

tores negativos. Precisamente, el autor desea contribuir, a través de esta obra, a su desenvolvimiento y clarificación, aunque sea en pequeña medida.

En definitiva, la obra del profesor Osuna se presenta como una valiosa contribución en la divulgación de la filosofía de los derechos humanos. Además, su estilo limpio y claro facilita la lectura, por lo que es recomendable como manual para estudiantes universitarios.

*M<sup>a</sup> Cruz Díaz de Terán*

P. SERNA (Dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Editorial Comares, Granada 2003, 247 pp.

“De la argumentación jurídica a la hermenéutica” es un volumen editado por Pedro Serna y dividido en cuatro capítulos, que recogen los trabajos de investigación de Pedro Rivas, José Antonio Seoane, Susana Blanco y el propio Pedro Serna, sobre cuatro autores relevantes –A. Aarnio, R. Alexy, C. S Nino y A. Kaufmann– en materia de teoría de la argumentación jurídica y hermenéutica.

El texto, tanto en su conjunto como analizado por capítulos, merece una muy positiva y favorable valoración por el rigor, consistencia y coherencia con el que han sido tratados tanto los autores como la temática, una de las más complejas en una reflexión sobre Derecho y su aplicación. El editor del libro ha logrado aunar en un único texto las aportaciones valiosas de unos investigadores y profesores de la Universidad de A Coruña, que han demostrado un profundo conocimiento de los autores, no solamente por el cuidadoso manejo de las fuentes, sino también por la valoración, crítica y reflexiones particulares que cada uno de ellos aporta respecto al autor que ha estudiado. Precisamente es esta particular aportación de Rivas, Seoane, Blanco y Serna, lo que contribuye a conferir al libro el carácter de trabajo de investigación, referencia obligada tanto para los alumnos de la Licenciatura en Derecho como para aquellos estudiosos que pretendan adquirir un notable nivel de profundización sobre la materia.

Comenzando por el capítulo I elaborado por Pedro Rivas, señalaré que se refiere al problema de la justificación de la interpretación de Aulis Aarnio, en

el que se aprecia la influencia de Perelman y de Habermas a través de la filosofía del lenguaje ordinario y la teoría de la acción comunicativa, respectivamente.

El autor finlandés lleva a cabo una comparación entre la idea de verdad, que caracteriza al realismo científico de Popper, y la teoría de la argumentación de la hermenéutica analítica —que es como él mismo enmarca su teoría de la argumentación jurídica— con el propósito de analizar si pueden compatibilizarse o no.

Aarnio considera que no es posible hablar con rigor de una interpretación verdadera debido a la textura abierta y al carácter valorativo propio del lenguaje jurídico. No ofrece ni una teoría predictiva ni mucho menos una teoría de la verdad de la interpretación, de ahí que sea más aconsejable hablar de razonabilidad y con ello proponer la idea de aceptabilidad racional más que la de verdad de interpretación referida. Precisamente, es en el seno de tres elementos: las fuentes del derecho, los métodos de interpretación y las directrices interpretativas, en donde una proposición interpretativa tiene sentido y significado, y además es en donde está vinculada con los afectados por ella.

Ahora bien, existen unos factores vinculados a dicha aceptabilidad racional: la comunidad jurídica, el consenso y los procedimientos. Es la “comunidad jurídica” el seno de la aceptabilidad racional y la que reduce el riesgo de arbitrariedad.

Para que la interpretación sea legítima o aceptable es necesario que, además de tener carácter racional, haya un uso del lenguaje por ambas partes en común, se sigan las reglas de interpretación jurídica, sea justificada atendiendo a una fuente autorizada de Derecho al menos y, en casos controvertidos, se refiera a un conjunto de “valores”.

Pedro Rivas analiza, entre otras, una de las obras clave de Aarnio, “Lo racional como razonable”, en la que éste vuelve a las cuestiones principales de la racionalidad, el auditorio o el principio de las mayorías, a la vez que intenta formular una teoría normativa de la justificación de los valores presente en la interpretación. Aarnio expone una teoría de la argumentación en la que propone como criterio que, para que se justifiquen las proposiciones interpretativas, el que se acepten en una comunidad jurídica definida por un tipo concreto de racionalidad. Ésta depende, a su vez, de la capacidad para lograr el consenso de un auditorio ideal particular definida a partir de una “forma de vida”.

