

José Carlos Chávez-Fernández Postigo

La dimensión axiológica de la filosofía de la interpretación del derecho de Luis Recaséns Siches: una revalorización a la luz de la teoría estándar de la argumentación jurídica

Departamento

Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho

Director/es

Elósegui Itxaso, María

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>



Reconocimiento – NoComercial –
SinObraDerivada (by-nc-nd): No se
permite un uso comercial de la obra
original ni la generación de obras
derivadas.

© Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606



Tesis Doctoral

**LA DIMENSIÓN AXIOLÓGICA DE LA
FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN
DEL DERECHO DE LUIS RECASÉNS
SICHES: UNA REVALORIZACIÓN A LA
LUZ DE LA TEORÍA ESTÁNDAR DE LA
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

Autor

José Carlos Chávez-Fernández Postigo

Director/es

Elósegui Itxaso, María

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho

2017

Tesis Doctoral

**LA DIMENSIÓN AXIOLÓGICA DE LA FILOSOFÍA
DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE LUIS RECASÉNS SICHES.
UNA REVALORIZACIÓN
A LUZ DE LA TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

Autor

José Carlos Chávez-Fernández Postigo

Directora

Dra. María Elósegui Itxaso

Catedrática de Filosofía del Derecho

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Programa de Doctorado de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

2016

*Para mi madre y mis hermanos,
quienes supieron soportarlo con mayor generosidad.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
 PRIMERA PARTE:	
LA FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE RECASÉNS.	
UNA CARACTERIZACIÓN BÁSICA.....	12
 CAPÍTULO I:	
LA APARICIÓN DE LA PROPUESTA.....	14
A. Una sola Ciencia jurídica en sentido estricto	14
B. Dos derroteros iniciales hacia la Filosofía del derecho	20
1. De la Ciencia jurídica a la Filosofía del derecho “sistemática”.....	20
2. De la Filosofía general a la Filosofía del derecho	24
C. La consolidación de la Filosofía de la interpretación del derecho como tema	26
1. De los problemas prácticos de la Ciencia jurídica a la Filosofía del derecho “no sistemática”	26
2. Propósito y presupuestos de la Filosofía de la interpretación del derecho.....	30
 CAPÍTULO II:	
EL <i>LOGOS</i> DE LO RAZONABLE COMO NUEVO PARADIGMA DE ABORDAJE DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	35
A. La tesis ontológica-gnoseológica	35
1. La naturaleza de los problemas jurídicos	35
2. Las limitaciones de la lógica de lo racional para la creación, interpretación y aplicación del derecho	40
3. Las características básicas del <i>logos</i> de lo razonable	49
B. La tesis metodológica	52
1. De Los múltiples métodos de interpretación al único método “aporético”	52
2. <i>Logos</i> de lo razonable: tópica, retórica, dialéctica y argumentación.....	56
4. <i>Logos</i> de lo razonable y equidad	68
5. El <i>logos</i> de lo razonable en acción	76
BALANCE DE LA PRIMERA PARTE	81

SEGUNDA PARTE:

LA DIMENSIÓN AXIOLÓGICA DEL MODELO RECASENIANO	93
---	----

CAPÍTULO III:

EL RACIOVITALISMO DE RECASÉNS.....	95
---	----

A. El derecho en el contexto de la metafísica de la vida	95
---	----

1. La vida o existencia humana	97
--------------------------------------	----

2. La cultura o vida humana objetivada	101
--	-----

3. Lo normativo y lo colectivo	104
--------------------------------------	-----

4. La tridimensionalidad del derecho.....	107
---	-----

B. La experiencia jurídica.....	108
--	-----

1. De la experiencia a la experiencia jurídica	109
--	-----

2. La experiencia de la justicia y otros datos de la experiencia jurídica.....	113
--	-----

3. La naturaleza de la cosa y la naturaleza humana.....	119
---	-----

C. Matices de la recepción recaseniana del raciovitalismo orteguiano.....	126
--	-----

CAPÍTULO IV:

LOS PRINCIPALES ASPECTOS AXIOLÓGICOS DEL DERECHO EN RECASÉNS	131
---	-----

A. Los valores jurídicos	131
---------------------------------------	-----

1. La objetividad y la validez intravital de los valores	131
--	-----

2. Los valores y la historia	138
------------------------------------	-----

3. La justicia y la seguridad jurídica.....	141
---	-----

B. El humanismo recaseniano	146
--	-----

1. La dignidad y los derechos humanos	148
---	-----

2. Axiología y derecho natural.....	154
-------------------------------------	-----

BALANCE DE LA SEGUNDA PARTE	162
--	-----

TERCERA PARTE:

EL LOGOS DE LO RAZONABLE Y	
-----------------------------------	--

LA TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	172
--	-----

CAPÍTULO V:

ALGUNOS RASGOS BÁSICOS

DE LA TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	173
--	-----

A. Lo que se ha de entender aquí por teoría “estándar”	173
---	-----

B. La unidad del razonamiento práctico	183
---	-----

1. La fundamentación del discurso práctico general	183
--	-----

2. La tesis del caso especial	190
C. La argumentación jurídica	192
1. El contexto de descubrimiento y el de justificación de las decisiones jurídicas	192
2. La justificación interna o deductiva.....	197
3. La justificación externa o de segundo orden	200
4. Los límites del discurso jurídico: la cuestión de la única respuesta correcta.....	207
D. Un modelo del sistema jurídico a tres niveles	210
1. La distinción entre reglas y principios	210
2. El principio de proporcionalidad y la ponderación	214
3. El lado pasivo y el lado activo del modelo.....	218
E. La dimensión axiológica del sistema	220
1. La conexión necesaria entre derecho y moral	220
2. Los derechos humanos y los derechos fundamentales.....	226
 CAPÍTULO VI:	
CONTRASTE DE LAS PROPUESTAS Y HORIZONTE DE SUPERACIÓN	232
A. Aportes de la teoría estándar de la argumentación jurídica	232
1. Clarificación de las dimensiones y de los problemas de la argumentación jurídica	232
2. Esfuerzo por desarrollar una teoría general de la argumentación jurídica	236
B. Ventajas de la propuesta de Recaséns	240
1. Fundamentación experiencial y material del derecho.....	241
2. Estimativa de acento moral-referencial en la interpretación jurídica	246
C. Horizonte de superación	254
1. Una fundamentación antropológico-metafísica del derecho	256
2. Una Filosofía de la determinación prudencial del derecho, integradora de la argumentación y de la interpretación.....	27070
 CONCLUSIONES.....	2888
 BIBLIOGRAFÍA CITADA	300

INTRODUCCIÓN

Recorridos ya los tres primeros lustros del presente siglo, no parece poder ponerse en duda seriamente que la propuesta de Luis Recaséns Siches, en su dilatada trayectoria iusfilosófica, reúne lo mejor de la tradición filosófico jurídica española de finales del siglo XIX y del XX, y también de la latinoamericana, en contacto de primera mano con la más asentada de Europa y de Norteamérica.

Hasta donde tenemos conocimiento, se han realizado tres tesis doctorales sobre su pensamiento. La primera, la de Benito de Castro Cid: “La Filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches” (1972)¹; la segunda, la de Marcelo Luis Contreras Hauser: “La Teoría fundamental del Derecho de Luis Recaséns Siches. Implicaciones sociológicas” (1982)² y la tercera, la de Elssié Núñez Carpizo: “El pensamiento español en Luis Recaséns Siches” (1999)³. No obstante los indudables aportes de estos trabajos —y en particular, la exhaustividad del primero— creemos que queda aún sin explorar debidamente, sobre todo respecto de sus consecuencias contemporáneas, la Filosofía de la interpretación del derecho de Recaséns, y más específicamente, lo que el autor llamó “*logos* de lo razonable”. En ese sentido, recordemos que Castro Cid lee su tesis doctoral en diciembre de 1972, cuando uno de los dos libros más relevantes para entender la propuesta recaseniana en el sentido en que proponemos acababa de publicarse en septiembre de 1971⁴ y del otro, originalmente publicado en 1956, se imprimió una segunda edición copiosamente aumentada recién en agosto de 1973⁵.

A nuestro juicio, el abordaje de dicho aspecto o tema de la Filosofía del derecho de Recaséns es de la mayor relevancia hoy, en particular, en el contexto de la Filosofía

¹ Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1974.

² Cfr. M. L. CONTRERAS HAUSER, *La teoría fundamental del derecho de Luis Recaséns Siches. Implicaciones sociológicas*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1983.

³ Cfr. E. NÚÑEZ CARPIZO, *El pensamiento español en la Filosofía del derecho de Luis Recaséns Siches*, México, Porrúa, 2001.

⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, México, UNAM, 1971.

⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 2^a ed., 1973.

jurídica hispana, en la que autores como García Amado⁶, Cabra Apalategui⁷, Gascón Abellán y García Figueroa⁸, Puy⁹, Atienza¹⁰, Rivaya¹¹ o Elósegui¹² han reconocido —sin haberse ocupado todavía pormenorizadamente del asunto— que la Filosofía de la interpretación del derecho de Recaséns resulta ser antecesora o una suerte de precursora —junto con las generalmente admitidas como tales de Viehweg, Perelman o Toulmin— de las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica.

En ese orden de ideas, a través de esta investigación pretendemos revalorizar la propuesta iusfilosófica recaseniana sobre la interpretación y la aplicación del derecho, a partir de su comparación con lo que se viene llamando por algunos “teoría estándar de la argumentación jurídica”. Lo haremos, no sólo confirmando la idea de que puede considerársele precursora de ésta, sino explorando también sus aportes para una posible mejora o superación de la misma, cometido que no ha sido intentado todavía hasta donde tenemos noticia.

En ese sentido, para realizar este contraste con la Filosofía del derecho de Recaséns sin perder el foco de atención en la propuesta recaseniana, parece

⁶ Cfr. J. A. GARCÍA AMADO, “Retórica, argumentación y derecho”, *Isegoría*, 21, 1999, p. 136; o, del mismo autor: *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*, León, Eolas, 2013, p. 108.

⁷ El profesor de la Universidad de Málaga es el que más se ha ocupado de la cuestión, con una claridad, además, que vale la pena destacar. (Cfr., por ejemplo: J. M. CABRA APALATEGUI, *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 2; o, del mismo autor: “Antiformalismo y argumentación jurídica”, *Derechos y libertades*, 24, 2011, p. 69).

⁸ Cfr. M. GASCÓN ABELLÁN y A. J. GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima, Palestra, 2003, pp. 78-81.

⁹ Cfr. F. Puy MUÑOZ, “La expresión “argumentación jurídica” y sinónimas. Un análisis tópico”, en F. Puy MUÑOZ y J. G. PORTELA (Coords.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, p. 119.

¹⁰ Cfr. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 3^a ed., 2012, p. 40, nota 11 y p. 67. El profesor de Alicante lo decía, de alguna manera, ya en 1987. (Cfr. M. ATIENZA, “Para una razonable definición de «razonable»”, *Doxa*, 4, 1987, p. 190). En un sentido semejante también lo vieron: J. L. BAZÁN y R. MADRID, “Racionalidad y razonabilidad en el derecho”, *Revista chilena de derecho*, 18, 1991, p. 180, nota 3 y p. 185.

¹¹ Cfr. B. RIVAYA, *Una historia de la Filosofía del derecho española del siglo XX*, Madrid, Iustel, 2010, p. 206.

¹² Cfr. M. ELÓSEGUI ITXASO, “La interpretación de los derechos humanos desde la tópica y la lógica de lo razonable en el profesor Puy”, en M. OTERO PARGA (Ed.), *Tópica, retórica y dialéctica en la Jurisprudencia. Estudios en homenaje a Francisco Puy*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2011, p. 142.

conveniente recoger la idea que plantean Atienza¹³ y algunos otros autores¹⁴ de que es posible hablar con cierta generalidad de una teoría de la argumentación jurídica “estándar” o básica. Efectivamente, coincidimos con que más allá de sus indudables diferencias en cuanto a sus tradiciones de pensamiento —pensemos, por ejemplo, las existentes entre las propuestas de MacCormick y de Alexy— sus soluciones presentan notables semejanzas, e incluso podríamos hablar de que comparten cierto “aire de familia”. Por otro lado, creemos que las conclusiones de la presente investigación pueden ayudar a confirmar no sólo la viabilidad teórica, sino también la conveniencia de un enfoque que se centre en la discusión de lo común o predominante que ofrecen estas teorías de la argumentación jurídica, en orden a revalorizar el pensamiento recaseniano sobre la interpretación y la aplicación del derecho.

Nuestro objetivo principal es mostrar que la Filosofía de la interpretación del derecho de Luis Recaséns Siches, al ser un intento de caracterización y de fundamentación del derecho como un saber práctico de lo justo y lo equitativo, acierta no sólo porque puede ser considerada precursora de la teoría “estándar” de la argumentación jurídica sino, antes bien, porque en cierto sentido la aventaja. Ello puede evidenciarse al destacar que —no obstante sus indudables limitaciones— en ella se encuentra —en parte, fruto de su tradición raciovitalista y clásica— el germen de una ciencia acerca de la determinación prudencial del derecho que, partiendo de la experiencia vital de lo humano, entienda al derecho como una práctica institucional y

¹³ Cfr. M. ATIENZA, “Para una Teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa*, 8, 1990, p. 39; o, del mismo autor: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 1^a reimp., 2006, pp. 167-169. Para más señas: él mismo afirma haber inventado el término. (Cfr. M. ATIENZA, “Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes”, en E. HABA (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014, p. 108). La autoría del término por parte de Atienza parece reconocerla Haba en el mismo debate. (Cfr. E. HABA, “Callar o no callar... That is the Question!”, en E. HABA (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, cit., pp. 149-150).

¹⁴ Por ejemplo, J. A. GARCÍA AMADO, “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”, p. 7. Disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/logros-y-carencias.pdf>; L. SUÁREZ LLANOS, “Razón práctica y argumentación en MacCormick: de la descripción a la justificación crítico-nORMATIVA”, *Derechos y libertades*, 15, 2006, p. 176; J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: estimativa jurídica y logos de lo razonable”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 27, 2011, p. 40; o M. ELÓSEGUI ITXASO, “El principio de proporcionalidad de Alexy y los acomodamientos razonables en el caso del TEDH *Eweida y otros C. Reino Unido*”, en A. FLORES, M. ELÓSEGUI, Y. E. URIBE (Eds.), *El neoconstitucionalismo en la teoría de la argumentación de Robert Alexy*, México, Porrúa, 2015, p. 138.

social eminentemente moral-valorativa¹⁵ que encuentre en la realización histórica de la justicia —concretada a través de la dignidad y los derechos humanos, y su contenido material en la naturaleza teleológica-perfectiva de la persona humana y en la naturaleza de las cosas— su valor determinante por excelencia, capaz de conjugar tanto lo natural como lo cultural de la realidad jurídica en cada circunstancia concreta.

Para lograr dicho objetivo seguiremos el siguiente itinerario¹⁶. En la Primera Parte, describiremos la Filosofía de la interpretación del derecho de Recaséns, intentando sistematizarla y destacando sus rasgos más característicos con un especial énfasis en aquellos que hacen de ella una propuesta susceptible de ser considerada precursora de las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica.

En la Segunda Parte, describiremos y valoraremos críticamente la dimensión axiológica de su Filosofía de la interpretación del derecho, de manera que se haga evidente que el aspecto estimativo material —pero sobre todo, ético o moral— es el determinante tanto en la creación como, especialmente, en la interpretación y aplicación del derecho en la propuesta del autor.

En la Tercera y última Parte, describiremos algunas de las tesis centrales de la teoría de la argumentación jurídica en su versión estándar, poniendo principal atención en aquellas que permitirán el inmediato contraste con la Filosofía de la interpretación del derecho de Recaséns. Ello nos hará posible proponer algunos horizontes de superación más allá de dicho contraste, intentando una comprensión y una fundamentación más integrales de una ciencia acerca de la determinación del derecho,

¹⁵ Durante nuestra investigación, utilizaremos los términos “ética” y “moral” como sinónimos, preferentemente para referirnos a un conjunto de valores y de principios que la razón es capaz de conocer y formular como pautas objetivas y universales de la rectitud de la conducta humana; a no ser que —por el contexto o porque se exprese así explícitamente— pueda entenderse que nos referimos más bien a lo que se conoce como “moral positiva”, ya sea en su versión individual, ya sea en su versión social. Por supuesto, también utilizaremos los términos señalados para referirnos al conocimiento reflexivo sobre dichos valores y principios.

¹⁶ Este trabajo se divide en tres Partes. Cada Parte tiene capítulos (por ejemplo, Cap. I o II), y los mismos se dividen en subcapítulos (por ejemplo, A o B), y éstos en acápite (por ejemplo, 1 o 2). Para las referencias cruzadas en la investigación, se utilizará dicha referencia (por ejemplo: Cap. I.A.2).

sin que ello implique renunciar a los presupuestos básicos de la tradición iusfilosófica del enfoque recaseniano.

Se trata de una investigación descriptiva y de valoración crítica de la propuesta del profesor hispano-mexicano, a la luz de la teoría estándar de la argumentación jurídica, y realizada desde una perspectiva predominantemente iusfilosófica. En ese sentido, este trabajo puede ser catalogado como teórico-doctrinal, puesto que no se ocupará de un análisis de tipo normativo ni jurisprudencial.

Dicha tarea implica, por un lado, un examen bibliográfico de la obra recaseniana, de las fuentes de las que se ocupó Recaséns, y de las de aquellos comentaristas que se han ocupado de él. Por otro lado, un examen bibliográfico de la obra de Alexy y de algunos de los aportes de otros de los principales exponentes de la teoría de la argumentación jurídica en su versión “estándar”, y de la de sus comentaristas, en la estricta medida en que nos permita realizar solventemente el contraste como medio indispensable para el logro del objetivo central de este trabajo.

Es preciso también dejar constancia de algunas de las muchas deudas de gratitud que hemos adquirido a lo largo de los cinco años dedicados a esta monografía. Cabe, desde luego, agradecer expresamente a los profesores Benito de Castro Cid, Antonio Enrique Pérez Luño y José Manuel Cabra Apalategui por habernos recibido gentilmente en sus despachos de Madrid, Sevilla y Málaga, respectivamente, para dialogar extensamente sobre los temas abordados en esta investigación, durante una de nuestras estancias en España en enero de 2014. También es necesario expresar nuestra gratitud para los profesores Elssié Núñez Carpizo, Eduardo Luis Feher y Luis Molina Piñeiro, de la Facultad de Derecho de la UNAM, discípulos directos de Luis Recaséns Siches en México, quienes nos permitieron conversar sobre diversos aspectos de la obra y de la vida del autor hispano-mexicano en nuestra visita a la capital mexicana en mayo de 2013. Es indispensable agradecer también al profesor Javier Saldaña Serrano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma casa de estudios, a cuya amabilidad le debemos el haber tenido acceso al “Acervo Luis Recaséns Siches” celosamente conservado en la Biblioteca Jorge Carpizo de dicha institución, lo que nos permitió entrar

en contacto directo con parte importante de la biblioteca personal de Recaséns, copiosa bibliografía que nuestro autor consultó para su propio trabajo científico.

Debemos agradecer también al profesor Félix Adolfo Lamas, de la Pontificia Universidad Católica Argentina, por habernos compartido algunas de sus observaciones críticas a un fragmento del Capítulo IV (B.2) que fue leído como ponencia en un congreso académico en el que coincidimos en octubre de 2012, en Arequipa, Perú. Asimismo, debemos agradecer al profesor Pedro Grández Castro de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, por sus valiosos comentarios críticos y recomendaciones a una versión previa de la Primera Parte de esta tesis, realizados con ocasión de un conversatorio de investigación en mayo de 2015 con un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo (UCSP), de Arequipa. Corresponde agradecer también a los profesores Armando Romero Muñoz y Trilce Valdivia Aguilar de la Facultad de Derecho de la UCSP, por sus pertinentes comentarios, observaciones y sugerencias bibliográficas, sobre todo, respecto de algunas de las tesis sostenidas en un borrador de la Tercera Parte de esta investigación, formulados tanto en algunas discusiones informales como por escrito durante el segundo semestre de 2016.

