
JOSÉ J. MEGÍAS-QUIRÓS

UNIVERSIDAD DE CÁDIZ, ESPAÑA

josejusto.megias@uca.es

**FILOSOFÍA DEL
DERECHO Y PARADIGMAS
EPISTEMOLÓGICOS. DE LA
CRISIS DEL POSITIVISMO
A LAS TEORÍAS DE LA
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
Y SUS PROBLEMAS**



Pedro Serna, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006. 141 pp.

Esta monografía constituye un acertado y profundo análisis de las últimas versiones del positivismo jurídico en su intento por ofrecernos respuestas satisfactorias al *problema* del conocimiento del derecho y de la realización de la justicia. Se destaca en ella la habitual maestría de Pedro Serna al exponer con gran nitidez las doctrinas estudiadas y la fina crítica a sus conclusiones, así como las reflexivas y enriquecedoras propuestas alternativas, resultado de los años dedicados a la investigación del pensamiento jurídico contemporáneo.

Comienza por ofrecernos en el primer capítulo una visión de la situación actual del positivismo jurídico, que intenta mantener el término *positivismo* a toda costa, pero con un significado radicalmente distinto al predominante hasta la década de los setenta. Desde que uno de los sectores doctrinales críticos con el positivismo hartiano muestra la presencia de principios y valores morales en la creación y aplicación del derecho vigente en nuestras sociedades; los seguidores positivistas trataron de superar las críticas por varias vías. J. Raz, desde una posición que ha sido denominada *Exclusive LP*, mantuvo los postulados más duros del positivismo (separación radical entre derecho y moral, ausencia de discrecionalidad en el obrar del juez, la ley como única fuente del derecho, etc.), pero a costa de pasar del plano de un derecho real, vigente y aplicable en la sociedad, al del derecho conceptual: resultaba imposible encontrar en el derecho esos caracteres que le venía atribuyendo el positivismo, a menos que se refirieran a un derecho ideal, no al aplicable por los jueces hoy día en nuestras sociedades.

Otros sectores doctrinales, en cambio, cedieron en cierta medida ante las críticas planteadas, aunque con el ánimo al mismo tiempo de salvar todo lo posible. Coleman y Waluchow, entre otros, establecieron los contornos del *Inclusive LP*. Expone acertadamente Serna cómo en un principio se admitió que, tanto para la creación como para la aplicación del derecho, debían tener cabida principios y valores externos al sistema jurídico, aunque no se presentaban como valores propiamente morales, sino metateóricos. Pero advertido que este paso obligaba a tratar el derecho en un plano puramente conceptual, terminaron por aceptar la influencia de los principios y valores morales a los que se les hubiera dado entrada en las reglas de reconocimiento.

V. Villa trató de elaborar una teoría que acogiera estas dos corrientes positivistas, pero sin resultados satisfactorios, pues incurre en un defecto similar a las anteriores: no trata de llegar desde la realidad a un concepto de derecho, sino que ya parte de un concepto de derecho sobre el que pretende construir toda una teoría. El resultado es, por un lado, que edifica un mundo jurídico que poco tiene que ver con el que nos sirve para la vida real; por otro, que acepta la influencia de principios y valores morales en la determinación del derecho, pero sin que ello pueda suponer la renuncia a la nota de positividad estricta. ¿No equivale esto a querer mantener a toda costa una nomenclatura desfasada?

Continúa Serna su estudio con el análisis de las aportaciones realizadas por la hermenéutica y la argumentación jurídica durante la segunda mitad del siglo XX, en particular en la búsqueda de una visión más cercana a la realidad de la relación entre derecho, moral, valoración y control de juicios de valor, etc. Reconoce en el pensamiento de Perelman (pp. 64-70 y 95-98), Aarnio (pp. 70-78) y Alexy (pp. 78-94 y 99-103) el intento de ofrecer sendas teorías que faciliten, sin necesidad de recurrir a la metafísica del ser, el destierro de la arbitrariedad en la decisión jurídica. Con gran claridad expone Serna cómo ninguna de ellas consigue salvar el relativismo axiológico, aunque sus propuestas, basadas en un consenso final sometido a ciertas reglas más o menos exigentes, permiten calibrar en cierta medida la racionalidad de las decisiones jurídicas.