En relación con la argumentación jurídica, Aarnio también expone su teoría de los principios y las reglas y, además de distinguir distintos tipos de principios, establece una gradación entre reglas y principios —existen reglas, prin-

cipios que parecen reglas, reglas que parecen principios y principios— y analiza las relaciones entre reglas y principios desde la perspectiva lingüística, desde la teoría de la norma, con respecto a la validez y desde la perspectiva de la argumentación.

Es interesante el recorrido que hace Rivas de las objeciones que se han hecho al pensamiento de Aarnio. Así se ha criticado su noción de aceptabilidad —Ruiz Manero—, su idea de comunidad jurídica —Barragán—, el consenso, “forma de vida” —Comanducci—, etc., y todas ellas coinciden en solicitar una mayor explicación y concreción de sus tesis así como el ajuste de posibles contradicciones internas.

Todavía más reveladora es la aportación de Pedro Rivas al análisis de los conceptos centrales de la teoría de la argumentación de Aarnio. Comenzando por los “principios, reglas y valoraciones”, Rivas se plantea, entre otras cuestiones, si los principios valorativos no jurídicos “salen de la valoración no jurídica pero casualmente casan con el contenido de normas positivas vigentes”. Llega a la conclusión de que es “imposible identificar con claridad lo que Aarnio piensa sobre el origen de todos los principios y su relación con la realidad jurídica positivada”. El plantearse el carácter imperativo o no de los principios lleva a Aarnio a defender los principios como mandatos de optimización, pero no *conceptualmente*, lo cual puede dar la impresión de que acepta que un principio no es un mandato.

Rivas en este aspecto encuentra contradicciones internas en la tesis de Aarnio sobre la relación entre ciertos principios y el ordenamiento positivado, y la comprensión de los principios como mandatos de optimización. Explica coherentemente dichas contradicciones y concluye afirmando que “la formulación de los principios carece de un operador deóntico y... llama la atención la insistencia en mantener la concepción imperativista aun a costa de incurrir en contradicciones”.

El capítulo II, que tiene por título “Un Código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación de Robert Alexy”, ha sido desarrollado por Jose Antonio Seoane.

Alexy lleva a cabo la tarea de elaborar una teoría de la argumentación jurídica como reacción ante la insuficiencia de respuestas de la metodología jurídica tradicional en lo que se refiere al proceso de aplicación de las normas jurídicas y de la fundamentación de la decisión jurídica. En este sentido afirma que, a pesar de que ninguna vía resulta enteramente satisfactoria para resolver el problema de la fundamentación racional de las decisiones jurídicas, sin embargo sí que es posible objetivar las valoraciones. Propone un código de la razón práctica y la razón jurídica, integrado por una serie de reglas y formas de

argumentos; el respeto u observancia de los procedimientos guiados por tales reglas garantiza la racionalidad además de satisfacer la corrección y la validez de los enunciados normativos a favor de los cuales se argumenta.

La argumentación jurídica “constituye una estructura compleja en la cual se combinan elementos específicamente jurídicos con elementos prácticos generales”.

Alexy ha construido una teoría de la argumentación que está referida a un conjunto organizado de normas de diversa índole y se produce conforme a una serie de procedimientos establecidos en el seno del sistema. Señala el citado autor, que no es posible referirse a una única respuesta correcta garantizada por su código ideal y procedimental. De ahí se desprende que de las normas derivan varias soluciones, todas ellas correctas, y será labor del intérprete y de quien aplica el derecho elegir las soluciones al problema jurídico. Obviamente sólo será posible optar por una solución, que constituirá la decisión judicial y que habrá de ser objetiva y justificable.

El verdadero propósito de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy es proporcionar un criterio de corrección de las decisiones jurídicas, es decir, un respeto de las formas y reglas de la argumentación. El hecho de que sean posibles varias decisiones jurídicas acredita la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica apta para colmar esta laguna de racionalidad. Esto es así debido a que las decisiones jurídicas exigen ser racionalmente justificables dentro del marco de un orden jurídico válido.