Asimismo, resulta indispensable agradecer a la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, en la persona de su decano: el Dr. Javier López Sánchez; a la Escuela de Doctorado de la misma casa de estudios, en la persona de su director: el Dr. Francisco Marco Simón; y, en particular, al Programa de Doctorado de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (dependiente del Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho), en el que se encuadra esta investigación, en la persona de su coordinadora: la Dra. María Elósegui Itxaso, quien ha sido, además, la directora de esta tesis doctoral. Es de justicia agradecer especialmente a la profesora Elósegui, quien, en su calidad de discípula directa de los profesores Juan José Gil Cremades, Neil MacCormick y Robert Alexy, ha sido de enorme ayuda para abordar la tradición iusfilosófica española, en particular la del siglo XX, pero siempre en perspectiva respecto de las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica como las de los profesores de las universidades de Edimburgo y de Kiel. Sin sus altos

estándares de exigencia, y sin su apoyo constante, hubiera sido imposible si quiera plantear las preguntas que fueron conduciendo a la selección del tema, al desarrollo de la investigación, y finalmente, a la culminación de esta tesis.

Es importante agradecer también a toda la comunidad académica de la Universidad Católica San Pablo, en particular, al Dr. Alonso Quintanilla Pérez-Wicht, Prorrector para la Planeación y el Desarrollo Institucional, sin cuyo apoyo en todo sentido, hubiese sido imposible llevar adelante este trabajo; al Dr. Rafael Santa María D'Angelo, Decano de la Facultad de Derecho, y al Mtr. Daniel Ugarte Mostajo, Director de la Escuela Profesional de Derecho, por su amistad, y porque su esforzada dedicación a las tareas administrativas siempre demandantes, nos permitió disponer de un tiempo valioso para que esta tesis se convierta en realidad; a los colegas del grupo de investigación “Filosofía del derecho y derechos humanos”; a los miembros del Programa de Incorporación Docente de Estudiantes (PIDE), en especial, a los del área de Derecho; y a todos los alumnos y antiguos alumnos miembros del Círculo de Filosofía del Derecho (CFD).

Finalmente, va de corazón nuestra más profunda gratitud a Dios, de quien hemos recibido, abundantemente, todo bien.

Por último, cabe señalar que, no obstante todos los beneficios recibidos de los mencionados colegas y estudiantes, y de otros muchos que no hemos podido explicitar aquí, nos hacemos enteramente responsables —como no podía ser de otra manera— de las deficiencias que persistan en este trabajo de investigación.

PRIMERA PARTE: LA FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE RECASÉNS. UNA CARACTERIZACIÓN BÁSICA¹⁷

En esta Primera Parte describiremos sintéticamente la Filosofía de la interpretación del derecho de Recaséns, destacando sus rasgos más característicos con un especial énfasis en aquellos que hacen de ella una propuesta susceptible de ser considerada —por lo menos en algunos aspectos— precursora de las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica. Si bien nuestra intención será sobre todo ofrecer una versión renovada y sistemática de la propuesta de Recaséns, aprovecharemos la instancia también para discutir algunos puntos de su enfoque con la intención de que ello facilite la valoración crítica que realizaremos propiamente en la Tercera Parte de este trabajo.

En ese sentido, en el primer Capítulo, nos ocuparemos de la aparición histórica de su propuesta en la sistemática de sus saberes jurídicos, lo que nos permitirá entender los problemas que llevaron a Recaséns a plantear como solución la justificación y el desarrollo teórico de la naturaleza del *logos* o lógica de lo razonable. Sólo entonces, en el segundo Capítulo, estaremos en condiciones de dar cuenta de las dos tesis fundamentales que nuestro autor sostiene sobre su propuesta, las que llamaremos aquí: “tesis ontológica-gnoseológica” y “tesis metodológica”. Finalmente, realizaremos un breve balance de lo estudiado en orden a concretar algunas respuestas, y a perfilar nuevas preguntas que nos permitan —en la Tercera Parte— comparar la Filosofía de la interpretación del derecho del profesor español y la teoría estándar de la argumentación jurídica, en orden a plantear la posibilidad de algunos caminos de superación de ambas.

Por último, cabe dejar constancia de que no nos ocuparemos aquí sino tangencialmente de los aspectos axiológicos de la Filosofía de la interpretación jurídica de Recaséns, dejando dicha profundización para la Segunda Parte. Lo haremos así, en

¹⁷ Esta Parte, en una versión bastante semejante, ha sido publicada como libro en el primer número de la Colección *Investigaciones Jurídicas*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo. (Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *Interpretación, prudencia y equidad en Luis Recaséns*, Lima, Palestra, 2016).

primer lugar, por la relevancia de la dimensión axiológica para la comprensión acabada de este tema o sector de su Filosofía del derecho, lo que exigirá un desarrollo propio y, en segundo lugar, por su significación en orden a lograr el objetivo de nuestro estudio.

CAPÍTULO I: LA APARICIÓN DE LA PROPUESTA

En este capítulo recorreremos —desde una perspectiva predominantemente cronológica— el camino que tomó Recaséns para el planteamiento de su Filosofía de la interpretación del derecho. En primer lugar, examinaremos la caracterización que la Ciencia jurídica tuvo para el maestro español. En segundo lugar, nos ocuparemos de la elaboración de los primeros temas de la Filosofía del derecho. Finalmente, abordaremos el surgimiento de la Filosofía de la interpretación del derecho como tema propio.

A. Una sola Ciencia jurídica en sentido estricto

A pesar de la disparidad de nombres con los que Recaséns llamó eventualmente a la Ciencia jurídica en sentido estricto¹⁸, coincidimos con Benito de Castro en que se refirió siempre a un único saber científico empírico sobre el derecho positivo, histórico o vigente, sin proponer partes o sectores, por lo menos, claramente distinguibles¹⁹. Sin embargo, vale la pena hacer a esta afirmación dos matices: el primero de carácter cronológico, el segundo de carácter sistemático.

El primer matiz es que si bien la caracterización de la Ciencia jurídica que hace Recaséns a lo largo de su producción iusfilosófica es básicamente la misma, podemos distinguir acentos distintos en las dos obras donde con mayor relevancia se ocupa del tema, lo que, en general, no hace demasiado. En la primera, el acento es más teórico o descriptivo, mientras que en la segunda, el acento es más práctico, en tanto que jurisprudencial. Lo veremos brevemente por separado.

¹⁸ Reseña Benito de Castro: “[...] *Ciencia del Derecho, Jurisprudencia, Ciencia Dogmática, Dogmática jurídica, Ciencia Dogmática o Técnica del Derecho positivo* [...]”. (B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 59. Cursivas en el texto). Para Recaséns, existen otras Ciencias que se ocupan del derecho positivo, pero no en cuanto norma en su sentido jurídico, es decir, no son Ciencia jurídica *stricto sensu*. Por ejemplo, estarían la Política del derecho (que lo estudia en cuanto valor) y la Historia del derecho y la Sociología del derecho (que lo estudian en cuanto hecho). (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 19^a ed., 2008, pp. 160-163). En sentido semejante, distingue en *Tratado general de Sociología*, México, Porrúa, 22^a ed., 1991, pp. 578-581.

¹⁹ Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 59. Cfr., también, B. DE CASTRO CID, “Los supuestos epistemológicos de la Filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches”, en F. E. RODRÍGUEZ GARCÍA (Coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, 1980, v. I, p. 170.

En *Estudios de Filosofía del derecho* (1946)²⁰ —siguiendo, a nuestro juicio, no sólo a Del Vecchio²¹ sino también a Radbruch²²— Recaséns insiste en que la Jurisprudencia o Ciencia del derecho consistiría en el desarrollo de las siguientes tareas: a) ante un problema jurídico real o típico se trata de conocer la norma de derecho positivo vigente; b) a partir de ésta debe extraerse interpretativamente las consecuencias expresas o implícitas que contiene, considerando las situaciones de hecho reales o imaginarias; c) ante la conexión existente entre los preceptos jurídicos, se debe “construir la estructura de la institución” para luego, del conjunto, sacar las consecuencias pertinentes para el caso; y, finalmente, d) se debe integrar la institución con la totalidad del orden jurídico, lo que llama “sistematización”²³.

En esta misma obra, al defender el carácter dogmático de la Ciencia jurídica, el maestro hispano-mexicano nos dirá:

“[...] la ciencia del Derecho, en el riguroso sentido de la palabra, es decir, la ciencia que se ocupa del contenido de un determinado Derecho positivo (presente o pasado) es una disciplina de función meramente reproductora y con carácter dogmático. Se limita a reproducir, explicándolos y sistematizándolos, los materiales normativos suministrados por la fuente del Derecho vigente [...]. Trabaja, pues, sobre contenidos que recibe de la fuente jurídica, de un modo dogmático [...]”²⁴.

²⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Estudios de Filosofía del derecho*, en G. DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, Trad. Luis Recaséns Siches, México, UTEHA, 3^a ed., 1946, pp. 32-52. Esta edición se ocupa del asunto en sentido semejante a la primera de 1935.

²¹ Cfr. G. DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, Trad. Luis Recaséns Siches, Rev. L. Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 9^a ed., 2^a reimp. 1991, pp. 275-283.

²² Cfr. G. RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, Trad. J. Medina Echavarría, Madrid, Reus, 2007, pp. 201-221. Cfr. también: G. RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del derecho*, Trad. L. Recaséns Siches, Madrid, Revista de Derecho privado, 1930, pp. 250 ss.

²³ Luego de este desarrollo, Recaséns le dedica apenas un párrafo a la interpretación de la norma en orden a su aplicación: “Conocida ya la fuente jurídica, localizada la norma vigente, el jurista trata de entenderla, de interpretarla, que no es tarea tan llana, ni tan fácil como pudiera parecer a primera vista, porque es preciso extraer del material jurídico, ley o costumbre, acaso imperfecto, fragmentario y contradictorio, una respuesta unívoca y taxativa para todos los casos que puedan plantearse; porque es preciso, además, en muchas situaciones, no sólo entender la ley, sino también articularla con una especie de trasfondo, de valoraciones sociales vigentes, que se encuentran implicadas en la ley, pero nunca explicadas ni determinadas en ella”. (L. RECASÉNS SICHES, *Estudios de Filosofía del derecho*, cit., p. 34). Cfr. también, en idéntico sentido: *¿En qué consiste eso de ser jurista?*, México, Coyoacán, 2014, pp. 13-18.

²⁴ L. RECASÉNS SICHES, *Estudios de Filosofía del derecho*, cit., p. 34. Esto ya lo había sostenido desde el principio. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español*, Madrid, Morata, 1931, pp. 29-30; o *Los temas de la Filosofía del derecho en perspectiva histórica y visión de futuro*, Barcelona, Bosch, 1934, pp. 6-7). Al respecto aclara Benito de Castro: “[...] este dogmatismo de la

Y más adelante, a propósito de defender la científicidad del derecho respecto de los conocidos cuestionamientos que hiciera en el s. XIX Kirchmann al respecto, afirmará:

“La Jurisprudencia Dogmática como ciencia jurídica *stricto sensu* tiene por objeto conocer, entender, o sea interpretar y sistematizar las normas de un ordenamiento de Derecho. Es la ciencia que indaga en plenitud el sentido propio de un Derecho positivo. Perteneces, pues, al sector de las ciencias de la cultura, como ciencia de los sentidos de los productos humanos históricos”²⁵.

En *Tratado general de Filosofía del derecho* (1959)²⁶, luego de una descripción bastante semejante a la que hiciera en *Estudios de Filosofía del derecho*, Recaséns pasa a incorporar a la tarea de la Ciencia jurídica los elementos axiológicos o estimativos que desarrolló con mayor claridad en *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho* (1956)²⁷. En ese orden de ideas, se ocupa extensamente de la interpretación de la norma jurídica y de la construcción del sistema, pero girando la centralidad de su aproximación hacia la interpretación legal y hacia la resolución prudencial de los problemas jurídicos concretos a través del *logos* o de la lógica de lo razonable²⁸. Desde esta renovada perspectiva queda claro que la Ciencia jurídica interpreta para sistematizar, pero sistematiza, sobre todo, para resolver los casos prácticos reales o hipotéticos²⁹. Por lo que no sorprende que en la versión definitiva de su *Tratado general de sociología* (1960),

Jurisprudencia tiene un sentido muy diferente del que le dieron, por ejemplo, los juristas franceses de la Escuela Exegética. Se trata únicamente de poner de relieve que al jurista no le compete, en cuanto tal, la función indagadora de lo más justo —misión propia del legislador— sino la preocupación de aprehender el Derecho *que es*, el que está vigente aquí y ahora”. (B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 65. Cursivas en el texto).

²⁵ L. RECASÉNS SICHES, *Estudios de Filosofía del derecho*, cit., p. 48. Sobre el sentido en que Recaséns asume el término “cultura” en el contexto de la “metafísica de la vida” habrá ocasión de regresar en la Segunda Parte. (Cfr. Cap. III.A.2).

²⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 3-9. También sobre la caracterización y especificación de la Ciencia jurídica, Cfr. *Ibidem*, pp. 162-163.

²⁷ L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*, México, FCE, 1956.

²⁸ Sobre este elemento modular en la Filosofía de la interpretación del derecho en Recaséns volveremos con detalle en el siguiente capítulo.

²⁹ Legaz, por ejemplo, tiene un planteamiento en parte semejante: “[...] la interpretación, la construcción y el sistema no pueden ser el todo de la ciencia jurídica, si con eso se quiere hacer prevalecer una dimensión puramente teórica sobre la dimensión práctica que le corresponde [...]”. (L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 5^a ed., 1978, p. 88). Sobre el pensamiento de Legaz puede consultarse: M. ELÓSEGUI ITXASO, “La influencia de Kelsen y Verdross en el pensamiento jurídico de Legaz Lacambra sobre el derecho internacional en el período de entreguerras”, en Y. GAMARRA e I. DE LA RASILLA (Coords.), *Historia del Pensamiento Iusinternacionalista español del siglo XX. Vol. I: En el umbral del 36*, Pamplona, Aranzadi, 2012, pp. 287-332.

por ejemplo, sostenga que la Ciencia jurídica “[...] tiene esencialmente un *propósito práctico* [...]”³⁰, que consiste en:

“[...] averiguar cuál sea el *deber ser jurídico* respecto de determinadas realidades, según el derecho positivo vigente. O, dicho con otras palabras, al jurista, en tanto que tal, le interesa averiguar los deberes jurídicos y los derechos subjetivos de las personas implicadas en una determinada situación social — bien en términos abstractos e hipotéticos, como lo hace por ejemplo, un tratadista de Derecho civil, bien en relación con un caso concreto y real, como lo hacen el abogado y el juez”³¹.

En el sentido indicado, podemos concluir que Recaséns pasa por una suerte de giro en su caracterización de la Ciencia jurídica que lo va concentrando en aspectos cada vez más prácticos de la labor jurisprudencial³². Ahora bien, este “giro práctico” no llega a ser total o completo. Por ejemplo, en uno de sus últimos trabajos: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”* (1971), insiste en el aspecto teórico o descriptivo de la Ciencia jurídica, a propósito de su distinción entre el derecho como realidad y el derecho como Ciencia. Del primero destaca su naturaleza de “arte práctico”, de “técnica”, de “utensilio” o medio de control social. Este derecho como realidad, dada su naturaleza esencialmente normativa-estimativa, no sería susceptible —ni en su formulación general (como norma jurídica), ni en la individual (como fallo judicial)— de ser catalogado como verdadero o falso. Del segundo —el derecho como Ciencia jurídica— en cambio, deja entrever que se trataría de un conocimiento que, en tanto que tal, sería susceptible de ser calificado como verdadero o falso, lo que en el universo gnoseológico de Recaséns —como veremos—, significa que se trata de un conocimiento básicamente teórico o descriptivo³³.

³⁰ L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Sociología*, cit., p. 580. (Cursivas en el texto).

³¹ Ibídem, p. 579. (Cursivas en el texto).

³² Planteamiento que no debe llamar la atención dado el impacto —reconocido por el propio autor— que tuvo en él su estancia en los EEUU, el contacto con la jurisprudencia sociológica y con el conocido como “realismo jurídico”. (Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 45-49). Cfr. también, L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, t. I, p. 439.

³³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 500-501. De manera semejante se manifiesta en un trabajo posterior. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “La lógica de “lo razonable” en las decisiones políticas y jurídicas”, en *Estudios en homenaje al profesor López Rodó*, Madrid, Universidad Santiago de Compostela, v. 3, 1972, pp. 218-219). Esta idea, por otro lado, es plenamente coincidente con lo que ya había sostenido antes: “El juzgar del juez entraña siempre un juicio estimativo, no un juicio cognoscitivo. Con su juicio estimativo el juez expresa lo que se *debe hacer* en el caso controvertido. El meollo de su fallo es una norma, una norma singular, concreta, pero norma al fin y al cabo, tan norma como una regla general [...].” (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 185 y

El segundo matiz sobre la concepción de la Ciencia jurídica como una sola, es más bien sistemático. Desde una perspectiva que podríamos denominar “subjetiva” o “existencial” —en tanto que se centra más en la función del jurista que en la naturaleza del objeto del conocimiento jurídico—, Recaséns distingue entre el jurista teórico y el práctico. No obstante admitir que en ambos casos la actitud es idéntica, igual el método y homogéneo el objeto de conocimiento, señala, por ejemplo, que:

“[...] cabe decir que el jurista, si es practicante de alguna profesión jurídica, notario, abogado, juez, frente a un caso dado inquiere la norma positiva bajo la cual puede subsumirse; y una vez hallada, extrae todas las consecuencias expresas o tácitas que en sí envuelve, encajando además la relación que interese en el lugar que le corresponda dentro del orden total del Derecho vigente. Si el jurista está consagrado a una actividad más amplia, de preponderante intención científica, cumple esta misma tarea con respecto a un sector entero de un orden de Derecho, y escribe, verbigracia, un tratado de Derecho Civil Español [...]”³⁴.

Algunos años después, en *Tratado general de Filosofía del derecho*, sostendrá que si bien todas las funciones del jurista que mencionamos párrafos arriba son solidarias y no se dan con independencia unas de otras, la labor de sistematización es más propia del jurista teórico³⁵, llegando a distinguir nuevamente entre “[l]os científicos del Derecho y los juristas prácticos”³⁶.

En ese sentido, puede decirse que Recaséns tiende a concebir la Ciencia jurídica como una sola, pero con dos momentos o aspectos³⁷: uno con un acento más teórico —

Tratado general de Filosofía del derecho, cit., p. 661. Cursivas en el texto). Sobre una tesis distinta a la de Recaséns y que sostiene la posibilidad cognoscitiva de la verdad práctica o normativa, apoyada en Aristóteles y Tomás de Aquino, Cfr. G. KALINOWSKI, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Trad. E Marí, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, pp. 76 ss., y la bibliografía allí citada. Sobre ello volveremos más adelante. (Cfr. Cap. II.B.2; Balance de la Primera Parte; y Cap. VI.C.2).

³⁴ L. RECASÉNS SICHES, *Estudios de Filosofía del derecho*, cit., pp. 33-34. Cfr. también: *Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la Filosofía del derecho*, México, CEM, 1939, p. 6; y *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., p. 5.

³⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 2.

³⁶ Ibídem, p. 10.

³⁷ Para Benito de Castro, Recaséns: “Siguiendo en esto a G. Del Vecchio identifica la *Jurisprudencia* con la *Ciencia del Derecho* [...]. Esto no obstante, y a pesar de esta identificación de principio [...] no se ha alcanzado una total identidad de contenidos entre Jurisprudencia y Ciencia del Derecho. Así, por ejemplo, se habla aún alguna que otra vez de Dogmática Jurídica y Jurisprudencia dando a entender que se trata de disciplinas diferentes y no sólo de dos nombres distintos para un mismo contenido científico [...]” . (B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 59).

en tanto que primordialmente analítico e incluso descriptivo— y otro con un acento más práctico —en tanto que primordialmente sintético y directivo—³⁸. El primero y propiamente “científico” está marcado preponderantemente por la elaboración de la institución y del sistema, mientras que el segundo está signado por la aplicación prudencial y equitativa —como tendremos oportunidad de ver más adelante³⁹— de las normas del sistema a través de la interpretación axiológica de las mismas para resolver un caso concreto⁴⁰. Este momento práctico y estimativo supone —de alguna manera no completamente especificada por Recaséns— el conocimiento dogmático, sistemático, teórico o propiamente “científico” del derecho y, a la vez, lo retroalimenta solidariamente⁴¹.