Sin duda es Alexy quien realiza la propuesta más completa, pero ésta sólo permitiría a la larga reducir la arbitrariedad en la decisión jurídica, no su completa erradicación. Alexy propone un complejo de reglas procedimentales que no se justifican por sí mismas, sino que encuentran su fundamento en una intuición de su eficacia para buscar la corrección de las decisiones jurídicas. En realidad, consiste en un procedimiento que nos permite ir descartando en el camino las decisiones que serían *no-correctas*, pero no nos asegura llegar a las *correctas*. Acertadamente afirma el profesor Serna que un procedimiento formal nos puede ayudar, pero no nos aporta el contenido material o sustantivo determinante para la justicia. Junto a ello, advierte otra deficiencia común a las tres teorías expuestas, la ausencia de la razón prudencial, que obliga finalmente a recurrir a un consenso más o menos amplio para legitimar la corrección racional de las proposiciones formuladas tras el proceso.

En los tres autores se aprecia una idea del derecho con la que se trata de poner distancia con el positivismo. Mientras que Perelman sostiene la imposibilidad del sistema normativo y confía más en el juez que construye atendiendo a los valores de mayor aceptación social, Alexy propone un sistema integrado por procedimientos y normas, en el que la corrección formal prevalece sobre la material, aunque admite que si una decisión correcta formalmente contuviera una injusticia insoportable, no quedaría más remedio que expulsarla del sistema. Aarnio trata de eliminar la mayor arbitrariedad posible en las decisiones jurídicas a través del consenso de un *auditorio* que debe seguir unas *reglas de juego*.

La última parte del libro está dedicada a la influencia de la hermenéutica en las teorías de la interpretación y aplicación del derecho, con especial referencia a las obras de Kaufmann. Tras exponer las ideas fundamentales de las que parte la hermenéutica (papel del sujeto, precomprensión, comprensión, autocomprensión, contexto histórico, etc.), el profesor Serna indica cuál es el núcleo central de esta corriente jurídica, que no trata de buscar una solución en una norma al problema real que tenemos, sino que “lo que busca el jurista es, más bien, una base autorizada para justificar la *decisión* previamente adoptada sobre el caso, es decir, no aspira a encontrar una solución que ya tiene, sino su justificación (...) La norma se elige, pues, en función de la solución, y ésta se justifica mediante la invocación de la norma” (p. 118).

¿Por qué la propuesta de la hermenéutica jurídica no conduce a un subjetivismo incontrolado? Porque toda precomprensión o idea previa con la que cuenta el intérprete no es arbitraria, sino que depende de la tradición cultural en la que se mueve; no depende completamente del sujeto (aunque cabe la manipulación y el error), sino del ambiente en el que se mueve. Por esta razón es fácil alcanzar la aceptación (acuerdo intersubjetivo) de la interpretación realizada: la historicidad de ésta hace que se excluya la arbitrariedad y que no se pueda proponer como solución todo lo que se nos ocurra. Lo que hay que exigir es transparencia tanto en la precomprensión como en el proceso de comprensión, de modo que los demás puedan juzgar la limpieza del resultado (aunque no sea el único posible). La hermenéutica propone, por tanto, dejar al margen la imposible pureza metódica del positivismo lógico, y aceptar la valoración sincera y limpia que pueda hacer el intérprete en un contexto histórico. El punto de partida es la existencia del objeto que hay que interpretar, el sujeto que interpreta, y el contexto histórico y cultural en el que éste se desenvuelve junto al resto de la sociedad. No se confunden entre sí, pero son inseparables a la hora de comprender el texto jurídico: esta comprensión es, según Gadamer, autocomprensión del sujeto, influida por el lenguaje y por la tradición cultural, compartida por los demás integrantes de la comunidad histórica en la que vive.