La noción de racionalidad práctica está latente en su “Teoría de la argumentación jurídica”, si bien, tal y como analiza Seoane, “falta una noción integral de la racionalidad práctica que abarque también la racionalidad del decisor (...) a su teoría de la racionalidad le falta una teoría de la acción humana, en la cual hallar argumentos a favor del modo de decisión”.

Alexy construye la parte primera de su teoría de la argumentación jurídica apoyándose en la teoría consensual de la verdad de Habermas, quien a su vez asienta ésta teoría en la de los actos de habla y en la dimensión pragmática del lenguaje formulada por J. Austin. En concreto, será la distinción habersiana entre acción y discurso, la que resulte de interés para Alexy, proyectándola sobre los elementos esenciales de su teoría de la argumentación. De esta forma, entenderá la argumentación jurídica como una modalidad de actividad lingüística que, en la medida en que trata de la corrección de los enunciados normativos, denominaremos “discurso práctico”. Asimismo la teoría de la argumentación está diseñada como una teoría analítico-normativa del discurso jurídico y como una teoría procedimental de corrección que certifica la validez y la racionalidad de los enunciados normativos.

Para la justificación de la validez de las proposiciones normativas, se remite Alexy a la pretensión de validez inherente a todo acto de habla y a todo discurso. Sostiene asimismo que “la teoría del discurso es una teoría procesal de la corrección práctica”. El propósito último de la teoría de Alexy consiste en determinar el modo de fundamentar racionalmente los enunciados jurídicos y en analizar las condiciones limitadoras de la argumentación jurídica. Dicha teoría de la argumentación jurídica consistirá, por tanto, en el discurso racional práctico general y el discurso (racional) jurídico. Entre ambos discursos existe una mutua influencia ya que, por una parte es necesario el discurso jurídico –sobre la base del discurso práctico general– además, hay una coincidencia en el carácter constitutivo de la pretensión de corrección así como una coincidencia estructural de las reglas de ambos discursos y, por último, existe una necesidad de argumentos prácticos generales en el marco de la argumentación jurídica.

Ahora bien, el primero consistirá en el diseño de “un código de la razón práctica” compuesto por veintidós reglas reunidas en cinco grupos –las fundamentales, las de razón, las reglas sobre la carga de la argumentación, las de fundamentación y las de transición– y un sexto grupo de seis formas de argumentos, tal y como reproduce y explica Jose Antonio Seoane.

En cuanto al discurso jurídico, señala Alexy que constituye éste un caso especial de discurso práctico general en el que han de producirse de una forma específica ciertas condiciones delimitadoras. Sin embargo, y a pesar de esas condiciones específicas, el discurso jurídico es capaz de eliminar totalmente las deficiencias del discurso práctico general. En efecto, existe la imposibilidad de ofrecer una certeza definitiva como resultado de la argumentación, sin embargo, se trata de un fin al que hay que aspirar.

La teoría de la argumentación jurídica ha dado lugar a numerosas respuestas por parte de diferentes autores, centrándose gran parte de ellas en criticar las insuficientes propuestas de fundamentación de las reglas del discurso. En este sentido, Seoane analiza la postura de, entre otros, Manuel Atienza, Georg Pavlakos, Ingrid Dwers, Peter Gril, Jerónimo Betegón, Steffen Wesche, James E. Herget, etc. Alexy ha respondido a las diversas objeciones de Klaus Günther, por ejemplo, señalando que el discurso de fundamentación se refiere también a situaciones de aplicación y que la aplicación de las normas puede ser considerada una justificación de cada una de ellas.

Alexy estudia el problema de la fundamentación y justificación de las reglas del discurso desde una perspectiva interna y externa, exigiendo ésta última la justificación de las premisas, es decir, de las reglas de la argumentación y las formas de los argumentos, y el establecimiento de su corrección. Ahora bien, la

noción de corrección que postula es meramente procedimental y no resulta operativa más allá del discurso. Se trata de una corrección intradiscursiva, en la que las reglas del discurso son los únicos criterios de corrección. Por tanto, habrá que distinguir dos modos distintos de finalizar el proceso argumentativo. Uno de ellos llevaría a un ideal al que hay que aspirar, además de ser la única respuesta. El otro culmina con una decisión, justificada, que es la que prevalece aunque no tiene por qué ser la única posible.