³⁸ Por nuestra parte, coincidimos con Massini Correas, quien siguiendo a Tomás de Aquino, señala que: “[...] un conocimiento intelectual es considerado *práctico* cuando reúne al menos estos tres requisitos: (i) que su *objeto* sea material y formalmente práctico; (ii) que el *fin* del conocer sea la ordenación de una *praxis humana*; y (iii) que el *modo* de conocer sea primordialmente sintético [...].” (C. I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho, t. III: el conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 66. Cursivas en el texto). Cfr. T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, q. 1, a. 1. El mismo profesor argentino afirma luego: “[...] a través de la doctrina de la analogía es posible sostener la posibilidad epistemológica de un conocimiento que sea, a la vez, práctico y científico: (i) *práctico*, en razón de que su objeto propio es la *praxis humana* considerada en cuanto materia de valoración y dirección racional; y (ii) *científico*, porque aborda ese objeto de un modo riguroso y sistemático, a la vez que intenta justificar racionalmente sus conclusiones por medio de un itinerario lógico correcto y objetivo”. (C.I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho, t. III: el conocimiento y la interpretación jurídica*, cit., p. 73. Cursivas en el texto). Sobre la importancia de la analogía para la configuración epistemológica de las ciencias prácticas, Cfr. E. AGAZZI, *El bien, el mal y la ciencia. Las dimensiones éticas de la empresa científico-tecnológica*, Trad. J. Gallego, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 34 ss. En contra de la idea del derecho como Ciencia, pero a favor de su carácter práctico (aunque con un acento en su dimensión técnica), Cfr. M. ATIENZA, “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, en A. NÚÑEZ VAQUERO (Coord.), *Modelando la Ciencia jurídica*, Lima, Palestra, 2014, pp. 148 ss. Para una formulación, a nuestro juicio, más constitutivamente práctica de la Ciencia jurídica, desde parámetros axiológicos semejantes a los de Recaséns, Cfr. M. REALE, *Filosofía del derecho. Introducción filosófica general*, Trad. A. Herreros Sánchez, Madrid, Pirámide, t. I, 1979, p. 221. Sobre estos asuntos diremos algo más al final de nuestra investigación. (Cfr. Cap. VI.C.2).

³⁹ Cfr. Cap. II.B.3 y 4.

⁴⁰ En concreto, en el último trabajo donde esclarece su idea de Ciencia jurídica, el profesor español señala tres características principales de la misma: a) considera al derecho formalmente válido y vigente sobre todo como un conjunto de normas; b) tiene un carácter dogmático; y c) tiene esencialmente un propósito práctico. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Sociología del derecho y Filosofía del derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 13, 1973, pp. 9-12).

⁴¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 1-10. Sobre el planteamiento de Recaséns en acción, puede verse el desarrollo de lo que hemos llamado “la tesis metodológica”. (Cfr. Cap. II. B, en particular 4 y 5).

B. Dos derroteros iniciales hacia la Filosofía del derecho

1. De la Ciencia jurídica a la Filosofía del derecho “sistemática”

Como acabamos de apreciar, desde sus primeros estudios iusfilosóficos Recaséns planteó que la Ciencia jurídica en sentido estricto trabaja necesariamente enmarcada en los parámetros de un derecho positivo concreto, histórico y vigente, ocupándose de uno o de varios sectores de él. Ese conocimiento científico sobre el derecho positivo, por un lado, parte de presupuestos formales que asume sin problematizarlos y, por otro lado, busca realizar ideales materiales que marcan su sentido y que lo desbordan, por lo que encuentra limitaciones epistemológicas intrínsecas para ocuparse de dichos aspectos⁴². En ese sentido, para Recaséns, los límites gnoseológicos de la Ciencia jurídica exigen un conocimiento propiamente iusfilosófico, cabal o total del derecho⁴³.

En ese orden de ideas, mientras que en *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La Filosofía del derecho en el siglo XX* (1929), Recaséns hacía alusión a dos temas o aspectos filosófico-jurídicos vinculados a los límites intrínsecos de la Ciencia Jurídica: el problema lógico, teórico o gnoseológico de la Ciencia jurídica y el problema ético o iusnatural⁴⁴, en *Los temas de la Filosofía del derecho en perspectiva histórica y visión de futuro* (1934), señalaba más bien tres temas más claramente

⁴² Sostenía ya en 1934: “[...] este punto de partida [se refería al conocimiento de la norma de derecho vigente que se ha de aplicar], que para el jurista es obvio e incontrovertible, esto es, dogmático, para la Filosofía del derecho es, en cambio, un mero problema, mejor dicho, semillero de problemas. El tránsito de la ciencia a la Filosofía, se señala cabalmente porque aquello que para la primera es un dato, lo convierte la segunda en problema [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., p. 9). Cfr., también, sobre esta idea: B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 65 y 68.

⁴³ En 1939 señalaba: “[...] el jurista —en tanto que jurista y nada más que como tal, incluso como científico del Derecho— se mueve cómoda y certeramente dentro de los vericuetos de las disposiciones jurídicas [...]. Del Derecho, el jurisperito conoce acaso todas sus partes; pero, si solamente es jurisperito y nada más que eso, y no sale del sector limitado de su especialidad —aunque ésta abarque todas las partes del Derecho—, no podrá tener una idea cabal del Derecho como totalidad, del Derecho en sí, ni de cuál sea el lugar que ocupa respecto de los demás tipos de cosas que en el mundo hay. Tales problemas sólo pueden ser planteados y resueltos en la medida en que nos situamos en otro plano del conocimiento, en un plano distinto del conocimiento meramente científico, a saber, en el conocimiento filosófico [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Vida humana, sociedad y derecho...*, 1939, cit., p. 6).

⁴⁴ Nos decía: “El diálogo entre el momento lógico y el momento ético domina y empapa los dos problemas fundamentales de la Filosofía del Derecho, a saber: la cuestión en torno al Derecho Natural y la construcción de una Teoría de la Ciencia Jurídica [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La Filosofía del derecho del siglo XX*, México, Coyoacán, 2007, p. 21).

delineados⁴⁵: la Teoría fundamental del derecho (sobre los elementos esenciales y formales *a priori* del derecho)⁴⁶, la Estimativa o Axiología jurídica (sobre el contenido ideal del derecho y su justificación)⁴⁷ y la Ontología jurídica (sobre la naturaleza y ubicación del derecho en el universo)⁴⁸.

Esta tripartición se convertiría luego —sin muy explícitos cambios de postura— en una clara bipartición. Al respecto, no parece haber duda de que la Teoría fundamental del derecho termina por absorber a la Ontología jurídica⁴⁹. Los problemas “ontológicos” del derecho que figuraban como independientes a los de la Teoría fundamental en *Los temas de la Filosofía del derecho...*, luego se irán asimilando a ella aunque no de una manera totalmente clara en la primera edición de *Vida Humana, sociedad y derecho...* (1939)⁵⁰ y más tarde, en un sentido semejante, en la versión canónica de su Filosofía jurídica: *Tratado general de Filosofía del derecho* (1959)⁵¹.

⁴⁵ Sintetizaba Recaséns: “[...] lo que puede ser puesto en cuestión por el filósofo del Derecho no es solamente la forma del Derecho en cuanto tal (esencia de lo jurídico) su determinación óntica y sus modalidades de existencia (vigencia): además, el filósofo al enfocar el dato jurídico, se hace también problema de su contenido y se pregunta acerca de su justificación. Esto es, supuesto ya el carácter jurídico del dato y encuadrado en el sistema de un orden positivo, surge el problema de la justificación de su contenido, de la estimación o valoración del precepto concreto [...].” (L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., p. 10). Cfr. también: L. RECASÉNS SICHES, “Los interrogantes filosóficos del derecho. Misión de una auténtica Filosofía del derecho”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 29, 1935, pp. 289-290.

⁴⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., pp. 12 ss.

⁴⁷ Cfr. ibidem, pp. 58 ss.

⁴⁸ Cfr. ibidem, pp. 132 ss.

⁴⁹ Al respecto, comentando críticamente a Stammel, afirma Recaséns: “[...] hay que subrayar la necesidad de que dicha disciplina, la teoría general del Derecho sea además, y sobre todo, una *ontología jurídica*, es decir, una captación del objeto “Derecho”, una aprehensión de la esencia de la realidad jurídica”. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 71). Así lo corrobora Benito de Castro (Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, pp. 71 y 82), aunque a nuestro juicio, la alusión que se hace a la Ontología jurídica junto a la Lógica jurídica, por ejemplo, en L. RECASÉNS SICHES, “El logos de “lo razonable” como base para la interpretación jurídica”, *Diánoia*, 2, 1956, pp. 30-31 o en *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., pp. 35-38, no debe entenderse como un confuso intento por parte del autor de restablecer la independencia clasificatoria de la Ontología jurídica frente a la Teoría fundamental del derecho, sino antes bien, por lo menos en estos casos concretos, como el esfuerzo por salvar a la Lógica y la Ontología formal del derecho —en la versión de Eduardo García Márquez y en la suya propia, por ejemplo— de las críticas contra el uso de la lógica deductiva en la práctica jurisdiccional que emprenderá el maestro español en las páginas siguientes. Por otro lado, la absorción de la Ontología jurídica por parte de la Teoría fundamental del derecho se concluye también de los desarrollos clasificatorios que hace Elssie Núñez, quien fuera discípula directa y muy cercana de Recaséns en México. (Cfr. E. NÚÑEZ CARPIO, *El pensamiento español en la Filosofía del derecho de Luis Recaséns Siches*, cit., pp. 143-156).

⁵⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Vida humana, sociedad y derecho...*, 1939, cit., pp. 4-6.

⁵¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 12 y 50-53. Tres años antes de esta publicación, Recaséns había dado ya un paso firme hacia la incorporación de los problemas ontológicos en la Teoría fundamental. Dirá en 1956: “[...] La Teoría Fundamental del Derecho debe

Finalmente aparecerán claramente como parte de la Teoría fundamental del derecho en la síntesis que Recaséns ofrece sobre su propia Iusfilosofía en *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX* (1963)⁵². Sobre la significación y conveniencia de esta decisión taxonómica por parte de Recaséns volveremos en el Balance de la Segunda Parte de nuestro trabajo.

Podemos decir, por lo pronto, que en la clasificación definitiva de Recaséns los dos temas de la Filosofía del derecho que llamará —aunque no completamente a gusto— “académica” o “sistemática” —por contraposición a la Iusfilosofía “no académica” o “no sistemática” que descubrirá luego⁵³— son la Teoría fundamental o general del derecho y la Estimativa o Axiología jurídica⁵⁴. A continuación las describiremos brevemente siguiendo casi al pie de la letra su auto exposición⁵⁵.

a) La Teoría fundamental del derecho, aunque así llamada predominantemente, ha sido denominada también por Recaséns: “teoría de la ciencia jurídica”, “filosofía de la ciencia jurídica”, “gnoseología jurídica”, “teoría pura o fundamental del derecho” o “teoría general del derecho”⁵⁶.

Esta parte de la Iusfilosofía se ocupa —a su juicio— de los problemas que se encuentran de alguna manera “más acá” de la Ciencia jurídica⁵⁷, de los presupuestos básicos y necesarios de la misma, en concreto: de la esencia ontológica y de los

investigar ante todo la esencia de lo jurídico y de sus modos necesarios, esto es, el *a priori* formal de lo jurídico [...]. Esa Teoría Fundamental del Derecho debe ser primordialmente ontología y derivadamente teoría del conocimiento jurídico [...]. La Teoría Fundamental del Derecho debe cimentarse metafísicamente sobre la antropología filosófica o filosofía de la vida humana [...]. (L. RECASÉNS SICHES, “Situación presente y proyección de futuro de la Filosofía jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 6, 1956, p. 143).

⁵² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 490.

⁵³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., pp. 7 ss. Señala: “[...] Con esta expresión [Filosofía del derecho académica] quiero denotar la Filosofía del derecho que se enseña en la mayor parte de las universidades del continente europeo y de Hispanoamérica [...] por debajo de todas esas distinciones, se advierte también una identidad, o, por lo menos, una semejanza, en cuanto a los temas principales que integran esa disciplina, ya como programa de los cursos sobre ella, o ya como contenido de los tratados a ella dedicados [...]”. (Ibidem, pp. 24-25).

⁵⁴ Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 10 ss. Cfr. también: B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 70.

⁵⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., pp. 490 ss.

⁵⁶ Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 75.

⁵⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 11.

conceptos generales de lo jurídico en toda su universalidad. Esto pretende lograrse a través de pesquisas en diversos sectores, los que enumeramos, sencillamente: 1) la localización de lo jurídico en el universo y en concreto dentro de la vida humana; 2) la determinación de lo jurídico por las categorías de normatividad y socialidad; 3) la pregunta sobre qué tipo de realidad es el derecho y en concreto sobre su tridimensionalidad como unión indisoluble de hecho, norma y valor; 4) la distinción entre derecho, moral, reglas del trato social y arbitrariedad; 5) las funciones esenciales y formales de todo derecho entre las que cuenta la certeza y la seguridad, el cambio, la resolución de los conflictos de intereses y la organización, la legitimación y la restricción del poder político; 6) la aclaración de los conceptos jurídicos puros o *a priori* del derecho como el derecho subjetivo, el deber jurídico, la persona, la relación jurídica, entre otros; 7) los componentes, la estructura y el funcionamiento del orden jurídico positivo; y 8) la relación entre derecho y Estado.

Es en el tema de la Filosofía del derecho de Recaséns donde más se percibe hasta el final la impronta formalista neokantiana de sus influencias iniciales, en particular, la de Kelsen⁵⁸.

b) La Axiología o Estimativa jurídica, en sus propios términos:

“[...] no consiste en llevar a la práctica el enjuiciamiento concreto de un determinado Derecho positivo, sino en averiguar cuáles sean los módulos según los cuáles resulta posible dicha labor de crítica, de valoración, y, consiguientemente, de orientación”⁵⁹.

Abarca los problemas que de alguna manera se encuentran “más allá” de la Ciencia jurídica⁶⁰, problemas que ésta plantea, que no encuentran en ella su respuesta plena y que tienen que ver con la justificación del derecho, por ejemplo: 1) la justificación de la estimativa; 2) el fundamento radical del conocimiento axiológico jurídico; 3) el carácter objetivo del *a priori* estimativo y, en concreto, la relación entre la axiología jurídica y el derecho natural; 4) la articulación entre los valores y la historia en

⁵⁸ Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 262.

⁵⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 368.

⁶⁰ Cfr. ibidem, p. 13.

la elaboración de los ideales jurídicos; 5) la justicia en su carácter formal y la valoración jurídica; 6) los principios básicos de la axiología jurídica desde su humanismo o personalismo —se refiere principalmente a los valores materiales de la dignidad del individuo, los derechos fundamentales y el bienestar general—; 7) las máximas de estimativa jurídica con aplicación tanto a la política legislativa como a la política judicial.

Como se puede apreciar, este sector de la Filosofía del derecho de Recaséns se constituye, en rigor, en una Teoría de los valores jurídicos, donde se dejan sentir influencias diversas y de no sencilla asimilación como el criticismo stammleriano, el antiformalismo fenomenológico de la ética material de los valores de Scheler y de Hartmann, y lo que resulta ser un intento de matización del objetivismo axiológico extremo a partir de la asimilación del raciovitalismo de su maestro Ortega y Gasset⁶¹.

2. De la Filosofía general a la Filosofía del derecho

El camino explorado en el acápite anterior —aquel que va desde las limitaciones propias de la Ciencia jurídica a los dos primeros temas de la Filosofía del derecho “sistemática”— no es el único que Recaséns recorrió desde un principio. Para el profesor español la pesquisa filosófica sobre el derecho era también una exigencia de la propia Filosofía en cuanto tal.

Siguiendo a Ortega y Gasset, Recaséns entenderá que una verdadera Filosofía del derecho no puede limitarse a una Filosofía de ciertos aspectos del mismo, por más relevantes que sean, sino que tiene que hacerse cargo unitariamente de la pregunta radical o universal por lo jurídico, del lugar metafísico del derecho en el universo y de su relación con los demás objetos con los que interactúa. En términos de Ortega, a los que hace referencia Recaséns⁶²:

“[...] por la amplitud ilimitada y el problematismo radical de su tema el pensamiento filosófico [tiene] que cumplir dos leyes u obligaciones: la de ser autónomo, no admitiendo ninguna verdad que él mismo no se fabrique, y la ley

⁶¹ Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 263.

⁶² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., p. 137; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 18.

de pantonomía, no contentándose definitivamente con ninguna posición que no exprese valores universales; en suma, que no aspire al Universo [...]”⁶³.

En ese orden de ideas, Recaséns, luego de considerar a partir de las limitaciones de la Ciencia jurídica su primera formulación de la triplicidad temática iusfilosófica — Teoría fundamental, Axiología y Ontología jurídica— señalaba ya en 1934:

“[...] todavía cabe dar un paso de avance, que dote de unidad a la Filosofía jurídica, superando la triplicidad de sus temas, gracias a una integración superior que sitúe el Derecho en una Metafísica primera, descubriendo su sentido en una concepción filosófica fundamental y radical, como ha de ser toda Filosofía auténtica”⁶⁴.

Dicha integración superior —donde los temas de la Filosofía del derecho ceden o quedan en segundo plano frente la necesidad de encontrar un sentido radical y unitario para el derecho en el universo— era presentada como el requisito para que la problematización iusfilosófica deje de ser una mera Filosofía aplicada al derecho y se convierta en una auténtica Filosofía del derecho, en un capítulo de la “Metafísica de la vida”⁶⁵. Así, en la versión canónica de su Filosofía jurídica, Recaséns señalaría más tarde:

⁶³ J. ORTEGA Y GASSET, *¿Qué es la Filosofía?*, en *Obras completas*, Madrid, Revista de Occidente, 1964, t. VII, 2^a ed., p. 349. En la interpretación de Legaz, esto resulta ser así porque “[...] las otras certidumbres —las verdades de las ciencias o las verdades prácticas de la costumbre, el Derecho, etc.— ni son primarias, ni suficientes por sí (autónomas), ni son fundamento de todas las demás (pantónomas, universales). Son verdad, poseen verdad, pero no son “la” verdad [...]”. (L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, cit., p. 17).

⁶⁴ L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., p. 136. En 1956 dirá, en términos de pregunta: “[...] hay todavía un problema pendiente, el problema de determinar si, hasta qué punto, sin perjuicio de la dimensión formalista de la Teoría Fundamental del Derecho, hay algún entronque de ésta con la Estimativa, para integrar ambas una Filosofía Jurídica unitaria [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., p. 37). En 1959 Recaséns insistirá en la idea de la vía a la Filosofía del derecho a partir de la Filosofía general, en esta ocasión, a través de la constatación histórica: “Se puede llegar, y de hecho se ha llegado, a la Filosofía Jurídica por otro camino: por el de la Filosofía general [...] como lo muestra la Historia de la Filosofía general: grandes pensadores que no ejercieron un oficio jurídico, ni tuvieron con el Derecho un contacto próximo, han aportado valiosas y decisivas contribuciones a la Filosofía Jurídica [...]”. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 17). En 1963 sostendrá: “Se llega a los temas filosófico-jurídicos también por la vía de la filosofía general. Entre las muchas cosas que en el Universo hay, encontramos los problemas planteados por la convivencia y la cooperación interhumanas, los problemas de la organización colectiva, los problemas relativos al Derecho y al Estado. Y puesto que Derecho y Estado se dan en la existencia de los humanos, hay que preguntarse por cual sea la *raíz* y la *función* del Derecho y Estado en la vida de los hombres, en suma, por cual sea su sentido, y también por la articulación de lo jurídico en el mundo”. (L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., pp. 491. Las cursivas en el texto).

⁶⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., pp. 139-140. Dice explícitamente: “Gracias a JOSÉ ORTEGA Y GASSET, la actual Filosofía cuenta con el descubrimiento de “nuestra vida” como base primera de la Metafísica, como ser radical [...] la vida es intimidad con nosotros mismos y con las

“[...] advírtase que cuando se habla del problema del Universo, como quiera que dentro de éste figura el hombre —estoy yo—, se trata siempre no sólo de la cuestión del Universo en sí, sino también —y especialmente— de las relaciones del Universo conmigo y de mí mismo con el Universo: qué sea el Universo para mí, y qué sea yo en el Universo o con respecto a él”⁶⁶.

Tomando en cuenta que el derecho se refiere a problemas del comportamiento humano, del sentido de la vida y de la misión del hombre, Recaséns reconoce en ésta una vía apropiada para plantearse las preguntas radicales sobre lo jurídico y su inserción en el mundo. En sus propias palabras: “[...] Esta cuestión [...] se plantea en última instancia como pregunta sobre el sentido del Derecho en la vida humana. Es en este tema donde la Filosofía Jurídica cobra su plenitud y su unidad [...]”⁶⁷. Sobre esta idea y su relevancia en orden a comprender la Filosofía de la interpretación del derecho de Recaséns, nos ocuparemos más adelante⁶⁸.