Pero la autocomprensión no es simplemente histórica, depende también en gran medida del modo de ser del sujeto, es decir, depende también de su ser ontológico. Por ello cabe, de entre todas las posibles comprensiones, “discutir sobre lo verdaderamente ontológico frente a lo meramente cultural, o descubrir en un legado cultural determinados valores ontológicos” (p. 132). Esa comprensión no genera su propio objeto, recae sobre algo real y existente distinto del sujeto. “Resulta fácil advertir que ese *algo* es la norma positiva sólo en primer término, porque la comprensión no acaba en ella ni mucho menos, como tampoco comienza en ella” (132-133). La norma ya es, por sí, el resultado de un proceso hermenéutico realizado por el legislador, que ha confrontado valores, principios ético-sociales y supuestos sociales generalizables para dar forma a un texto que nos diga algo sobre ello.

Advierte el profesor Serna en Kaufmann una ontología del derecho, pero distinta a la aristotélica, pues no se asienta sobre la *cosa*, sino que se trata de una ontología *relacional*: existen relaciones entre las personas, entre las que cabe distin-

guir nítidamente las jurídicas. Hay ontología porque esas relaciones no pueden ser arbitrarias, no dependen del capricho humano, sino que deben sustentarse sobre algo objetivo: los sujetos y el contexto en el que viven esos sujetos. Esta relación *ontológica* es la que permite rechazar todo relativismo en el derecho. Desde estos postulados, Kaufmann fija una idea crucial para el derecho: “para poder legitimarse, necesitará el derecho en todo caso asegurar al ser humano lo que le corresponde como persona” (p. 137). Esto implica que la persona es *alguien* real, no una simple *relación vacía*, sino alguien que se relaciona, que cuenta con un modo de ser que tiene mucho que decir en esas *relaciones con los demás*.

Si se acepta lo anterior, es posible ir algo más lejos, y concluir que la justicia no es sólo una instancia de legitimación, sino un constitutivo interno del orden jurídico: si el derecho es una trama de relaciones y correspondencias entre personas, sólo puede existir allí donde sus sujetos se reconocen recíprocamente como iguales, esto es, como tales personas; pero en tal caso, el respeto del otro en cuanto otro-yo, es decir, la justicia, aparece como una exigencia intrínseca del derecho mismo, y se muestra entonces la artificiosidad de los conceptos de derecho que lo separan de la justicia y se percibe, en general, la necesidad de superar la visión meramente formalista del derecho, que resulta imposible de conciliar con la perspectiva hermenéutica: la protección de la persona deja de ser un objetivo material del derecho para aparecer, a la luz de cuanto llevamos dicho, como elemento estructural del mismo (p. 138).

En qué consiste proteger a la persona. En primer lugar, en garantizarle aquellos bienes que permiten su desarrollo humano, bienes básicos transformados en valores jurídicos, principios o derechos subjetivos, que se protegen por vía prestacional y con sanciones. En segundo lugar, en garantizarle la autenticidad de las relaciones interpersonales en la vida social: en cada relación jurídica debe preservarse la igualdad de los sujetos en atención a la naturaleza propia de la relación concreta y en su contexto histórico. Por ello termina afirmando Serna que la hermenéutica tiene mucho que decir en el terreno jurídico, pero está incompleta; debería ser completada con una aproximación dialéctica a la realidad ontológica, aún a riesgo de equivocarnos.

El trabajo que nos ofrece en estas páginas el profesor Serna es, sin duda alguna, un estudio riguroso y enriquecedor para todo investigador del derecho, en el que aporta luces y propuestas de rigurosidad científica sobre las corrientes jurídicas más debatidas en la actualidad.