica meramente procedimental como la representada por Rawls o Habermas.

La profundidad y el rigor con que se analizan las posiciones de los autores examinados; las numerosas notas al pie y la abundante bibliografía en diversos idiomas que aparece citada acreditan la calidad de las investigaciones contenidas en este libro. Asimismo, debe destacarse que los cuatro capítulos están escritos con un lenguaje claro, conciso, huyendo en la medida de lo posible de frases excesivamente largas y prolijas con el objeto de lograr la mayor claridad, algo que no siempre es posible por la dificultad inherente al pensamiento de los autores objeto de estudio. Por otra parte, es de agradecer que en todo momento el lector es consciente de quién está realizando una determinada afirmación, o de la perspectiva interna o externa desde la que se acomete la crítica. Todo ello permite afirmar que se trata de un libro verdaderamente sobresaliente.

Tomás DE DOMINGO PÉREZ  
Universidad Miguel Hernández