C. La consolidación de la Filosofía de la interpretación del derecho como tema

1. De los problemas prácticos de la Ciencia jurídica a la Filosofía del derecho “no sistemática”

Si las limitaciones teóricas de la Ciencia jurídica habían dado lugar al surgimiento de los dos grandes temas de la Filosofía jurídica de Recaséns, desde 1956⁶⁹ —a partir de los problemas prácticos o jurisdiccionales de la Ciencia jurídica abordados de una manera renovada tras su experiencia directa del pensamiento jurídico anglosajón⁷⁰— nuestro autor desarrollará un nuevo tema del que se ocupará con insistencia hasta el fin

cosas; la coexistencia de mí con mi mundo, en cuanto me doy cuenta de mí mismo y de las cosas. Y “mi vida”, “nuestra vida”, es la realidad primaria, la realidad indubitable”. (Ibíd, p. 140). Sobre la recepción por parte de Recaséns de la “metafísica de la vida” orteguiana tendremos oportunidad de regresar en la Segunda Parte. (Cfr. Cap. III.A y C).

⁶⁶ L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 18.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Cfr. Balance de la Segunda Parte.

⁶⁹ Básicamente a través de dos artículos: “El logos de “lo razonable” como base para la interpretación jurídica”, cit., pp. 24-54 y “Situación presente y proyección de futuro...”, cit., pp. 139-151; y dos libros: *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*, publicado el mismo año como hicimos notar, y otro de estilo oral que recopilaba tres conferencias dictadas también en 1956 en la Universidad de Panamá: *La nueva Filosofía de la Interpretación del derecho*, Panamá, Imprenta Nacional, 1957.

⁷⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., pp. 489.

de su producción intelectual: la Filosofía de la interpretación del derecho. En palabras de Recaséns:

“Los estudios de pensamiento jurídico “no académico” [...] tienen su sede propia y central en el campo de los problemas de la interpretación y de la aplicación práctica del Derecho. Sin embargo, tales estudios —algunos de los cuales se presentan visiblemente enraizados de modo teórico en fundamentos auténticamente filosóficos, y otros de los cuales tienen implicaciones genuinamente filosóficas aunque no explícitamente destacadas—, puede, y aun diría deben a todo trance completar, depurar y revitalizar los estudios generales de Filosofía del Derecho “académica”⁷¹.

En ese sentido, se debe coincidir con Benito de Castro en que los grandes sectores de la Filosofía jurídica de Recaséns terminan siendo, en definitiva, tres⁷². Así son recogidos en sus tres grandes obras iusfilosóficas —o de teoría del derecho— en las que con posterioridad a 1956 presenta de manera sistemática su pensamiento, en concreto: *Tratado general de Filosofía del derecho* (1959)⁷³, *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX* (1963)⁷⁴ y, finalmente, *Introducción al estudio del derecho* (1970)⁷⁵.

Para nuestro autor, tanto la Teoría fundamental del derecho como la Axiología jurídica deben ser completadas con un tercer estudio sobre el derecho positivo, que tenga una influencia más directa y fuerte sobre la creación y la aplicación del derecho como ocurrió en otros momentos de la historia⁷⁶. Reconoce que desde finales del siglo

⁷¹ L. RECASÉNS SICHES, “Situación presente y proyección de futuro...”, cit., pp. 142-143.

⁷² Por lo que creemos que debe descartarse como definitiva —razones suficientes da Castro Cid (Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 57-58)— la triple clasificación iusfilosófica paralela que ofrece Recaséns en lo que parece ser un intento de ser consecuente temáticamente con el tridimensionalismo finalmente adoptado: Axiología jurídica (valor), Teoría Fundamental (norma) y Culturología (hecho). (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 160-163). Sobre el tridimensionalismo recaseniano, volveremos en la Segunda Parte. (Cfr. Cap. III.A.4).

⁷³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 10-17.

⁷⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, cit., t. I, pp. 490-491.

⁷⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 16^a ed., 2009, pp. 195-262. A Benito de Castro le llama la atención que habiendo estado de alguna manera presente el tema de la dimensión práctica de la Filosofía del derecho en iusfilósofos que tuvieron mucha influencia en Recaséns como Del Vecchio, Radbruch y Stammler, el profesor español haya tardado tanto en incorporarlo formalmente en su sistemática. (Cfr. B. DE CASTRO CID, *La filosofía jurídica...*, cit., p. 214, nota 4). Por su parte, Recaséns dirá que las ideas que conforman ese tema habían sido apuntadas ya en obras anteriores suyas, aunque sólo de manera germinal. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 489). Sobre la practicidad de la Filosofía de la interpretación del derecho de Recaséns regresaremos luego. (Cfr. Balance de la Primera Parte).

⁷⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., pp. 7-9. Hay quien tiene hoy una preocupación bastante semejante. (Cfr., por ejemplo: M. ATIENZA, “Una propuesta de filosofía del derecho

XIX, tanto jurisconsultos prácticos como profesores universitarios han ido elaborando en ese mismo sentido reflexiones de indudable rango iusfilosófico que no han tenido la pretensión de convertirse en una disciplina “sistemática” o “académica”⁷⁷.

Para Recaséns, a pesar de sus peculiares fisonomías, las doctrinas de varios de los cultores de esta Filosofía del derecho no sistemática⁷⁸ tienen como mérito común y principal: “[...] la *sinceridad* con que han destacado los problemas de la interpretación y del proceso judicial”, aun cuando puede reprochárseles no haber alcanzado “[...] pleno éxito en encontrar las vías correctas para el tratamiento, ni mucho menos para la solución, de tales problemas”⁷⁹.

Con todo, si bien se puede distinguir con claridad entre la Filosofía jurídica sistemática o teórica, y la Filosofía jurídica no sistemática, práctica o de la jurisprudencia; no se trata en absoluto de dos ámbitos que Recaséns considere separados, sino antes bien intrínsecamente vinculados, pues considera con acierto que: “[...] la reflexión crítica sobre los temas técnicos produce una mayor limpieza intelectual para el tratamiento de las cuestiones puramente teóricas; y, al mismo tiempo, abre también las vías para una

para el mundo latino”, *Doxa*, 30, 2007, p. 663; y más recientemente: “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, *Doxa*, 37, 2014, pp. 309-311).

⁷⁷ Nos dice Recaséns: “Comprendo que hasta cierto punto esa denominación de *filosofía jurídica no académica* es incorrecta, o por lo menos no del todo afortunada, pues si bien en parte muy importante ha sido producida por jueces y abogados practicantes, a ella han contribuido también con muy notables aportaciones insignes profesores universitarios, y además ha sido y sigue siendo enseñada en cursos que se dan en varias facultades o escuelas de Derecho. Pero ese pensamiento filosófico jurídico no académico, aun en los casos en que es ofrecido en cursos universitarios, no suele constituir el temario de la asignatura de Filosofía del Derecho. Más bien es presentada en cursos especiales de metodología, o incidentalmente en curso sobre ramas particulares del Derecho positivo [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., p. 26. Cursivas en el texto).

⁷⁸ Entre los que menciona se encuentran, por ejemplo, el utilitarismo de Bentham; la doctrina teleológica de Ihering; los aportes en Norteamérica de Holmes, Cardozo y Pound; el realismo norteamericano de Llewellyn y Frank; las doctrinas elaboradas en Francia por Gény, Demogue o Ripert; los aportes en Alemania de Ehrlich, Kantorowicz o Fuchs; los de la escuela de la Jurisprudencia de intereses de Heck o Rumelin; los aportes de Ascoli o Cornelutti en Italia; los de Dualde en España; los de Pekelis y Chan en Norteamérica; y en Argentina algunos aspectos de las tesis de Cossio. (Cfr. Ibídem, pp. 26-27). Cfr. también: L. RECASÉNS SICHES, “Situación presente y proyección de futuro...”, cit., p. 142; y “El logos de “lo razonable” como base para la interpretación jurídica”, cit., pp. 26-27.

⁷⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., p. 27; y “El logos de “lo razonable” como base para la interpretación jurídica”, cit., p. 28.

mayor justicia práctica y para una más satisfactoria eficacia de ésta”⁸⁰. A su juicio, este nuevo tema de la Filosofía del derecho debe constituirse en base para la función tanto legislativa como judicial-administrativa, integrando las consecuencias de los dos temas de la Filosofía del derecho sistemática o académica, y completándolas con una lógica o razón peculiar que permita ocuparse de los contenidos jurídicos de manera práctica y concreta⁸¹.

Nuestro autor reseña los principales problemas prácticos que reclaman respuesta desde este nuevo sector de la Filosofía jurídica. Se trata de problemas que si bien son básicamente comunes a la historia general del derecho, le parecía que se vivían en su época de manera particular, haciéndose más numerosos, agudos y difíciles, por tratarse de un tiempo de hondas transformaciones sociales. Entre dichos problemas figuran:

“[...] la cuestión de hallar cuál es la norma válida aplicable al caso controvertido [...] también el problema de convertir los términos generales de la ley o del reglamento en una norma singular y concreta [...] asimismo el problema sobre cuál entre los varios métodos posibles de interpretación debe ser elegido para tratar el caso concreto. Figura además el problema de cómo ha de actuar el juez cuando la aplicación de una norma, en apariencia vigente, al problema singular sometido a su conocimiento, llevaría a un resultado notoriamente injusto. Figura igualmente el problema de cómo haya de desenvolverse el juez en los casos de las llamadas “lagunas” en el ordenamiento positivo formulado [...]”⁸².

⁸⁰ L. RECASÉNS SICHES, “Nueva Filosofía de la técnica jurídica”, *Diánoia*, 15, 1969, p. 256. Cfr. también: L. RECASÉNS SICHES, “Nuevas directrices de la práctica jurídica (Legislativa y jurisdiccional)”, (Folleto), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1968, pp. 3-4.

⁸¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Situación presente y proyección de futuro...”, cit., pp. 144-145; *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 15-17; y *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., pp. 490-491.

⁸² L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., p. 18. Cfr. también, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 15.

Sobre la relevancia de dichos problemas jurisdiccionales detectados en su momento por Recaséns, pero que resultan plenamente actuales⁸³, nos ocuparemos más adelante⁸⁴.

2. Propósito y presupuestos de la Filosofía de la interpretación del derecho

A nuestro modo de ver, el propósito de este nuevo sector de la Filosofía del derecho coincide básicamente con el del libro que le da nombre: *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*. Recaséns dirá que lo que le mueve a escribirlo es, por un lado, aclarar el meollo de las cuestiones o problemas que reseñamos al final del acápite anterior —básicamente problemas de interpretación y aplicación del derecho, los que Recaséns no llega a distinguir del todo⁸⁵— y, por otro lado, depurar y ajustar la función jurisdiccional⁸⁶. Se trata de dos aspectos que en la aproximación de nuestro autor —no

⁸³ Decía Contreras Hauser en 1981, comentando a Recaséns: “Existen dentro de la ciencia temas que son esenciales y otros que, por el paso del tiempo u otras variadas causas, ya no lo son tanto. En el Derecho de todos los siglos, la interpretación jurídica se constituye en esencial [...]”. (Cfr. M. L. CONTRERAS HAUSER, “La interpretación jurídica según Luis Recaséns Siches”, *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*, 169, 1981, p. 75). Recientemente ha afirmado Chiassoni, por ejemplo, desde una perspectiva distinta: “[...] El cultor del derecho que no sepa cómo interpretar no es un jurista [...]”. (Cfr. P. L. CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Trad. P. Luque Sánchez y M. Narváez Mora, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 11).

⁸⁴ Cfr. Cap. II.B.4 y 5; Cap. IV.B.2.

⁸⁵ Para Recaséns: “[...] para cumplir o aplicar una ley o un reglamento es ineludiblemente necesario convertir la regla general en una norma individualizada, transformar los términos abstractos en preceptos concretos. Y esto es precisamente lo que se llama interpretación”. (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 628). En otros momentos, Recaséns se refiere a la “interpretación” como distinta de la “individualización” (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación*..., 1980, cit., p. 22), y a esta última, como sinónimo de aplicación. (Cfr. Ibídem, p. 11). Para Tarello: “[...] a) hay un área semántica común de “interpretación” y “aplicación”, pero no hay coincidencia total; b) tal área semántica común es particularmente evidente cuando los vocablos son usados con referencia a la actividad de los jueces o de funcionarios administrativos [...]”. (G. TARELLO, *La interpretación de la ley*, Trad. D. Dei Vecchi, Lima, Palestra, 2013, pp. 64-65). Cfr. también, en un sentido semejante: J. J. MORESO y J. M. VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 176.

⁸⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación*..., 1956, cit., p. 28. El profesor español sostiene, además, que frente a tales problemas, muchas veces los jueces resolvieron correctamente según las exigencias de la justicia, pero sin una justificación teórica adecuada, disfrazando su proceder para que pareciera que la solución ofrecida en la sentencia no era más que lo deducido por inferencia a partir de los textos legales vigentes. En ese sentido, pretende ofrecer —tanto a los jueces que ya lo venían haciendo bien, como a aquellos que no se atrevían a hacerlo— un instrumento adecuado, fundado “[...] justificadamente sobre razones que pertenecen esencialmente a la índole del Derecho positivo [...]” y que por ello presupone su obediencia. En definitiva “[...] Se trata de mostrar cuál es la esencia necesaria de la función del juzgador; y de mostrar cuál es, de acuerdo con esa esencia, el ámbito y la índole de sus facultades”. (Ibídem, pp. 28-29).

obstante entenderlos como conceptualmente distintos⁸⁷— en la práctica casi se identifican⁸⁸.

El medio privilegiado para lograr este esclarecimiento y depuración, será el descubrimiento y desarrollo analítico de una lógica o razón de lo material, de los contenidos o “de lo razonable” —distinta de la lógica racional, formal, tradicional o de tipo matemático— que, a su juicio, resultaría ser la apropiada para resolver los problemas humanos prácticos como los jurídicos⁸⁹.

El modo del esclarecimiento se daría a través de cuatro presupuestos básicos. El primero: las normas jurídicas positivas no son proposiciones científicas —teóricas o lógicas— susceptibles de ser evaluadas como verdaderas o falsas, sino que se trata de instrumentos creados por el legislador para promover la justicia en una sociedad concreta, en la medida de lo posible. El segundo: el derecho es doblemente circunstancial pues su contenido no está constituido por principios ideales con validez abstracta, sino que, por un lado, es suscitado por motivaciones y necesidades históricas y, por otro lado, se da con la finalidad de producir ciertos resultados que se estiman como valiosos en un momento dado. El tercero: el orden jurídico consta de normas generales (como las leyes), particulares (como los negocios jurídicos) y singulares (como las sentencias y las resoluciones administrativas), y si bien las normas generales son tan necesarias como las otras, sólo las normas jurídicas singulares son perfectas o completas, y por ello, susceptibles de ser impuestas de manera inexorable. El cuarto: la función del juez es necesariamente creadora, es decir, esencialmente interpretativa, en tanto que tiene que considerar ingredientes que no están contenidos en la ley al tratar

⁸⁷ Cfr. Ibídem, pp. 179.

⁸⁸ Castro Cid hace notar con razón que Recaséns, no obstante reconocer su importancia (Cfr., por ejemplo, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 8; *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., pp. 537-538; e *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 211) no se ocupa del fenómeno de la habitual interpretación y aplicación del derecho por parte de los ciudadanos que lo cumplen sin necesidad de recurrir a un juez o a una instancia administrativa. (Cfr. B. DE CASTRO, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 220, nota 24). Esta no centralidad de la interpretación común y corriente del derecho que se hace fuera de los ámbitos autoritativos, estará presente también en algunas de las teorías de la argumentación jurídica actuales, como tendremos oportunidad de constatar en la Tercera Parte de nuestro trabajo. (Cfr. Cap. V.C).

⁸⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., p. 29.

de encontrar la solución más razonablemente justa para el caso concreto, lo que es plenamente compatible con la obediencia que le debe al derecho positivo⁹⁰.

Es preciso señalar, además, que Recaséns sostendrá dos tesis fundamentales sobre su Filosofía de la interpretación del derecho. Por nuestra parte, llamaremos a la primera: tesis ontológica-gnoseológica⁹¹, y a la segunda: tesis metodológica. Estas tesis nos servirán de guía para el abordaje del tema en el siguiente capítulo. En sus propios términos son las siguientes:

“A) Los contenidos de las normas del Derecho positivo no pueden, no deben ser tratados empleando la lógica pura, la lógica tradicional, la lógica matemática, la lógica de lo racional. El reino de la vida humana, al que pertenece el Derecho positivo, posee otra lógica, que es tan lógica como la de lo racional o pura, pero diferente de ésta, a saber: la *lógica de lo razonable*.

B) El *logos o lógica de lo razonable* no constituye otro método de interpretación del Derecho, a añadir a los varios métodos de que se ha hablado durante muchos siglos, antes bien debe ser el único método de interpretación jurídica, porque la misma índole de éste supera necesariamente toda la embarullada multiplicidad tradicional de malos y confusos procedimientos hermenéuticos”⁹².

⁹⁰ En L. RECASÉNS SICHES, “Situación presente y proyección de futuro...”, cit., pp. 145-147, los presupuestos básicos no habían sido cabalmente distinguidos. Por el contrario, en *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., pp. 29-30, se les había agrupado en tres. Pero como bien se ha señalado (Cfr. B. DE CASTRO, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 218-220) éstos presupuestos terminan siendo cuatro en las formulaciones posteriores que hace Recaséns, en concreto: *Tratado general de Filosofía del derecho*, 1959, cit., pp. 628-629; e *Introducción al estudio del derecho*, 1970, cit., pp. 211-214. Sin embargo, cabe apuntar dos cosas. Por un lado, que si bien son cuatro los elementos mencionados, en dos trabajos de vital importancia para nuestro tema: L. RECASÉNS SICHES, “Unicidad en el método de interpretación del derecho”, en *Estudios jurídicos-sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 1960, t. I, pp. 213-226, y en la exposición de su propio pensamiento (*Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, 1963, cit., pp. 536-539) ni son esquematizados de la misma manera ni son presentados como “presupuestos”, sino más bien como “equivocaciones” con sus respectivas “rectificaciones”. Por otro lado, cabe señalar también que en la segunda edición de *Nueva Filosofía de la interpretación...* realizada en 1973, no obstante los copiosos añadidos introducidos por el autor respecto de la primera edición, se mantienen los tres presupuestos o aclaraciones originales. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 3^a ed., 1980, pp. 23-24, en la que se reproduce la segunda edición). Sobre el detalle de estos elementos de crítica por parte de Recaséns a la ciencia jurídica decimonónica tendremos oportunidad de volver en el siguiente capítulo.

⁹¹ Para Recaséns, aquí “[...] nos hallamos ante los problemas de la ontología y de la teoría del conocimiento de las obras humanas [...].” (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la Interpretación...*, 1956, cit., p. 134).

⁹² L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 539. (Cursivas en el texto). Estas dos tesis se habían presentado y desarrollado antes como justificación del *logos* de lo razonable como el único método de interpretación jurídica. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Unicidad en el método de interpretación...”, pp. 226-238).

Cabe todavía aquí ocuparnos de una cuestión preliminar más. ¿El propósito de Recaséns es desarrollar sólo una “Filosofía de la interpretación del derecho”⁹³? ¿O quizá algo más amplio, propiamente hablando, una “Filosofía de la política legislativa y judicial”⁹⁴?

Nuestro autor advierte, desde el primer planteamiento en rigor de este tema, que se trata del estudio a nivel filosófico de un “*logos* o lógica de lo razonable” común al abordaje de todos los problemas prácticos humanos, tanto en sus dimensiones institucionales o autoritativas (legislativos y jurisprudenciales), como no institucionales⁹⁵. Pero parece que prefiere desarrollar prioritariamente la dimensión jurisdiccional de la interpretación jurídica por considerarla “prototipo” de toda interpretación del derecho⁹⁶, y asumiendo quizá que dicho estudio se puede aplicar análogamente a las otras dimensiones jurídicas en tanto que prácticas o relativas a la dirección de la acción⁹⁷. En ese sentido, la formulación del nombre de este tema de la Filosofía del derecho que hace en 1963 en *Panorama del pensamiento jurídico...*, si bien no se puede catalogar como definitiva, parece ser la más precisa: “Filosofía de la lógica

⁹³ La llama así, por ejemplo, en *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., p. 28; o *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 539.

⁹⁴ De manera semejante la llama Recaséns, por ejemplo, en “Situación presente y proyección de futuro...”, cit., p. 145; *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 16; o *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 251. En L. RECASÉNS SICHES, “Esquema de Filosofía del derecho”, en *Actas del Segundo congreso extraordinario interamericano de Filosofía*, San José, Imprenta Nacional, 1962, p. 323, por ejemplo, combinará explícitamente la idea de la Interpretación del derecho con la de “creación” del derecho, para luego llamarla: “filosofía de la política legislativa y de la política judicial”. (Cfr. Ibídem, p. 331).