En cuanto a la racionalidad práctica como medio para subsanar el problema de la fundamentación de las decisiones judiciales, Alexy opta por la conjunción kantiano-hobbesiana. Sin embargo, y a pesar de que a través de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy se ha conseguido garantizar la racionalidad del sistema, ésta no resuelve de forma satisfactoria la tarea propuesta; probablemente le falte una teoría de la prudencia, del ejercicio de otra racionalidad práctica, aristotélica más que kantiana, que ilumine el ejercicio de la facultad de juzgar y decisoria de los órganos legislativos, jurisdiccionales y administrativos.

En definitiva, sin un marco de razón práctica, considerada como el umbral de la razón prudencial, no es posible una fundamentación racional de las decisiones jurídicas, origen de la teoría de la argumentación jurídica que construye Alexy.

Carlos Santiago Nino ha sido el autor elegido por Susana Blanco, expuesto en el capítulo III bajo la rúbrica de “La argumentación jurídica como sucedáneo imperfecto del discurso moral”.

Nino considera el razonamiento jurídico como razonamiento práctico en donde la moral constituye una razón necesaria y suficiente para justificar cualquier acción o decisión. De hecho, para él las características del razonamiento práctico se corresponden con los presupuestos y reglas procedimentales del discurso moral. El único discurso que posee carácter autónomo y plenamente justificatorio es el discurso moral, en el que quedaría incluido el jurídico.

Las normas jurídicas, por sí solas, no constituyen razones para la acción de los jueces a no ser que se considere que derivan de juicios morales. Para Nino sólo es posible saber si una acción está o no justificada cuando estamos ante un razonamiento práctico unitario, que se consigue mediante una jerarquización de razones para la acción, entre las que figuran las normas jurídicas, pero sobre todo los juicios morales, siendo éstos los que aportan las auténticas y verdaderas razones justificativas de acciones y decisiones debido a los rasgos específicos que contienen (autonomía, finalidad, universalidad, generalidad, publicidad y supervivencia).

Partiendo de esta justificación moral de la acción judicial, Nino intenta buscar un criterio último de corroboración de los juicios morales y lo va a encontrar en el “constructivismo ético”, una vez que ha rechazado el escepticismo ético que conecta moral ideal y moral positiva.

El autor argentino llama constructivismo a la concepción de los juicios morales como condiciones que aceptan implícitamente quienes participan en el discurso moral para resolver divergencias de acciones y actitudes. Precisamente, las funciones que de hecho cumple la moral son la superación de conflictos y el fomento de la cooperación a través de un medio concreto: la adopción libre de los principios morales que deben guiar las acciones humanas. Ahora bien, la moral lleva a cabo sus funciones a partir del consenso sobre ciertos principios de conducta que son capaces de generar convergencia de acciones. Serán necesaria “la aceptabilidad en condiciones ideales de racionalidad e imparcialidad de principios de conducta que satisfacen ciertos requisitos como la universalidad, la supremacía justificatoria, etc”.

Ahora bien, Nino no siempre ha dado el mismo valor al discurso moral y así ha pasado del referido constructivismo ético ontológico al epistemológico, todo ello en su intento de responder a la pregunta sobre la razón moral que podemos tener para hacer lo que prescribe la moral. Así, mientras que en el constructivismo ético “la moral tiene un valor *constitutivo* de las soluciones morales válidas”, en el epistemológico, el discurso moral simplemente permite alcanzar el conocimiento de los resultados moralmente válidos.

En este contexto, el autor estudiado se plantea cuál es la mejor forma de gobierno que garantice la obligatoriedad de las normas jurídicas y, por ende, de las normas morales. Después de un análisis de las relaciones existente entre el discurso moral y el discurso jurídico, atribuye a la democracia un valor epistemológico ya que permite garantizar la obligatoriedad moral de las normas jurídicas incluso cuando su contenido adolezca de errores morales considerables. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el proceso democrático de toma de decisiones presenta semejanzas y diferencias con respecto al discurso moral, tal y como Nino pone de manifiesto a lo largo de su etapa de “constructivismo ontológico” y “constructivismo ético” referido.