⁹⁵ Así se desprende de los desarrollos que hace desde “Situación presente y proyección de futuro...”, cit., pp. 144 ss., en los que muestra la continuidad entre la labor valorativa del legislador (normas generales) y la del juez (normas singulares). A su modo de ver: “[...] el campo del *logos* de lo razonable tiene una extensión dentro de lo jurídico considerablemente más amplia que el área de la interpretación. Y aún tiene una extensión inmensamente más grande que la de la zona de lo jurídico, pues cubre todas las manifestaciones de la vida humana. Ahora bien, aquí me he limitado a iniciar la investigación acerca del *logos* de lo razonable o de lo humano, tan sólo en el aspecto de su proyección sobre el campo del Derecho”. (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., p. 180).

⁹⁶ Para Recaséns: “[...] toda interpretación debe apuntar a la formulación de una norma individualizada respecto de un cierto complejo de hechos [...]”, por lo que la “[...] interpretación propiamente dicha es siempre la jurisdiccional [...].” (L. RECASÉNS SICHES, voz “Interpretación del derecho”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1978, t. XVI, p. 545).

⁹⁷ Ello sin perjuicio de que, efectivamente, “[...] legislador y juez no parece que deban someterse a idénticas exigencias cuando argumentan sus decisiones por cuanto en cada contexto de argumentación parece que deben regir *diferentes reglas de juego* [...].” (G. MARCILLA CÓRDOBA, “Argumentación legislativa y teoría estándar de la argumentación jurídica”, en M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 506. Cursivas en el texto).

de lo razonable para la interpretación del Derecho”⁹⁸. Finalmente, en 1971, desarrolla un esbozo de un estudio más amplio del *logos* de lo razonable que aborde su aplicación a la vida humana toda —una suerte de crítica de “la razón de los asuntos humanos”⁹⁹ o de la “razón de lo razonable”¹⁰⁰ o quizá “una teoría general de la razón práctica propiamente dicha”¹⁰¹— y ya sobre fundamentos parcialmente distintos, como tendremos oportunidad de ver en la Segunda Parte de esta investigación¹⁰².

⁹⁸ L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 539.

⁹⁹ L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 7-10 y 329-335.

¹⁰⁰ Como prefiere llamarla J. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la determinación del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 1166.

¹⁰¹ J.M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., p. 41.

¹⁰² Cfr., especialmente: Cap. III.B y C; Cap. IV.B.2.

CAPÍTULO II: EL *LOGOS* DE LO RAZONABLE COMO NUEVO PARADIGMA DE ABORDAJE DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

En este capítulo desarrollaremos —sobre todo descriptivamente y con pretensión de sistematización— el contenido de la Filosofía de la interpretación del derecho de Recaséns. Para ello hemos escogido, como guía de los subcapítulos a tratar, las dos tesis con las que el autor mismo intenta sintetizar la materia en su auto exposición¹⁰³, aun cuando no restringiremos el contenido a lo desarrollado por Recaséns en dicho trabajo. En ese sentido, cabe reconocer que procederemos con cierta libertad en virtud de que el maestro español quedó muy lejos de haber ofrecido una sola sistematización —tampoco una preponderante— de este tema de su Filosofía jurídica¹⁰⁴.

A. La tesis ontológica-gnoseológica¹⁰⁵

1. La naturaleza de los problemas jurídicos

Como han destacado Becerra Bazal¹⁰⁶ o Cabra Apalategui¹⁰⁷, Recaséns hilvana su propuesta, como en su momento lo hizo Kant¹⁰⁸, a partir de la constatación de un hecho

¹⁰³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., pp. 539-547.

¹⁰⁴ Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 221. Para una exposición descriptiva de este tema desde una sistemática distinta, se puede consultar: Ibídem, pp. 213-249.

¹⁰⁵ En términos de Recaséns, recordemos, es aquella que sostiene que: “[...] Los contenidos de las normas del Derecho positivo no pueden, no deben ser tratados empleando la lógica pura, la lógica tradicional, la lógica matemática, la lógica de lo racional. El reino de la vida humana, al que pertenece el Derecho positivo, posee otra lógica, que es tan lógica como la de lo racional o pura, pero diferente de ésta, a saber: la *lógica de lo razonable*”. (L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 539).

¹⁰⁶ Cfr. A. BECERRA BAZAL, *Dos facetas de la Filosofía del derecho de Recaséns Siches*, Madrid, Editor, 1990, pp. 36 ss.

¹⁰⁷ Cfr. J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., p. 42.

¹⁰⁸ Recaséns tomó distancia siempre del kantismo o neokantismo, sin embargo reconoció su influencia en más de una ocasión. Dice expresamente de sí mismo: “Aunque Recaséns-Siches aprendió mucho de esos maestros [se refiere en particular a Del Vecchio, Stammler y Kelsen], desde el primer momento se dio cuenta de que el neo-kantismo, a pesar de sus formidables contribuciones a la Filosofía del Derecho del siglo XX, representaba una dirección ya pasada, que urgentemente debía ser superada [...]” (L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento...*, t. I, cit., p. 489); y en su última gran obra publicada reafirmaba: “El autor de este libro no es kantiano ni neokantiano; pero como cualquier filósofo, por modesto que éste sea, sabe que, aun considerando el kantismo como una filosofía del pretérito, de ella hemos aprendido algunos planteamientos y algunas verdades que hasta hoy sobreviven incólumes, a pesar de que la obra de Kant haya sido superada [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 326. Cfr. también, L. RECASÉNS SICHES, “Logos de lo humano, experiencia jurídica y derecho”, *Anuario de*

o *factum*, el “[...] de los asuntos humanos (políticos, jurídicos, económicos) que constituyen el objeto de deliberación, de discusión, de argumentación [...]”. Estos asuntos o problemas exigen una solución, que lejos de situarse entre lo absolutamente bueno o malo, o entre la verdad y la falsedad, más bien merece calificativos del tipo: “más justa”, “más adecuada”, “más eficaz” o “más sensata”. Recaséns destaca al respecto el hecho de que en el lenguaje “[...] y, por lo tanto, también en la conducta y en el pensamiento humanos [...]”, se usan tales expresiones, las que se reputan llenas de un sentido estimable y justificado¹⁰⁹.

Para el profesor español, se trataría de la experiencia de los problemas humanos o prácticos, en particular, de los jurídicos, lo que podríamos llamar “experiencia jurídica”¹¹⁰; una experiencia que trasciende la dimensión meramente empírica¹¹¹, alcanzando aspectos verdaderamente metafísicos¹¹²: en concreto, la experiencia de la justicia y de la injusticia, de diversos datos de la vida humana¹¹³ y, en especial, el de la

Filosofía del derecho, 11, 1964-1965, p. 11). Sobre la naturaleza de esta influencia, concretamente en el fundamento de la axiología de Recaséns y, a partir de ello, en su propuesta del *logos* de lo razonable, tendremos oportunidad de regresar en la Segunda Parte. (Cfr. Cap. III.B.3 y Cap. IV.B).

¹⁰⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “La lógica de los problemas humanos”, *Diánoia*, 10, 1964, p. 28.

¹¹⁰ Llama la atención que Recaséns, no obstante reconocer la importancia jurídica de una serie de problemas estrictamente morales, los aparte expresamente de la experiencia jurídica de la que piensa ocuparse. Lo dice así: “[...] del conjunto de los hechos en los que hallamos como dato la existencia de disputas, deliberaciones y argumentaciones, quiero excluir expresamente las cuestiones pertenecientes a la moral en sentido estricto, aquellas que se refieren al último destino del hombre, a los valores básicos que originan normas —sobre todo las prohibitivas, pero también las inspiradoras de la misión positiva de cada quién— con validez necesaria e irrefragable. Excluyo el bien moral, en la más rigorosa y estricta acepción de esta palabra, el criterio para distinguir entre lo auténticamente bueno y lo indiscutiblemente malo; dejo aparte también la teoría de la virtud, en términos generales; la jerarquía de los valores éticos, y, consiguientemente, de los bienes morales entre sí, y de ellos con los valores de otras clases. Desde luego que, con toda probabilidad, es más, con muchísima verosimilitud, hay sin duda el problema de la conexión entre la moral *sensu stricto* y todas las otras cuestiones de conducta humana práctica a las que he aludido antes; y que este problema debe ser afrontado, planteado con todo rigor y tratado con máximo cuidado. Pero ese problema, que es de dimensiones mayúsculas, y cuyo tratamiento requiere un afilado bisturí para el análisis, no es el tema del presente libro; y, por eso, expresamente lo hago a un lado”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 326). ¿Resulta esto compatible con la idea de Cabra Apalategui, siguiendo a Valdecantos, acerca de que “[...] La naturaleza estimativa del logos de lo razonable reside en que su categoría fundamental no es la moral, sino aquella otra, mucho menos precisa, de la relevancia [...]”? (J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., p. 45). Sobre este pasaje de Recaséns y su interpretación en orden a la comprensión del *logos* de lo razonable, volveremos en los siguientes capítulos. (Cfr. Balance de Segunda Parte y Cap. VI.B.2).

¹¹¹ Así lo constata, por ejemplo, A. E. PÉREZ LUÑO, “Concepto de derecho y experiencia jurídica”, en F. E. RODRÍGUEZ GARCÍA (Coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, 1980, cit., pp. 728 ss.

¹¹² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 30 y 345.

¹¹³ Cfr. Ibídem, pp. 143-191; e *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 53-80.

naturaleza humana¹¹⁴. Esta experiencia no consiste en la elaboración de objetos a través de la mente del sujeto pensante, sino en el conocimiento de objetos “dados” a nuestra conciencia, verdaderamente “pre-existentes” a la interpretación que hace la inteligencia del sujeto¹¹⁵.

Para Recaséns la experiencia jurídica se situaría en la complejidad del reino de la vida humana¹¹⁶, de los hechos humanos, los que —a diferencia de los hechos de la naturaleza empírica o meramente física— poseen significación y se relacionan con valoraciones¹¹⁷. Este reino de la vida humana tanto en su forma individual (conductas humanas), como en el de sus instituciones (obras humanas), es el reino de la acción libre del hombre¹¹⁸. El ser humano, que “[...] no es naturaleza, *tiene* naturaleza, naturaleza biológica y naturaleza psicológica; y, además vive, *en la* naturaleza de su contorno y *con* ella [...]”¹¹⁹. En ese sentido, no obstante sus limitaciones y condicionantes, la vida humana es “tarea”, es un “hacerse a sí misma” a través de un sinnúmero de posibilidades¹²⁰. A su juicio, cada ser humano “es libre albedrío”, frase con la que “[...] se expresa vigorosamente la situación o inserción del hombre en su circunstancia, en su contorno, es decir, en su mundo, o, dicho con otras palabras, su situación ontológica en el universo [...]”¹²¹.

Para el profesor español, el hombre experimenta necesidades y urgencias que le plantean soluciones que debe darse a sí mismo, la mayoría de las veces, con la ayuda de los demás. Se trata de soluciones que debe imaginar, proyectando el fin de la acción y,

¹¹⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 27, 198-205 y 308-324. Sobre estos aspectos determinantes para la propuesta recaseniana, regresaremos con detalle en la Segunda Parte de nuestra investigación. (Cfr. Cap. III.A.2, B.3 y C.; y Cap. IV.B.

¹¹⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “La experiencia jurídica”, *Diánoia*, 11, 1965, p. 20.

¹¹⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., pp. 130-131.

¹¹⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 254; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 282.

¹¹⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., pp. 130-131.

¹¹⁹ L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 523-524. (Cursivas en el texto).

¹²⁰ Cfr. Ibídem, p. 525. Cfr. también: L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de sociología*, cit., pp. 115 ss.

¹²¹ L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 525. Cfr. también: *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 72 ss.

en base al mismo, los medios adecuados para alcanzarlo; sólo entonces el ser humano verdaderamente pone los medios en práctica¹²².

Recaséns tiene claro que la experiencia jurídica versa sobre los problemas prácticos fruto del ejercicio concreto de la libertad en sociedad, sobre conflictos de intereses entre diversas personas y grupos. Se trata de problemas que ocurren, además, en una circunstancia histórica particular, donde operan diversos factores como: a) la adhesión social a arraigadas reglas colectivas de conducta; b) la existencia de aspiraciones e ideales diversos; c) la influencia de algunos esquemas racionales del tipo medio-fines, matizados por factores no racionales o emotivos; y d) no sólo el problema de la jerarquía de los valores en sí mismos, sino también en cuanto a su más correcta realización en la vida humana¹²³. A su modo de ver, la experiencia jurídica, en tanto experiencia de la acción social humana, revela cierto modo de ser, que implica:

“[...] A) Que el hombre opera siempre en un mundo concreto, en una circunstancia real, limitada, y caracterizada por rasgos particulares. B) Que ese mundo concreto es limitado, es decir, que ofrece algunas posibilidades, pero carece de otras, y que al mismo tiempo opone a veces dificultades. C) Que en la búsqueda imaginativa de lo que es posible producir en ese mundo limitado y concreto para resolver el problema de una penuria o necesidad sentida como atosigante, o para solucionar conflictos interhumanos, intervienen múltiples valoraciones: 1) sobre la *adecuación del fin* para satisfacer la necesidad en cuestión; 2) sobre la *justificación de ese fin*, desde puntos de vista estimativos o axiológicos: morales, de justicia, de decencia, utilitarios, etc.; 3) sobre la *corrección ética de los medios*; y 4) sobre la *eficacia de los medios*; D) Que en todas las operaciones para establecer el fin y para encontrar los medios, los hombres se guían no solamente por las luces de sus mentes personales, sino también por los aleccionamientos derivados de sus propias experiencias y de las experiencias ajenas, presentes e históricas”¹²⁴.

¹²² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 534; y “Unicidad en el método de interpretación...”, cit., p. 233.

¹²³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 283. Con más extensión en *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 527-529.

¹²⁴ Ibídem, p. 534. (Cursivas en el texto). De manera semejante, por ejemplo, en *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 257 o, anteriormente, en L. RECASÉNS SICHES, “The Logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational (Human Reason in the Making and the Interpretation of the Law”, (Reprinted) *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, 1962 p. 214 o, antes aun, en “Unicidad en el método de interpretación...”, cit., p. 257. Para Magallón Ibarra: “[...] Seguramente cuando hayamos descubierto esos caracteres esenciales de lo humano y hayamos establecido las categorías en las que lo humano se da, nos hallaremos ya en el camino para explorar una nueva parte de la lógica, la *lógica de lo humano* [...]”. (J. M. MAGALLÓN IBARRA, “Luis Recaséns Siches. La lógica de lo humano”, en F. SERRANO MIGALLÓN (Coord.), *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 298. Cursivas en el texto).

Para Recaséns esta experiencia de los problemas —que se dan en la vida humana y que asume con matices propios los hallazgos de la “razón vital e histórica” de Ortega y Gasset¹²⁵— engendra la producción del derecho en todos sus niveles: desde los generales (como la ley), hasta los individualizados (como las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas)¹²⁶, pues el “[...] análisis [...] ofrecido de la acción humana se aplica a la acción jurídica, tanto a la productora de normas (legislativa, administrativa o judicial) como a la cumplidora de las normas [...]”¹²⁷.

Ello es así porque lo propio de la vida humana está presente no sólo en las conductas humanas “vivas”, sino que también lo está en las obras humanas y en “[...] los resultados objetivados de la acción de los hombres (objetos culturales)”¹²⁸. A su juicio, importa destacar que “[...] la norma jurídica es vida humana objetivada, porque siendo así resultará claro que, para comprenderla cabalmente, deberemos analizarla desde el punto de vista de la índole y de la estructura de la vida humana [...]”¹²⁹.

¹²⁵ Nos dice Recaséns: “La vida humana se va haciendo a sí propia al hilo de la razón vital y de la razón histórica. Llámase *razón vital al conocimiento* que el hombre tiene [...] de lo que ha vivido, y las consecuencias prácticas que saca de ese conocimiento. Con otras palabras: la *razón vital* es el conjunto de sus experiencias, empleando aquí la palabra experiencia en el sentido que tiene en el lenguaje habitual y corriente, es decir, como conocimiento de lo vivido y como suma de aleccionamientos y enseñanzas que de ello derivan [...]. Luego añade: “Pero sobre el hombre influye no sólo lo que él ha sido, sino también lo que fueron las demás gentes que le precedieron y lo que están siendo sus coetáneos [...] esas experiencias se convierten en formas colectivas de comportamiento. La acumulación de esas experiencias humanas socializadas y de las lecciones condicionantes del comportamiento futuro, que de ellasemanan, es lo que se llama *razón histórico*”. (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 141-142. Cursivas en el texto). Cfr. también: J. ORTEGA Y GASSET, “La historia como sistema”, en *Obras completas*, Madrid, Revista de Occidente, t. VI, 6^a ed., 1964, pp. 23 ss. Para Ortega: “*El tema de nuestro tiempo* consiste en someter la razón a la vitalidad, localizarla dentro de lo biológico, supeditarla a lo espontáneo [...]. *La razón pura tiene que ceder su imperio a la razón vital*”. (J. ORTEGA Y GASSET, *El tema de nuestro tiempo*, en *Obras completas*, Madrid, Revista de Occidente, t. III, 6^a ed., 1966, p. 178. Cursivas en el texto). Sobre la influencia decisiva orteguiana en la concepción recaseniana de la vida humana y del *logos* de lo razonable volveremos en la Segunda Parte. (Cfr. Cap. III.A y C).

¹²⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “La experiencia jurídica”, cit., p. 35.

¹²⁷ L. RECASÉNS SICHES, “Unidad en el método de interpretación...”, cit., p. 234.

¹²⁸ L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 524.

¹²⁹ L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., p. 132.

Específicamente sobre la naturaleza de la experiencia jurídica recaseniana y de los valores como elementos esenciales con los que el *logos* de lo razonable opera en el derecho, tendremos ocasión de profundizar en la Segunda Parte¹³⁰.

2. Las limitaciones de la lógica de lo racional para la creación, interpretación y aplicación del derecho

Como ha señalado Cabra Apalategui¹³¹, las primeras teorías de la argumentación jurídica —entre las que puede contarse la Filosofía de la interpretación jurídica de Recaséns— casi se definen como oposición a una concepción del derecho y, en particular, de la actividad jurisdiccional que predominó en el siglo XIX e inicios del XX, y que se puede denominar gruesamente “formalismo”¹³².

Recaséns no pretende atacar ni a un autor ni a una determinada doctrina en particular, sino más bien criticar una serie de supuestos asumidos sin discusión y compartidos por casi todos los juristas tanto teóricos como prácticos de dicha época,

¹³⁰ Cfr., en particular: Cap. III.B y C; Cap. IV y Balance de la Segunda Parte.

¹³¹ Cfr. J. M. CABRA APALATEGUI, “Antiformalismo y argumentación jurídica”, cit., p. 69.

¹³² José Manuel Cabra, siguiendo a Stone, menciona siete modos de formalismo o de “ser acusado de formalista”. A su juicio, si bien son lógicamente independientes, estos modos guardarían “cierto parecido de familia”. De los mencionados nos inclinamos a pensar que son cinco los que ataca de alguna manera Recaséns: “[...] (ii) intentar obtener información acerca del derecho, ya sea con fines teóricos o prácticos, a partir de su “forma”, sin atender a su contenido específico, producto de una determinada situación histórica, social o antropológica; (iii) adherirse a las reglas jurídicas sin considerar los principios morales o políticos en que ésta se fundamenta, o el rechazo a que los jueces puedan añadir excepciones a la regla en función de dichos principios a los que la regla sirve; (iv) defender que hay casos en los que la aplicación del derecho no requiere una actividad interpretativa o que, al menos, la resolución de dichos casos no remite a principios políticos o morales; (v) sostener que, de uno u otro modo, el derecho es un sistema completo y coherente, que proporciona una solución para cada caso que se la plantea, lo que supondría que los jueces se mantienen siempre dentro de los límites del derecho y no crean derecho cuando toman sus decisiones; (vi) defender que la validez de las normas jurídicas no depende del contenido de éstas, o que el derecho puede ser identificado recurriendo a fuentes distintas de la moral o la política [...]”. (Ibídем, pp. 69-70). Para una clasificación en parte distinta del formalismo jurídico, apoyada en el análisis realizado por Bobbio, Cfr. F. LLANO ALONSO, *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del derecho. Un estudio iusfilosófico en clave comparativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 35-48. Para una síntesis sobre el estado de la cuestión del enfrentamiento entre formalismo y antiformalismo respecto de la interpretación jurisprudencial, Cfr. M. ELÓSEGUI ITXASO, “La imparcialidad del juez. Hume y las actuales teorías argumentativas de la interpretación jurídica”, en J. BALLESTEROS, M. E. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ y A. L. MARTÍNEZ PUJALTE (Coords.), *Justicia, solidaridad, paz. Estudios en homenaje al profesor José María Rojo Sanz*, Valencia, Departamento de Filosofía del derecho, moral y política de la Universitat de València, 1995, p. 92. Cabe destacar que si bien Recaséns puede ser considerado hostil a varios modelos formalistas, podría ser considerado al mismo tiempo como “formalista” en un sentido diverso. Sobre ello tendremos oportunidad de regresar en el Balance de la Segunda Parte.

tanto en Europa e Hispanoamérica como en el mundo anglosajón¹³³. Si bien nuestro autor no usa el término —por lo menos, no uniformemente— para efectos de este trabajo llamaremos “formalismo” a este modo de aproximarse al derecho¹³⁴. Coinciendo con otros precursores de las actuales teorías de la argumentación jurídica como Perelman¹³⁵ o Viehweg¹³⁶, Recaséns afirma:

“Los responsables de esos grandes errores fueron muchos factores [...]. Pero, principalmente, la invasión del campo jurídico por el espíritu cartesiano, es decir, por el espíritu matemático-geométrico, por el afán de exactitud. Adviértase que en esa acusación contra tal espíritu, no va aneja [...] una menor estima a la obra genial del fundador de la filosofía moderna. Es algo diferente: se combate el indebido trasplante de una especie de imperialismo matemático al ámbito de los problemas humanos prácticos [...]. La influencia de este tipo de espíritu, que apunta a la exactitud y al deductivismo de índole matemática, hizo suponer, gratuita e infundadamente, que los problemas jurídicos pueden ser despachados mediante métodos de lógica tradicional [...]”¹³⁷.

No obstante lo señalado, el profesor español se anima a culpar con nombre propio a algunas de dichas aproximaciones al derecho. Menciona explícitamente a la Escuela Francesa de la Exégesis, a la Pandectística alemana, a la Jurisprudencia de conceptos, al Formalismo neokantiano “sacado de su quicio”, al Positivismo sociológico

¹³³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 190.

¹³⁴ Para el uso que daba Recaséns al término “Formalismo jurídico”, Cfr. L. RECASÉNS SICHES, voz “Formalismo jurídico”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1977, t. XII, pp. 463-481. Gil Cremades, no obstante insistir en que el enemigo común a los movimientos críticos con el silogismo jurídico y el deductivismo sería el “complejo cuerpo cultural constituido por el llamado positivismo jurídico”, también llama “formalismo” al antagonista del intento superador recaseniano. (Cfr. J. J. GIL CREMADA, “La motivación de las decisiones jurídicas”, en F. E. RODRÍGUEZ GARCÍA (Coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, 1980, cit., p. 415). En un sentido semejante: M. J. FALCÓN Y TELLA, “La interpretación lógica y sistemática de la ley”, en A. LÓPEZ MORENO (Coord.), *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del derecho*, Madrid, Colex, 1999, pp. 74-81.

¹³⁵ Para el filósofo polaco: “La publicación de un tratado dedicado a la argumentación y vinculación a una antigua tradición, la de la retórica y la dialéctica griegas, constituyen *una ruptura con la concepción de la razón y del razonamiento que tuvo su origen en Descartes* y que ha marcado con su sello la filosofía occidental de los tres últimos siglos”. (C. PERELMAN y L. OLBRUCHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Trad. J. Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1^a ed., 3^a reimp., 2006, p. 30. Cursivas en el texto).

¹³⁶ A su juicio: “La teoría racional del derecho [...] trató de dar una solución fácil al problema recurrente de la naturaleza del sistema jurídico. Eligió como modelo la estructura deductiva de la matemática y confiaba, así, poder proporcionar un sistema completo de demostraciones con la ayuda de unos pocos conceptos básicos irrefutables. Por consiguiente, el razonamiento jurídico significaba pensar en términos de un sistema deductivo del derecho y solucionar los casos mediante la clasificación sistemática correspondiente. Sin embargo, la comprensión histórica y el cambiante mundo social del siglo XIX arrojaron dudas sobre la supuesta irrefutabilidad y fertilidad de los axiomas jurídicos. Se reconoció el carácter polifacético del derecho [...]”. (T. VIEHWEG, “Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico”, en *Tópica y Filosofía del derecho*, Trad. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2^a ed., 1997, p. 124).

¹³⁷ L. RECASÉNS SICHES, “Nueva Filosofía de la técnica jurídica”, cit., p. 257.

francés, al Positivismo lógico neokantiano y al Realismo psicológico escandinavo; sin descuidar sus antecedentes en las grandes codificaciones y compilaciones, en Montesquieu, Rousseau y el Iusnaturalismo racionalista o moderno¹³⁸.

El formalismo se caracteriza por el uso jurídico práctico —preponderante o exclusivo— de lo que Recaséns llama, sin mayores distinciones: lógica de lo racional, formal, de la razón pura, de la inferencia, deductiva, matemática, físico-matemática, sistemática o tradicional¹³⁹. Se trata de una crítica no completamente novedosa, y que tenía ya antecedentes en autores sobradamente conocidos por el profesor español y tan diversos como Holmes¹⁴⁰, Gény¹⁴¹ o Heck¹⁴².

Antes de pasar revista a las limitaciones concretas que Recaséns señala respecto de la lógica de lo racional o formal en el ámbito de la creación, interpretación y aplicación del derecho, debe destacarse una afirmación fundamental acerca de lo que considera un error mayúsculo en la Ciencia jurídica decimonónica y que —a su modo de ver, y sin un esclarecimiento suficiente de la idea— contendría o, por lo menos, sería el punto de partida de todos los demás errores cometidos por el formalismo. En sus términos consistiría en “[...] suponer que las normas del Derecho positivo constituyen pretensiones de verdad, las cuales, por lo tanto, deben ser tratadas mediante métodos

¹³⁸ Cfr. Ibídem, cit., pp. 257-258; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 188-210. Para una breve revisión histórica sumamente crítica con muchas de las posturas de las que se ocupa también Recaséns, Cfr. J. DUALDE, *Una Revolución en la Lógica del derecho*, Barcelona, Bosch, 1933. Legaz critica también los excesos de dichas aproximaciones, en particular, los de la jurisprudencia de conceptos. (Cfr. L. LEGAZ Y LACAMBRA, “La lógica como posibilidad del pensamiento jurídico”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 5, 1957, pp. 58 ss.) Las tres concepciones que señala Bobbio son: el iusnaturalismo moderno, la jurisprudencia de conceptos —donde confluiría el movimiento pandectista— y, finalmente, el formalismo neo-kantiano. (Cfr. N. BOBBIO, *Derecho y lógica*, Trad. A. Rossi, México, UNAM, 1^a ed., 1^a reimp., 2009, pp. 9-10).

¹³⁹ Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 236, y la bibliografía de Recaséns allí citada. Advierte Puy, con acierto, que Recaséns llama a la lógica formal “tradicional” “[...] sin duda desenfocado por un ángulo de visión jurídico: entendiendo, o mejor sobreentendiendo, que la lógica formal es la lógica tradicional *del derecho o de los juristas* [...]”. (F. Puy Muñoz, “El problema de la lógica jurídica”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 10, 1963, p. 65. Cursivas en el texto). Nosotros, utilizaremos aquí para referirnos a ella, preferentemente, los términos “de lo racional” o “formal”.

¹⁴⁰ Cfr. O. W. HOLMES, *La senda del derecho*, Trad. J. Solar Cayón, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 68 ss.

¹⁴¹ Cfr. F. GÉNY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Granada, Comares, 2000, pp. 50-51.

¹⁴² P. HECK, *El problema de la creación del derecho*, Trad. M. Entenza, Granada, Comares, 1999, pp. 35 ss.

de lógica pura [...]”¹⁴³. En ese sentido, ni las normas jurídicas positivas, ni los programas de derecho ideal podrían ser consideradas proposiciones lógicas asertivas¹⁴⁴. El derecho, en cuanto realidad —como vimos—, sería más bien un arte práctico, un “utensilio” circunstancial y contingente para realizar ciertos fines o efectos sociales valiosos, por lo que de él no se podría predicar la verdad o falsedad como si fuera un ensayo de conocimiento teórico o ciencia exacta¹⁴⁵.

Nos preguntamos si Recaséns, al hacer depender de este supuesto error primario¹⁴⁶ —pretendidamente: un error de tipo lógico— todos los desaciertos del

¹⁴³ L. RECASÉNS SICHES, “Unicidad en el método de interpretación...”, cit., p. 213. Cabe señalar que en una versión sintética que hace posteriormente de ese mismo punto, Recaséns omite la idea de que las cuatro equivocaciones de las que originalmente habla sean en realidad sólo aspectos del mismo error: el de suponer que las normas de derecho positivo constituyen pretensiones de verdad operables mediante la lógica pura. (Cfr. *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 536). Pero creemos que no debe interpretarse ello como un retroceso definitivo. Esas cuatro críticas se reformulan luego en cinco (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “The Material Logic of the Law: a New Philosophy of Juridical Interpretation”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 41, 1965, p. 276) y luego en diez, sosteniendo —aunque ahora menos enfáticamente— la tesis original de que se trata en realidad de diez aspectos de un único error. (Cfr. “Nueva Filosofía de la técnica jurídica”, cit., p. 258). Finalmente, en la formulación más sintética y matizada de las diez críticas —aunque en realidad terminan siendo más— en *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 251, destaca la tesis del único error de tal manera que aparece en un apartado distinto y previo al que consigna las críticas propiamente dichas a la lógica formal aplicada a la práctica jurídica, lo mismo que en *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 499-501.

¹⁴⁴ Señala nuestro autor: “El Derecho, es decir, la norma jurídica positiva o el artículo de un programa ideal, no es una ciencia. No lo es, porque los contenidos de las normas del Derecho no son cognitivos de fenómenos, ni de conexiones lógicas, ni de ideas puras; antes bien, son normativos o imperativos [...].” (Ibíd, pp. 499).

¹⁴⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Unicidad en el método de interpretación...”, cit., pp. 213 y 231; “Nueva Filosofía de la técnica jurídica”, cit., pp. 259-260; *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 251; *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 418-419 y 517-518; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 277. Para Cabra Apalategui, se trataría de una versión del “dilema de Jørgensen”, respecto del que deja señalado: “[...] La posibilidad de realizar inferencias lógicas entre normas y, por tanto, no susceptibles de verdad o falsedad, no ha tenido hasta el momento una respuesta definitiva por los cultivadores de la lógica y menos aún por los teóricos de la argumentación [...].” (J. M. CABRA APALATEGUI, “Antiformalismo y argumentación jurídica”, cit., pp. 73 y 80).

¹⁴⁶ Para Kalinowski, por ejemplo, “[...] Aun si se admite que los imperativos no son verdaderos ni falsos (lo que admitimos, pero distinguiendo entre los imperativos propiamente dichos y las normas, las que a nuestro parecer son verdaderas o falsas), ¿no es lo más simple, para ponerse de acuerdo con los hechos, modificar las nociones de valor lógico, de proposición lógica y de lógica para poder inferir un imperativo a partir de otro (lo que todo el mundo hace, pero que ciertos lógicos no quieren admitir), en lugar de ensayar rodeos que en realidad sólo logran extraviarnos? [...]” (G. KALINOWSKI, *Introducción a la lógica jurídica*, Trad. J. A. Casaubón, Buenos Aires, EUDEBA, 1973, p. 75). Desde una tradición de pensamiento distinta, Bobbio coincidía básicamente con esta idea. (Cfr. N. BOBBIO, *Derecho y lógica*, cit., pp. 34-35). Para un enfoque más bien crítico con Kalinowski, por ejemplo, Cfr. R. HERNÁNDEZ MARÍN, “Sobre la concepción lógica en el derecho”, *Isonomía*, 18, 2003, p. 90. El profesor franco-polaco sostenía además la tesis positiva respecto del conocimiento práctico del derecho, con la que nosotros coincidimos: “[...] la moral —y con ella el derecho— son [...] realmente conocimiento, conocimiento específico desde luego en el sentido de conocimiento del bien y del mal pero, sin embargo, conocimiento intelectual que, en consecuencia, cae bajo las categorías de lo verdadero y de lo falso”. (G. KALINOWSKI, *El problema de la verdad en la moral y*

formalismo preponderante a mediados del siglo XIX e inicios del XX, termina por confundir el objeto real de su crítica. Así, enfila sus ataques —como han sugerido desde ángulos tan diversos Puy Muñoz¹⁴⁷, Legaz y Lacambra¹⁴⁸, García Amado¹⁴⁹ o Pérez Luño¹⁵⁰— no contra su verdadero enemigo: el formalismo —independientemente de que su caracterización tenga por momentos más de caricatura que de retrato real—, sino contra la lógica de lo racional o formal en sí misma, como si fuera la responsable de todos los desaciertos que critica.

Esta interpretación puede ser la correcta si además tomamos en cuenta que Recaséns opta por entender casi como sinónimos los términos “lógica”, “logos”, “razón” y “razonamiento”¹⁵¹; y prefiere el uso amplio que del término “lógica” hace Toulmin,

en el derecho, cit., p. 176). Sobre la posibilidad del conocimiento práctico y su relevancia en orden a comprender la propuesta de Recaséns volveremos en el Balance de la Primera Parte.

¹⁴⁷ Para Puy: “[...] los negadores o contradictores parciales de la actual Lógica jurídica [...], podían ser reconducidos en sus argumentaciones a planteamientos, que no eran propiamente negaciones de la viabilidad de la misma, cuanto más bien tomas de posición sobre puntos conexos [...]. Es más [...] tales impugnaciones lo que contienen es *limitaciones* a algunas formulaciones extremas. Y desde este punto de vista no es lícito rechazar, sin más, como anticuadas o reaccionarias tales razones; antes, al contrario, es muy conveniente tomarlas en cuenta con el fin de delimitar debidamente el objeto y misión de esta rama de la filosofía jurídico-política [...].” (F. Puy Muñoz, “El problema de la lógica jurídica”, cit., p. 65. Cursivas en el texto).

¹⁴⁸ Para Legaz “[...] La verdadera antítesis no sería [...] la de lógica formal y lógica de la argumentación, sino la de razonamiento logicista-apodíctico y razonamiento retórico-razonable. El logicismo jurídico es un estilo de pensar y, sobre todo, de argumentar jurídicamente, en el que la lógica formal constituye el “modelo” al que debe ajustarse todo el razonamiento jurídico. La lógica no es sólo un proceso inseparable del razonar jurídico (o de cualquier otro) como garantía de su corrección, sino que se constituye en finalidad del mismo [...]. Pero esto no puede hacerlo sino en virtud de otros supuestos que no son lógicos sino filosóficos, ideológicos, o también, sociológicos, que facilitan y refuerzan la posición logicista [...].” (L. LEGAZ Y LACAMBRA, “Lógica formal y lógica razonable en la lógica jurídica”, en F. E. RODRÍGUEZ GARCÍA (Coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, 1980, cit., p. 568).

¹⁴⁹ García Amado destaca la confusión que se ha dado: “[...] entre lógica formal y formalismo metodológico. Las doctrinas metodológicas de la aplicación del derecho dominantes en el siglo XIX [...] mantenían posturas formalistas ingenuas [...]. Pero ese formalismo debía tal condición no tanto a la lógica, que por lo demás era, como máximo y en el mejor de los casos, una muy elemental silogística aristotélica, cuanto a una muy particular concepción del sistema jurídico, conforme a la cual éste era completo —sin lagunas—, coherente —sin antinomias— y claro —sin apenas dudas interpretativas o con vías seguras para hallar la interpretación verdadera para cualquier norma—. Eso, unido a una muy simplista e ingenua teoría acerca del conocimiento de los hechos, permitía creer que el juez podía en todo caso encontrar predeterminados y claros todos los elementos de su razonamiento [...]. Lo curioso del caso es que la crítica al formalismo metodológico del XIX erró el tiro y acabó ensañándose con quien menos culpa tenía, la lógica [...].” (J. A. GARCÍA AMADO, “La teoría de la argumentación jurídica...”, cit., pp. 1-3).

¹⁵⁰ Afirma: “[...] el temor que a RECASÉNS, en su etapa de madurez, le suscita cualquier recaída en logicismo o en el formalismo jurídico, le lleva a un error táctico, que es también un error substancial. La pretensión de erradicar de la decisión judicial cualquier atisbo de logicismo formalista le conduce a confundir los términos del problema [...].” (A. E. PÉREZ LUÑO, “¿Qué significa juzgar?”, *Doxa*, 32, 2009, p. 171).

¹⁵¹ Señala: “Posiblemente el mapa de la lógica no se divida en regiones separadas por fronteras, sino que entre las varias lógicas haya interferencias, superposiciones y combinaciones [...]. Cuando experimento

“[...] quien incluye dentro de la palabra lógica toda clase de razonamiento que suministra base suficiente para cualquier aserto, enunciativo, normativo, o de otra índole [...]”¹⁵². Es decir, bajo esta interpretación, para el profesor español criticar la lógica de lo racional o formal sería, en el fondo, criticar tanto a un tipo de razonamiento o manera de proceder de la razón respecto del derecho: el formalismo, como al instrumento privilegiado que le resultó característico: la lógica de lo racional o formal. En ese sentido, creemos que no acierta del todo Atienza al afirmar que para Recaséns, como para los otros precursores de las teorías de la argumentación jurídica, “la lógica formal es un obstáculo para entender la argumentación jurídica”¹⁵³; a nuestro modo de ver —más allá de la señalada confusión del lenguaje recaseniano— el verdadero obstáculo para Recaséns no es propiamente la lógica formal, sino el formalismo y su uso inadecuado de ésta o, si se prefiere, cierto “imperialismo” de la lógica formal¹⁵⁴.

En todo caso, por esta razón o por alguna otra que no alcanzamos a desentrañar, Recaséns entrelazará un tanto desordenadamente algunas críticas tanto al formalismo, como a su uso exclusivo o preponderante de la lógica de lo racional en la creación, interpretación y aplicación del derecho. Por nuestra parte, veremos de forma

que los métodos de la lógica formal tradicional son incapaces de darme la solución correcta de un problema jurídico, [...] frente a esos métodos no opongo un acto de arbitrariedad, un capricho, sino que opongo un *razonamiento* de un tipo diferente [...] que nos hace encontrar lo que buscamos, la solución correcta, la solución justa, es la *razón* aplicable al caso [...]. En cambio, la otra lógica, la físico-matemática, se muestra incapaz de dar la solución correcta [...]” (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 132-133. Cursivas en el texto). Cfr. también: “Unidad en el método de interpretación...”, pp. 228 y 232. Ya lo advertía B. DE CASTRO, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 232. Por nuestra parte, nos preguntamos hasta qué punto podrían ser aplicables a sí mismo las duras críticas que Recaséns le dirige al “panlogismo” —o uso indiscriminado del término “lógica”— de Bobbio en su citado trabajo *Derecho y lógica*. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 505-509).

¹⁵² Ibídem, p. 522. Cfr. S. TOULMIN, *Los usos de la argumentación*, Trad. M. Morrás y V. Pineda, Barcelona, Península, 2007, pp. 193 ss.; o S. TOULMIN, *El puesto de la razón en la Ética*, Trad. I. F. Ariza, Madrid, Revista de Occidente, 1964, pp. 86 ss.

¹⁵³ Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 263 y 267. Insiste en esta idea en M. ATIENZA, “Por qué no conocí antes a Vaz Ferreira”, en C. VAZ FERREIRA, *Lógica viva*, Lima, Palestra, 2016, p. 12. Lo pensó también C. I. MASSINI CORREAS, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pp. 229-230 y 244. Por su parte, Rodríguez Puerto, reconoce el rol que, para Recaséns, la lógica formal puede jugar en el razonamiento jurídico. (Cfr. M. RODRÍGUEZ PUERTO, *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*, Granada, Comares, 2011, p. 25).