El razonamiento jurídico se desenvolverá en dos fases: la determinación de la legalidad o ilegalidad de la Constitución histórica y la aplicación de las normas del sistema jurídico legítimo al caso concreto. La primera se explicaría en la medida en que la única forma de tomar decisiones justificadas moralmente es hacerlo a través de prácticas sociales existentes fundadas en la Constitución. Superada favorablemente esta fase, en la que sus auténticos protagonistas serían los principios morales ya que constituyen el último tribunal de apelación

para decidir sobre la legitimidad de la Constitución histórica, se llega a la segunda en la que la Constitución y las normas reconocidas por ella operarán como “techo justificatorio infranqueable” para el resto del razonamiento jurídico justificatorio. Ahora bien, se plantea un problema, que Nino denomina “paradoja de la indeterminación radical del Derecho”, y que reclama el recurso a valoraciones. Parte de la idea de que el Derecho es una *convención* y ello es así porque considera que la Constitución no es sólo un conjunto de actos lingüísticos, textos o prácticas, sino también de convenciones interpretativas que, con la práctica misma, reciben su justificación de los principios morales. De ahí que éstos tengan, en el razonamiento jurídico justificatorio de acciones y decisiones, la doble misión que se canaliza a través de una función de interpretación y otra de integración del razonamiento jurídico en el razonamiento moral.

Como en el caso de los otros autores estudiados por Pedro Rivas y José Antonio Seoane, Susana Blanco también se hace eco de la valoración que merece el autor que ha investigado y en este sentido, en la última parte de su contribución, pone de manifiesto las objeciones que se pueden plantear en torno al modelo de argumentación de Nino.

Una de las críticas que le han sido planteadas al autor argentino se refiere a su teoría moral constructivista. Dichas críticas proceden de la adopción de un modelo de racionalidad que parte de negar el carácter teológico de la realidad, de ahí que cualquier fundamentación trascendente sea reprochable. También se objeta respecto al valor epistemológico de la democracia derivado de su condición de “mejor sucedáneo” del discurso moral. Se trata de una tesis no exenta de dificultades puesto que Nino parece obligar a relegar nuestro juicio particular y acatar la norma democrática, aunque estemos convencidos de que incurre en grave error moral. En cuanto a la concepción de la Constitución como convención tampoco estará exenta de comentarios, sobre todo cuando mantiene esa concepción a pesar de que los niveles de legitimidad que le han dado luz deban de ser susceptibles de revisión histórica. Por último, la estructura que Nino atribuye a todo razonamiento justificatorio de decisiones judiciales parece ser complicada y ello por dos motivos: en primer lugar porque parece incurrir en una contradicción si se tiene en cuenta la anterior tesis de la consideración de la Constitución como convención y, en segundo lugar, porque se aparta de la forma de razonar de los jueces, lo cual pone de manifiesto la falta de componente práctico de su tesis, a pesar de su propósito inicial haya sido todo lo contrario.

“Hermenéutica y relativismo. Una aproximación al pensamiento de Kaufmann”, será el título con el que rotula el capítulo IV Pedro Serna. Éste justifica

la elección de Kaufmann como objeto de su investigación, en la medida en que en él confluyen tanto la inspiración hermenéutica como la tradición del Derecho natural, ambas necesarias para tratar las relaciones entre Hermenéutica y relativismo.

Serna parte de una crítica al modelo clásico de razonamiento jurídico, aquél que prevaleció durante los siglos XIX y XX y cuya doctrina dominante fue la teoría de la subsunción, que hoy no es válida puesto que es comúnmente aceptado que para identificar el Derecho es necesario una interpretación y valoración del mismo. En esta línea señala P. Serna que siempre y en cualquier caso, es necesario que exista la selección de una norma aplicable, la equiparación entre supuesto de hecho de la norma y los hechos del caso y la determinación de la consecuencia jurídica. Para ello es necesario un trabajo de interpretación que es, en cierto modo, creativo y valorativo, a pesar de que los jueces insistan en que juzgan con objetividad.