¹⁵⁴ La expresión es del mismo Atienza. (Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica...*, cit., p. 186).

sintética¹⁵⁵, en primer lugar, las críticas que el profesor español hace a la lógica de lo racional o formal¹⁵⁶:

a) La lógica de lo racional no es el instrumento apto ni para el planteamiento ni para la solución de problemas prácticos como los políticos o jurídicos, por lo que no sirve ni al legislador ni al juez. Su uso preponderante resulta o perjudicial —lleva a resultados monstruosos o gravemente injustos— o inútil, salvo que se use para cuestiones marginales o adyacentes que, sin dejar de tener su importancia, no corresponden a la “enraña medular” de los problemas de conducta práctica.

b) Se trata de una lógica que sí puede ser de utilidad, por ejemplo, cuando se tiene que inferir consecuencias necesarias de las formas universales *a priori* como lo hace la Teoría fundamental del derecho¹⁵⁷ o para el razonamiento jurídico práctico

¹⁵⁵ Para una síntesis distinta, Cfr. B. DE CASTRO CID, *La filosofía jurídica...*, cit., pp. 239-241. Cabra Apalategui ha desgagado con prolijidad hasta cinco cuestiones que se confunden en la argumentación de Recaséns contra el empleo de la lógica de lo racional en el derecho. Además del dilema de Jørgensen, arriba aludido, señala: “[...] (ii) la obtención por vía deductiva de una solución para cada problema jurídico; (iii) que el establecimiento de las premisas del razonamiento no es una cuestión de tipo lógico; (iv) los resultados indeseables que en ocasiones pueden derivar de la aplicación de las normas positivas; y (v) el contenido de las normas jurídicas tampoco es una cuestión lógica”. (J. M. CABRA APALATEGUI, “Antiformalismo y argumentación jurídica”, cit., p. 72).

¹⁵⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 143, 642-644 y 663-664; “Nueva Filosofía de la técnica jurídica”, cit., p. 260; *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 195-204 y 252-253; *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 418-419, 501-509 y 517-520; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 163-177 y 278-280.

¹⁵⁷ Aunque aquí cabe señalar que Recaséns pasa de afirmar que: “La lógica tradicional, pura [...] es el instrumento adecuado para tratar con las ideas puras *a priori* —tales como los axiomas lógicos, las leyes del silogismo, los principios matemáticos, etc.— y para la aprehensión de los hechos de la naturaleza [...]” (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 642. Cursivas en el texto); a señalar que: “[...] la lógica jurídica de García Márquez —así como también de las de Von Wright, Becker, Kalinowski y Miró Quesada— no son aplicaciones de la lógica formal referente a lo enunciativo, antes bien pretenden constituir una lógica autónoma y especial de lo normativo. Esto [...] pone en evidencia que ni siquiera en el campo de las formas esenciales o necesarias, o *a priori*, se trata de habérselas con la lógica general de lo enunciativo que garantice la *verdad* y evite la *falsedad*. Incluso, dentro del ámbito de esas lógicas formales de lo jurídico, nos encontramos fuera del campo de la lógica general en el sentido clásico e incluso también en el sentido de las lógicas simbólicas de nuestro tiempo”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 504-505. Cursivas en el texto). Por otro lado, Recaséns matiza que esta aplicación de la lógica formal a las ideas *a priori* no debe confundirse con: “[...] otro enorme dislate: la aspiración de elaborar “conceptos esenciales”, “noción pura”, “ideas *a priori*” de las instituciones y normas jurídicas históricas, por ejemplo: la hipoteca, la cuenta corriente bancaria, el senado, el impuesto sobre la renta, etc. Esas instituciones jurídicas históricas no tienen una “esencia”; como tampoco tiene una “esencia” el modelo 200 de automóvil Ford. Con respecto a esas instituciones lo único que se puede hacer es observar la estructura y el funcionamiento que les dio el legislador, y describir esa estructura y ese funcionamiento [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, “Nueva Filosofía de la técnica jurídica”, cit., p. 261. Cursivas en el texto). A juicio de Capella: “[...] El motivo de usar “lógica” en vez de

cuando se trata de analizar la estructura de la inferencia correcta¹⁵⁸. Es útil para el jurista si se trata de explicar meras conexiones entre ideas, o entre causas y efectos; aplicar el principio de identidad y no contradicción; o cuantificar realidades físicas o matemáticas, por poner algunos ejemplos.

c) Ello es así porque la lógica formal no es adecuada para valorar los contenidos materiales de las normas jurídicas, las finalidades o los propósitos, ni para adecuar los medios a los fines. Es neutral en lo que atañe a los valores prácticos como los éticos, los jurídicos y los políticos. Tampoco es un método apto para la búsqueda de nuevos hechos o fenómenos de la naturaleza, y presentaría limitaciones incluso para el campo de la matemática, pues los fundamentos de la misma serían captados intuitivamente por lo que resultarían ser previos a toda inferencia.

d) Finalmente, la lógica de lo racional o formal no agota la totalidad del *logos* o de la Razón, sino que es sólo una provincia de la lógica¹⁵⁹; por lo que criticar su uso para resolver los problemas prácticos no implica proponer que los mismos queden librados a

otro término debe buscarse en el *logos* o racionalidad que se presupone encarnado en las regulaciones jurídicas o en los *valores* resultantes de la positividad del derecho". (J. R. CAPELLA, *El derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Barcelona, Ariel, 1968, p. 19, nota 5. Cursivas en el texto).

¹⁵⁸ Matiza Recaséns: "Claro que la lógica formal tradicional tiene también aplicación, aunque limitada, al tratamiento de otros aspectos parciales en los problemas jurídicos prácticos. Los mecanismos de la deducción, esto es, las leyes de la inferencia, serán las mismas en todos los casos, lo mismo cuando nos dedicuemos al estudio de los fenómenos de la naturaleza, que cuando nos ocupemos de problemas jurídicos prácticos. Pero los primeros axiomas o postulados básicos o las premisas en uno y en otro caso serán por entero diferentes [...] en el campo del Derecho se parte de juicios estimativos, los cuales se fundan en diversos valores de rango diferente, referidos a hechos concretos en la vida humana [...]" (L. RECASÉNS SICHES, "Nueva Filosofía de la técnica jurídica", cit., p. 175).

¹⁵⁹ Para Recaséns: "Valdría la pena reivindicar el uso de la palabra *lógica*, como la expresión de la totalidad de ésta con todas las zonas o provincias que la misma contiene, como lo hace Stephen Toulmin, quien incluye dentro de la palabra lógica toda clase de razonamiento que suministra base suficiente para cualquier aserto, enunciativo, normativo, o de otra índole. Ahora bien, lo cierto es que Toulmin tiende, no sin algún fundamento, a dar más importancia a la lógica argumentativa, a la empleada por los juristas, que a las otras partes del *logos* [...]" (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 522-523). Toulmin propone como una tarea la necesidad del acercamiento de la lógica y la epistemología, la importancia del método comparativo para la lógica ("que trata a los argumentos de todos los campos como portadores de interés y propiedad equivalentes") y la reintroducción en su ámbito de las consideraciones históricas, empíricas y antropológicas. (Cfr. S. TOULMIN, *Los usos de la argumentación*, cit., pp. 320 ss.)

la irracionalidad o al capricho. Incluso, la misma lógica de lo racional requeriría de una fundamentación meta-lógica, la que se apoyaría en argumentos más bien retóricos¹⁶⁰.

En segundo lugar, algunas de las críticas de Recaséns se dirigen propiamente a lo que hemos llamado “formalismo” y pueden sintetizarse en tres¹⁶¹:

e) Las reglas por más precisas que sean jamás expresan la totalidad del derecho, pues, por un lado, se formulan siempre en un lenguaje genérico y abstracto y, por otro lado, no sólo traen lagunas sino además contradicciones o antinomias. El derecho no es sólo lo que está contenido en la legislación, como si estuviera concluso o listo para ser aplicado a través de una deducción lógica automática o mecánica, concibiendo la sentencia como un mero silogismo, y haciendo de la lógica de lo racional el elemento decisivo del razonamiento jurídico. El derecho, pues, es un proceso valorativo que empieza en el acto constituyente y, sin solución de continuidad, culmina o se perfecciona en la individualización de la norma en la sentencia judicial o decisión administrativa, únicas normas jurídicas susceptibles de ser impuestas inexorablemente.

f) Incluso si se aceptase que la sentencia es un silogismo, lo difícil en la tarea jurisprudencial no sería realizar el silogismo, sino precisamente hallar las premisas fáctica y normativa correctas para realizarlo. Por otro lado, el hallazgo de la sentencia se da sólo si se considera la interdependencia intrínseca entre la interpretación jurídica de los hechos probados y la de la norma jurídica; de tal manera que, desde el punto de vista psicológico, la sentencia no es, en los hechos, un mero silogismo, sino más bien “[...] un acto mental complejísimo, pero unitario, en el cual se ilumina valorativamente una situación complicada, y esto, mediante una especie de intuición de una totalidad”¹⁶². Mientras que desde el punto de vista objetivo, tampoco lo es, puesto que se trataría

¹⁶⁰ Para consultar clasificaciones rigurosas de la lógica jurídica, Cfr. G. KALINOWSKI, *Introducción a la lógica jurídica*, cit., pp. 30-34; o Cfr. M. OTERO PARGA y F. PUY MUÑOZ, *Jurisprudencia dialéctica*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 115-125.

¹⁶¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 627-628; “Unidad en el método de interpretación...”, cit., pp. 213-225; *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., pp. 536-539; “Nueva Filosofía de la técnica jurídica”, cit., pp. 261-276; *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 212-214 y 253-254; *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 420-422 y 520-523; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 280-281.

¹⁶² L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 422.

más bien de una “conexión de sentidos”¹⁶³, es decir de “[...] una estructura ideal muy compleja, pero también unitaria, orgánica [...]”¹⁶⁴.

g) Finalmente, es imposible construir el derecho positivo —como tampoco la axiología jurídica o el derecho natural— como un sistema lógico puro o de lo meramente racional partiendo de unos supuestos axiomas y continuando por vía deductiva hacia lo concreto¹⁶⁵. Por un lado, los legisladores han de partir más bien de las necesidades sociales efectivas, mientras que, por otro lado, los jueces constantemente han de llenar las lagunas a través de una labor jurídica creativa que desborda todo sistema.

3. Las características básicas del *logos* de lo razonable

Como acabamos de apreciar, para Recaséns, la lógica formal o de lo racional no sería toda la lógica, sino que existirían “[...] otras partes de la lógica: la lógica de la razón vital, de la razón histórica, la lógica estimativa, la lógica de la finalidad, la lógica de la acción, la lógica experimental [...]”¹⁶⁶. Cabe señalar que el profesor español no llega a esclarecer del todo ni si su “*logos* o lógica material, de lo razonable o de lo humano” se identifica completamente con alguna o con todas estas lógicas no formales, ni el sentido

¹⁶³ L. RECASÉNS SICHES, “Unicidad en el método de interpretación...”, cit., p. 225.

¹⁶⁴ L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 422. Creemos que Cabra Apalategui tiene básicamente razón cuando critica esta tesis recaseniana evidenciando una clara distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación: “[...] Los argumentos contra una concepción psicológica y objetiva de la sentencia como silogismo pueden resultar más o menos plausibles, pero en absoluto supone un impedimento para hablar de una estructura lógica del razonamiento jurídico [...]. [L]a corrección formal de los razonamientos nada tiene que ver con el proceso de toma de decisiones, ni de cómo se obtienen las premisas. Que las operaciones intelectuales que tienen lugar en la mente de quien toma una decisión no sigan los pasos descritos en la formalización del pensamiento no es razón para renunciar a intentar controlar la consistencia lógica de nuestras decisiones; y ello sólo es posible a partir del análisis lógico de las mismas, o más bien del análisis lógico de su reconstrucción racional, que necesariamente debe presentar una estructura lógica [...]”. (J. M. CABRA APALATEGUI, “Antiformalismo y argumentación jurídica”, cit., p 90). No obstante, habrá oportunidad de volver sobre ello en la Tercera Parte de nuestro trabajo. (Cfr. Cap. V.A; Cap. VI.A.1; B.2 y C.2).

¹⁶⁵ Afirma Recaséns: “La acepción de la palabra “sistema” que importa destacar aquí, pues es a ella a la que se refiere la imposibilidad de llevarla a cabo en el terreno de la jurisprudencia es la siguiente. Tenemos un sistema, cuando partiendo de un juicio apodíctico, partiendo de una verdad irrefutable, incondicionada y necesaria, se deducen conclusiones, inmediatamente de ese punto de partida, omediatamente de juicios cuyo conocimiento deriva de la primera verdad apodíctica. Esa acepción la encontramos ya en Aristóteles, quien contrapone el pensamiento sistemático al pensamiento dialéctico, el cual, este último, deriva de argumentaciones que tienen alguna fuerza de convicción”. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Nueva Filosofía de la técnica jurídica”, cit., p. 269).

¹⁶⁶ L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 132.

específico en el que se relaciona con ellas¹⁶⁷. Tampoco alcanza a darnos una definición precisa de esta lógica, como advirtió bien Castro Cid¹⁶⁸. Sin embargo, sí nos ofrece una caracterización de ella¹⁶⁹, por lo que, una vez señalados los rasgos de los problemas jurídicos —los propios de la acción humana— y las limitaciones de la lógica de lo racional para abordarlos, parece pertinente ocuparnos sintéticamente de dicha descripción:

- a) El *logos* de lo razonable está condicionado y limitado por la realidad social e histórica en la que opera, y en la que se elaboran las normas jurídicas tanto las generales como las individualizadas.
- b) Está impregnado de valoraciones, criterios axiológicos o estimativos concretos. Estas valoraciones están referidas a una determinada situación humana social, y deben tomar en cuenta las posibilidades y limitaciones de cada realidad. Esta dimensión axiológica concreta resulta determinante en su diferenciación respecto de la lógica formal o de lo racional.
- c) Tanto dichas valoraciones, como el conocimiento de las posibilidades que ofrece la realidad social concreta, son la base para la formulación de objetivos o

¹⁶⁷ Recaséns señala: “[...] Creo que esta palabra “lo razonable” es muy expresiva para designar el ámbito y la índole de lo que podríamos denominar también *logos de lo humano*, y que desde otros puntos de vista ha sido llamado también razón vital y razón histórica”. (Ibídem, p. 166). El profesor español, por otro lado, tiende a pensar que esas denominaciones —incluyendo también la de “experiencia práctica”, “lógica experimental” o “*trial and error experience*” de Dewey— si bien apuntan hacia varios aspectos del *logos* de lo humano o son contribuciones certeras a éste, no se identifican con él, sino que parecen ser sus “ingredientes”. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Unicidad en el método de interpretación...”, cit., pp. 229 y 233; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, pp. 82-84, 290-291). En concreto, Recaséns no se siente identificado “ni remotamente” con la filosofía instrumentalista de Dewey. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 262). En otra de sus obras matiza: “Pero [...] el reconocimiento de la capital función que la experiencia vital e histórica tiene en el *logos de lo humano*, no consiste necesariamente, de ningún modo, en reducir la realidad humana a mera historia, como quisieron hacerlo José Ortega y Gasset y Collingwood”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 512. Cfr. Ibídem, pp. 574 ss.) Sobre la importancia de estos matices volveremos en la Segunda Parte de nuestra investigación. (Cfr. Cap. III.C).

¹⁶⁸ Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 245.

¹⁶⁹ Seguiremos sobre todo la última redacción que hace el profesor español de la misma. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 258-259). Allí hace un desarrollo más completo que en el original de *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 7; y los de “Unicidad en el método de interpretación...”, cit., p. 234; *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., pp. 544-545; *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 535-536; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 287-288. Recaséns señala en su versión definitiva siete características, sin embargo, hemos creído oportuno sintetizarlas en cinco para evitar en lo posible la redundancia.

finalidades pertinentes, los que impregnan la lógica de lo razonable y le dan su característica estructura especial.

d) Por ello, la lógica de lo razonable está regida por razones de congruencia o adecuación, respecto de los siguientes aspectos:

- “A) Entre la *realidad social* y *los valores*, es decir: cuáles sean los valores apropiados para la regulación de una determinada realidad social.
- B) Entre los *valores* y *los fines* u objetivos, esto es, cuáles son los objetivos valiosos.
- C) Entre los *objetivos* y *la realidad social concreta*, esto es: cuáles sean los propósitos de posible y conveniente realización.
- D) Entre los *fines u objetivos* y *los medios*, en cuanto a la *adecuación* de los medios para los fines.
- E) Entre los *fines y los medios* respecto de la *corrección ética de los medios*. Se trata de evitar la caída abismal en la perversa máxima de que el fin justifica los medios; máxima de intrínseca maldad, porque cuando se trata de servir un fin bueno con medios malos el fin pierde la bondad, contagiándose de los medios.
- F) Entre los *fines y los medios*, en lo que se refiere a la *eficacia* de los medios”¹⁷⁰.

e) Finalmente, la lógica de lo razonable se desenvuelve instruida por la experiencia de la vida humana e histórica, individual y social.

Para Castro Cid esta caracterización no sería el núcleo de la propuesta de Recaséns sobre el *logos* de lo razonable, sino más bien “[...] el resultado de un envío o trasferencia que sobre la lógica se hace desde esa otra realidad, que es la actividad o

¹⁷⁰ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 258-259. (Cursivas en el texto). Dicho más sintéticamente y por contraposición a la lógica formal: “[...] la lógica tradicional es meramente enunciativa del ser y del no ser, pero no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin”. (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 166). Para Peidró: “[...] si el Derecho tiene su propia Lógica no se comprende una actitud que la excluya de la dinámica jurídica [...] la triple consideración óntica, lógica y axiológica deberán tenerse en cuenta cuando de aquella dinámica se trate y más concretamente en la aplicación e interpretación de la norma positiva. De ahí el papel de la Lógica (tradicional o moderna) en la interpretación. Ella no lo es todo, porque su función habrá de concertarse con la de los otros dos elementos integradores de la esencia de toda norma jurídica, de donde se deduce efectivamente, la necesidad de un logos propiamente jurídico [...], cuya peculiaridad resulta mayormente acentuada por ese “contexto situacional” de que habla Recaséns y que está constituido por las circunstancias fácticas. Sin olvidar el contenido ético-social y político que ofrece toda norma de Derecho positivo”. (I. PEIDRÓ PASTOR, “Lógica y derecho”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 12, 1966, p. 282).

comportamiento humano, en el que surge y actúa la lógica de lo razonable [...]”¹⁷¹. Por nuestra parte, hemos preferido ocuparnos de estas características sintéticas en el desarrollo de la primera de las tesis sostenidas por nuestro autor respecto del *logos* de lo razonable: la descripción de la dimensión o del aspecto gnoseológico de la realidad primera u ontológica —o si se prefiere: antropológico filosófica— de la lógica material o humana que propone. Dicho de otra manera: el *logos* de lo razonable presentaría ciertas características gnoseológicas precisamente porque se ajusta a los caracteres propios —ontológicos— de la realidad social con la que opera¹⁷².

Seguidamente, nos ocuparemos de la segunda de las tesis: la que hemos llamado en este trabajo “metodológica”, en la que incluiremos con más detalle lo que —a nuestro juicio— resulta ser el núcleo teórico de la propuesta del profesor español.

B. La tesis metodológica¹⁷³

1. De Los múltiples métodos de interpretación al único método “aporético”

Recaséns —sin detenerse a explicitar lo que entiende por “interpretación” en general, ni por “interpretación jurídica” en particular— destaca que si bien se han escrito muchos trabajos sobre la interpretación del derecho, éstos, lejos de esclarecer el modo

¹⁷¹ B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., nota 129, p. 245. Para Cabra: “La inevitabilidad de las valoraciones y la configuración de los problemas humanos presupuesta en nuestras prácticas —aquella que los hace susceptibles de ser evaluados desde una multiplicidad de criterios estimativos— están en la base del *logos* de lo razonable o el *logos* de lo humano. De lo que aquí se trata es de cuestionar la idoneidad del razonamiento deductivo, o más bien del pensamiento sistemático, como instrumento para abordar los problemas prácticos [...]”. (J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., p. 47).

¹⁷² Recaséns se pregunta: “[...] Si el hecho de que, en los asuntos humanos prácticos, haya siempre la posibilidad [...] de una mayor o menor prudencia, [...] de una mayor o menor adecuación, [...] es debido a una deficiencia, por lo visto insuperable, del conocimiento humano; o si también, y sobre todo, eso se debe a la índole misma objetiva de los asuntos humanos. Anticipo que yo desde luego me inclino por la segunda hipótesis, la cual, sin embargo, no excluye el hecho de que debamos tomar en consideración también las limitaciones de nuestras aptitudes cognoscitivas”. (L. RECASÉNS SICHES, “Argumentación, logos de lo humano y subjetivismo”, *Diánoia*, 14, 1968, pp. 164-165).