Ahora bien, no es posible la comprensión de un texto sin precomprensión; es más, la comprensión es fruto de un interés subjetivo y comprender supone introducir una modificación en el texto y en el intérprete. Este proceso llega incluso hasta la misma aplicación judicial del Derecho, tal y como señala Kaufmann. Este proceso nos puede llevar, sin embargo, a una circularidad en el razonamiento jurídico. Dicha circularidad parece ser inevitable ya que pertenece a la naturaleza misma de nuestro pensamiento y, además, toda nuestra lógica descansa sobre definiciones relativas en la medida en que se apoyan en otras afirmaciones que, a su vez, no han sido justificadas.

Cuando se lleva a cabo la tarea de aplicar el Derecho, tampoco se es ajeno a la mencionada circularidad en la medida en que lo que se busca por parte del jurista es una *justificación* de su decisión previamente adoptada para el caso.

Sin embargo, el círculo hermenéutico se diseña en torno a la labor del intérprete hacia el texto normativo y a los hechos, y de cada uno de estos últimos hasta el otro y hacia el intérprete, entre comprensión y precomprensión, siendo ambas requisitos de aplicación del texto. Este círculo hermenéutico no es un círculo vicioso –ni siquiera un círculo–, sobre todo si tenemos en cuenta que la Hermenéutica se refiere a aspectos trascendentales –no metodológicos– de nuestro comprender, entendiendo por comprender el poner en correspondencia una experiencia intelectual, captada a través de los signos, con la experiencia propia, con objeto de atribuirle un significado. Lo dicho, sin embargo, no nos puede llevar a un subjetivismo –jurídico– incontrolado, puesto que sería lo contrario de lo que se propone el Derecho. De hecho, es necesaria una comprensión histórica que limite el alcance de las interpretaciones particulares y actúe como garantía de intersubjetividad. En este sentido la Hermenéutica “lo

que busca es conservar y ampliar la intersubjetividad”. La comprensión en el ámbito jurídico es autocomprensión del operador, no en cuanto persona irrepetible, sino en cuanto sujeto humano que tiene relaciones sociales diversas.

El saber jurídico en particular, en la medida en que se constituye hermenéuticamente, postula un referente ontológico –algo no disponible– para ser en verdad comprensión. Ese “algo” es la ley, aunque también ésta es producto de un proceso hermenéutico y analógico, como señala Kaufmann, en la medida en que consiste en valores y principios ético-sociales y porque trata de determinar los aspectos equiparables en los casos singulares.

Por último, Kaufmann acaba postulando la justicia no sólo como una instancia de legitimación, sino como un constitutivo del orden jurídico y “para poder legitimarse, necesitará el Derecho en todo caso asegurar al ser humano lo que le corresponde como persona”. P. Serna añadirá que proteger a la persona será garantizar aquellos bienes y valores básicos, además de proteger la autenticidad de las relaciones interpersonales. De esta forma se puede establecer un recorrido desde la Hermenéutica hasta el Derecho natural y viceversa, e intentar superar el relativismo en el conocimiento ético-jurídico. Habrá también que trascender la perspectiva Hermenéutica y completarla con otras perspectivas ya que de ella no se extraen excesivas orientaciones metodológicas.

*Mercedes Galán Juárez*

J. M. TRIGEAUD, *Droits premiers. Pour une métaphysique de la singularité des droits et des cultures*, Éditions Bière, Bordeaux, 2001.

El conjunto de artículos, conferencias, prólogos, publicaciones electrónicas, recensiones... que, reconvertidos en capítulos y reunidos en dos grandes apartados, –*Du Droit Créé, Du Droit Engagé*–, sirve al profesor Trigeaud para postular una metafísica de la singularidad de los derechos y de las culturas, bajo el lema de *Droits Premiers*, no constituye un eslabón más en su muy notable evolución intelectual sino, más bien, un punto crucial, de “síntesis”, en su trayectoria.

Una trayectoria cuyo comienzo puede fecharse en los años 87-90, con la aproximación a las representaciones estéticas, –mitos y símbolos–, tratando de