¹⁷³ Recordemos que Recaséns expresa esta tesis así: “El *logos* o *lógica* de lo razonable no constituye otro método de interpretación del Derecho, a añadir a los varios métodos de que se ha hablado durante muchos siglos, antes bien debe ser el único método de interpretación jurídica, porque la misma índole de éste supera necesariamente toda la embrullada multiplicidad tradicional de malos y confusos procedimientos hermenéuticos”. (L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 539. Cursivas en el texto).

correcto de interpretar —el método propio de la interpretación jurídica—, nos han abrumado con el intento de justificación de múltiples y diversos métodos¹⁷⁴. Menciona explícitamente los siguientes: el literal¹⁷⁵, el subjetivo, el subjetivo-objetivo, el objetivo, el consuetudinario, el histórico, el analógico, la equidad y la referencia a los principios generales del derecho. En ningún momento —a su juicio— se ha podido resolver cuál de éstos sea en cada caso el método que se deba seguir¹⁷⁶.

Imbuido por las ideas de Cardozo¹⁷⁷, Recaséns sostiene —desde una perspectiva que pretende ser descriptiva— que lo que hacen los jueces en general es buscar primero la decisión más justa dentro de todas las posibles —anticiparla en base a la valoración conjunta de los hechos y del derecho— para luego hallar, *a posteriori*, de entre los diversos métodos disponibles, aquel que en el caso concreto permita justificar mejor la solución encontrada¹⁷⁸.

En ese sentido —y adoptando ahora una perspectiva normativa— propone un principio hermenéutico rector, una suerte de “meta-método”; principio que —no obstante pueda parecer arriesgado por la aparente apertura casi ilimitada que plantea—, debemos confesar que nos resulta del todo sugerente:

“[...] No sólo la Ciencia Jurídica [...] sino tampoco la Filosofía del Derecho pueden establecer ni un criterio para elegir un método, ni una tabla de prioridades entre los varios métodos de interpretación que han sido propuestos. Lo único que se puede formular con validez universal y necesaria es la regla siguiente. En cada caso el juez debe interpretar la ley de aquel modo y según el método que lleve a la solución más justa entre todas las posibles [...]”¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 629.

¹⁷⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 541-546.

¹⁷⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 215-216; *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 178-179; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 629-630 y 661.

¹⁷⁷ Cfr. B. N. CARDOZO, *La naturaleza de la función judicial*, Trad. E. Ponssa, Granada, Comares, 2004, pp. 7 ss.

¹⁷⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 183; *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 631; y “Unicidad en el método de interpretación...”, cit., pp. 235-236. En concreto, para Recaséns “[...] es la representación previa del justo fallo lo que sirve simultáneamente de vía para la constatación y la calificación de los hechos y para la averiguación de la norma aplicable”. (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 198).

¹⁷⁹ L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 181; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 660. Ello sería así, incluso, si el legislador establece expresa y autoritativamente un método hermenéutico. (Cfr. Ídem).

Para Recaséns dicho principio, lejos de debilitar la obediencia del juez al derecho positivo, más bien le permitiría su perfecto cumplimiento. Nuestro autor parte de la premisa de que tanto el legislador como el sistema jurídico no buscan otra cosa que el mayor grado posible de realización de la justicia en una determinada sociedad, y ello, independientemente de que se haya logrado realmente con éxito o no esta intención en la ley¹⁸⁰. De tal manera que el juez, buscando la justicia concreta, obedecería mejor al derecho —a su sentido intrínseco— que interpretando la norma general, por ejemplo, literalmente o reconstruyendo imaginativamente la voluntad del legislador, sobre todo cuando dichos métodos no lo llevan a una solución satisfactoria estimativamente hablando, más precisamente: a la individualización más justa de la norma general¹⁸¹.

Para el maestro hispano-mexicano esta constatación resulta esencial, dado que nos invita a tratar de superar los diversos métodos hermenéuticos en pos del camino marcado por el ejercicio del *logos* de lo razonable como único método de interpretación jurídica. Dicho de otra manera: lo razonable —tanto en los casos fáciles, como en los difíciles— sería el único método a seguir por el jurista¹⁸².

¹⁸⁰ Por nuestra parte, no creemos que Recaséns se refiera aquí a una premisa fáctica o de carácter descriptivo, sino antes bien a lo que él considera como finalidad intrínseca del derecho en la realidad social. Sobre ello habrá oportunidad de volver en la Segunda Parte. (Cfr. Cap. IV.A.3).

¹⁸¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 181-184; *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 660-661; “Unicidad en el método de interpretación...”, cit., pp. 236-237; e *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 247.

¹⁸² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 183. Nos dice Recaséns “[...] el análisis que he ofrecido del ejercicio del *logos de lo razonable* o de lo humano, aplicado a la interpretación jurídica, supera aquella pluralidad de métodos. Ante cualquier caso, fácil o difícil, hay que proceder *razonablemente*, percatándonos de la realidad y sentido de los hechos, de las valoraciones en que se inspira el orden jurídico positivo, o de las complementarias que produzca el juez en armonía con dicho sistema positivo, y, conjugando lo uno con lo otro, y lo otro con lo uno, llegar a la solución satisfactoria”. (Ibídem, p. 184. Cursivas en el texto). Cfr. también: *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 247. Para Cabra, Recaséns: “[...] situó la lógica de lo razonable frente a los métodos de interpretación, cuando, ciertamente, no se entiende por qué la interpretación literal de los preceptos jurídicos en los llamados casos fáciles o rutinarios, o la aplicación de la analogía en determinados supuestos habrían de conducir a decisiones irrazonables. En mi opinión, Recaséns no acierta [...] a construir una teoría de la argumentación jurídica que responda plenamente al principio de unidad de la razón práctica o, más bien, lo hace a costa de sacrificar innecesariamente los métodos de la interpretación, desdibujando el carácter jurídico de la teoría [...]”. (J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., p. 54). A nuestro modo de ver, si bien Recaséns no nos ofrece ni una sistemática ni un procedimiento para incorporar los métodos hermenéuticos tradicionales en el meta-método jurídico que propone, creemos que su intención —más allá de su ambigua terminología— no es prescindir de ellos, sino superar su pretendida autonomía para someterlos de alguna manera —a modo de argumentos o razones— al primado del principio de una justicia o equidad razonable o prudencial. Para Recaséns: “Por muchas cosas

Con dicha propuesta, Recaséns no cree estar innovando demasiado, por lo menos, no en términos prácticos. Más bien reconoce un largo recorrido histórico de los prolegómenos del método que defiende¹⁸³. A su juicio, lo que aproximaciones como la Jurisprudencia de intereses alemana, la Jurisprudencia sociológica norteamericana y la obra de Gény no pudieron lograr a pesar de sus aciertos prácticos es, por un lado, precisar con rigor los límites de la lógica de lo racional y, por otro lado, descubrir la índole auténtica de los tipos de razonamiento para el método de la interpretación correcta del derecho¹⁸⁴. Es decir, lo que Recaséns se propone es el esclarecimiento teórico del único método práctico para la interpretación del derecho, “[...] la idea radicalmente fundamental que aclare plenamente las razones [...]” que lo explican y justifican¹⁸⁵.

Nuestro autor contrapone al “pensamiento sistemático”, el “pensamiento sobre problemas” o “aporético”. El primero: “[...] toma como punto de partida una verdad primaria, un axioma, que no puede ser aniquilado por la duda; y procede por medio de una serie de rigorosas deducciones del tipo que es característico de la matemática [...]”¹⁸⁶, se trata de un “dogmatismo sistemático”, al estilo del lusnaturalismo racionalista o moderno, de las visiones materialistas del mundo o de los formalismos éticos¹⁸⁷. Sus partidarios, “[...] cuando tropiezan con problemas que no son dominables

inteligentes, mejor dicho, ingeniosas, que se digan sobre cada uno de esos métodos, y de otros, no se resuelve el problema central, medular, de la interpretación jurídica. Pues este problema consiste en saber de qué modo se deba interpretar; o, aplicando esto a dichas consideraciones pluralistas, el problema consistiría en saber *cuál* de esos métodos debe emplearse en cada caso [...]. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Interpretación del derecho”, cit., p. 547. Cursivas en el texto). Sobre estas observaciones regresaremos en la Tercera Parte. (Cfr. Cap. VI.A.1).

¹⁸³ Considera, entre muchos otros, aportes tan variados como la retórica sofística, la dialéctica socrática, la gran síntesis aristotélica, la tópica y la dialéctica ciceroniana, la ciencia jurídica romana, las síntesis cristianas de Buenaventura y Tomás de Aquino, la dialéctica de Vico, el criterio de Balmes, los aportes de la lógica experimental de Dewey y de la razón vital e histórica de Ortega y Dilthey, las teorías de la argumentación de Perelman y Toulmin, la tópica de Viehweg y la teoría general de la interpretación de Betti. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 336-410).

¹⁸⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 662-663.

¹⁸⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 173. Recaséns llega a admitir sin problemas, que dicho esclarecimiento teórico no es una condición indispensable para que los jueces hagan justicia correctamente, pues hasta cierto punto, en los casos fáciles, cualquiera con un “buen sentido elemental” puede llegar a la respuesta correcta. Sin embargo, su aporte teórico podría resultar esencial para la resolución correcta de los problemas más difíciles. (Ibíd, pp. 170-171).

¹⁸⁶ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 260.

¹⁸⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 513.

por tal método, o bien los hacen a un lado, o bien los deforman, o bien falsifican su sentido, todo ello para mantener la pureza de su concepción sistemática”¹⁸⁸.

El método aporético, en cambio, se habría ido desarrollando en la historia a partir de los aportes de la tópica, la retórica y la dialéctica clásicas, sobre todo de Aristóteles y de Cicerón —por supuesto, sin quedarse anacrónicamente restringido a ellos—, y más recientemente de Viehweg, Perelman o Zippelius, entre otros. Este método procedería de un modo radicalmente distinto al sistemático¹⁸⁹, pues parte de los problemas concretos, considera cada dato de su indagación sin importarle que encaje en una doctrina total preconcebida, es decir, entiende los problemas como “cuestiones abiertas”¹⁹⁰.

2. *Logos* de lo razonable: tópica, retórica, dialéctica y argumentación

Si bien cuando se trata de Recaséns no resulta sencillo distinguir lo que recoge de otros autores para enriquecer sus propias ideas, de aquello que reseña copiosamente en sus eruditos trabajos de corte histórico¹⁹¹, podemos llegar a la conclusión de que entre los términos “tópica”, “retórica” y “dialéctica” —con sus indiscutibles matices, de los que Recaséns no se ocupa lo suficiente¹⁹²— prefiere este último, por lo menos para

¹⁸⁸ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 261. Larenz matiza acertadamente esta radical oposición entre pensamiento problemático y sistemático a propósito de una crítica a Viehweg. (Cfr. K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del derecho*, Trad. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2^a ed., 4^a reimp., 2010, p. 156).

¹⁸⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 510-517; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 289-290.

¹⁹⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 261-262.

¹⁹¹ Cfr., por ejemplo, los largos desarrollos sobre la historia de las teorías del *logos* de lo razonable en L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 336-410.

¹⁹² Para una descripción sintética y comparativa de la idea clásica de cada uno de estos términos, Cfr., por ejemplo, M. OTERO PARGA y F. Puy MUÑOZ, *Jurisprudencia dialéctica*, cit., pp. 159-164. Una obra de referencia sobre tópica jurídica sigue siendo: F. Puy MUÑOZ, *Tópica Jurídica*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 1984, especialmente pp. 795 ss. Para una síntesis de estas voces en el contexto de las contemporáneas teorías de la argumentación, Cfr. P. OLMO, voz “Tópico”; J. ALCOCEA, voz “Retórica”; J. ALCOCEA, voz “Dialéctica”; L. VEGA REÑÓN, voz “Argumento/Argumentación”, en L. VEGA REÑÓN y P. OLMO GÓMEZ (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, 2^a ed., 2013, pp. 588-598, 522-528, 194-200 y 66-74, respectivamente. Para una lectura de conjunto de estos temas desde un acento en la retórica como argumentación, Cfr., por ejemplo, A. COVARRUBIAS CORREA, *Introducción a la retórica clásica. Una teoría de la argumentación práctica*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, pp. 37-87.

señalar con él una clara afinidad respecto de su *logos* de lo razonable¹⁹³. Dicho de otro modo: nuestro autor piensa que su lógica de lo razonable y la dialéctica o argumentación están estrechamente emparentados, sin que llegue a esclarecer rigurosamente en qué consiste este vínculo¹⁹⁴.

Prefiere el término “dialéctica”, ante todo, en el sentido socrático-aristotélico del mismo, como “[...] diálogo, debate y deliberación, ponderando opiniones diferentes, relativas a cuestiones de conducta humana social de carácter conflictivo [...]”¹⁹⁵ y no en el sentido platónico, “[...] como vía para la elaboración científica o filosófica [...]”¹⁹⁶. Destaca que “[...] Aristóteles acentúa que las conclusiones que se buscan y se sacan mediante la *tópica* y la *retórica* son solamente conclusiones dialécticas, y no constituyen un pensamiento apodíctico”¹⁹⁷ o demostrable, pues la dialéctica no investiga la verdad como lo hacen las ciencias teóricas¹⁹⁸. A su juicio, para Aristóteles, las conclusiones

¹⁹³ Señala “[...] las dimensiones principales recomendables y aceptables de ese tipo de pensamiento sobre los contenidos de las reglas de Derecho, son las que se refieren a la dialéctica clásica, entendida ésta como deliberación y como argumentación [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 289).

¹⁹⁴ Para García Amado, lo que distingue en Aristóteles al razonamiento dialéctico del demostrativo, no es ninguna lógica distinta a la formal, sino un aspecto material: la calidad de las premisas, así “[...] en cuanto disciplinas teóricas, la dialéctica y la lógica —esto es, la silogística aristotélica— se distinguen porque aquélla se ocupa del modo de sentar las premisas y ésta de la obtención de las consecuencias necesarias a partir de las premisas dadas”. (J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 49). Si bien a García Amado no le falta razón, nos parece claro que no se refiere aquí al sentido amplísimo en que Recaséns usa a veces el término “lógica” o “logos”. Para una crítica general a esta obra, Cfr. F. PUY MUÑOZ, “Una crítica teórica de la Tópica”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 6, 1989, pp. 467-473.

¹⁹⁵ L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 339. Para Aristóteles: “Un razonamiento es un discurso (*lógos*) en el que sentadas ciertas cosas, necesariamente se da a la vez, a través de lo establecido, algo distinto de lo establecido. Hay *demostración* cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas; en cambio, es *dialéctico* el razonamiento construido a partir de cosas plausibles. Ahora bien, son *verdaderas y primordiales* las cosas que tienen credibilidad, no por otras, sino por sí mismas [...]”; en cambio, son cosas *plausibles* las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados [...]. (ARISTÓTELES, *Tópicos*, I, 1, 100a 25 ss. Cursivas en el texto). Para Recaséns, mientras la demostración sería lo propio de la lógica de lo racional, la dialéctica sería lo propio del *logos* de lo razonable. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 343).

¹⁹⁶ Ibídem, p. 339. Cfr. también, L. RECASÉNS SICHES, “Logos de los humano, experiencia jurídica...”, cit., pp. 15 ss. Para Platón, por ejemplo, “[...] el método dialéctico es el único que marcha, cancelando los supuestos, hasta el principio mismo, a fin de consolidarse allí. Y dicho método empuja poco a poco al ojo del alma, cuando está sumergido realmente en el fango de la ignorancia, y lo eleva a las alturas [...]”. (PLATÓN, *República*, VII, 533cd).

¹⁹⁷ L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 341.

¹⁹⁸ Lamas critica la recusación de toda verdad práctica por parte de Recaséns: “[...] una cosa es que no pueda alcanzarse una verdad apodíctica, en materia práctico-concreta, y otra muy distinta que no pueda arribarse a ninguna verdad [...]”. (F. A. LAMAS, *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, IEF Santo Tomás de

dialécticas no se diferencian de las apodícticas desde el punto de vista de su corrección formal —en la dialéctica, incluso, se haría también uso de la inducción y del silogismo— sino por la naturaleza sólo probable de sus premisas o *endoxa*¹⁹⁹.

Por otro lado, Recaséns coincide con la idea, más o menos generalizada, de atribuirle a Cicerón el trabajo de hacer descender la filosofía —en particular aquí la del Estagirita referida a este tema— a la vida concreta de los hombres²⁰⁰. A su juicio: “[...] Cicerón propuso hacer retornar la “sabiduría” a nexos más estrechos con la “elocuencia” y, de tal modo, aumentar su influencia sobre la vida humana”²⁰¹ y ello, desde “una actitud relativamente escéptica”²⁰².

Si se trata de contemporáneos a los planteamientos de nuestro autor —en concreto de quienes comparten con él el rótulo de “precursores” de la teoría de la argumentación jurídica²⁰³— a Recaséns le parece que Perelman usa los términos

Aquino, 1991, p. 383). Lamas se apoya en Tomás de Aquino, quien sigue a Aristóteles: “[...] Acerca de los actos humanos, sobre los que versan los juicios [...] no puede tenerse una certeza demostrativa, puesto que dichos actos versan sobre cosas contingentes y variables, y, por tanto, es bastante la certeza probable que alcance a la verdad en la mayoría de los casos, aunque en muy pocos se separe de ella [...]”. (T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 70, a. 2). Para Lamas: “[...] la dialéctica es precisamente el núcleo lógico de la metodología científica y prudencial del Derecho, al menos en su momento principal: la *vía inventionis* de lo justo. En otras palabras, ella es el núcleo de la racionalidad del Derecho”. (Cfr. F. A. LAMAS, “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”, en F. A. LAMAS (Ed.), *Los principios y el derecho natural en la metodología de las ciencias prácticas*, Buenos Aires, EDUCA, 2002, p. 20). Veremos más adelante que la negación de toda verdad práctica por parte de Recaséns, más allá de sus afirmaciones explícitas, puede quedar matizada a través de una consideración global de sus enfoques. (Cfr. Balance de la Primera Parte).

¹⁹⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 339-343. Señala: “[...] la distinción aristotélica entre la prueba demostrativa, por una parte, y el razonamiento dialéctico, por otra, aparece de nuevo en las obras de San Buenaventura y en las de Santo Tomás quienes tratan la dialéctica como razonamiento de lo probable, y también como “tópica”, la cual en muchas ocasiones llega a aparecer muy próxima a la retórica, también en el sentido aristotélico”. (Ibidem, p. 358). Nota la importancia de la filiación aristotélica de la propuesta de Recaséns: J. O. COFRÉ, “Lógica, tópica y retórica al servicio del derecho”, *Revista chilena de derecho*, 13, 2002, p. 34.

²⁰⁰ Alguno ve en él al primer filósofo del derecho. (Cfr. F. LLANO ALONSO, “Cosmopolitanism and Natural Law in Cicero”, en F. J. CONTRERAS (Ed.), *The Threads of Natural Law. Unravelling a Philosophical Tradition*, Dordrecht, Springer, 2013, pp. 27-29).

²⁰¹ L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 349. Para Cicerón: “Como toda razón diligente del disertar tiene dos partes, la una del inventir, la segunda del juzgar, el principio de ambas [...] fue Aristóteles”. (CICERÓN, *Tópicos*, II, 6). A juicio de García Amado: “[...] para los romanos la retórica se desgaja de la dialéctica y sus implicaciones filosóficas y la tópica interesaría sólo en relación con la retórica, con el arte de la elocuencia”. (J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica jurídica*, cit., p. 65).

²⁰² L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 356.

²⁰³ Cfr., por ejemplo, M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 30-31. Dice Recaséns: “Hoy en día, aquel clásico método de la dialéctica antigua ha sido reivindicado por varios iusfilósofos, entre ellos

“retórica” o “argumentación” precisamente en el sentido aristotélico de “diálogo” o “discusión”²⁰⁴. Nota esta afinidad entre su *logos* de lo razonable y la teoría de la argumentación de Perelman²⁰⁵, no obstante se desmarca, por un lado, de su subjetivismo²⁰⁶ y, por otro lado, de su concepción de los tipos de argumentación y de destinatario o auditorio²⁰⁷.

A su modo de ver, si Perelman opta por el término “retórica” es, en primer lugar, porque quiere evitar la confusión con el sentido en que desde Hegel ha adquirido el término “dialéctica” y, en segundo lugar, porque se plantea retomar —aunque rebasándola— la tradición de los filósofos antiguos de un razonamiento paralelo, pero diferente del analítico, y dirigido a un “auditorio”²⁰⁸. Por su parte, el profesor español no prefiere el término “retórica” quizá por su asociación al uso de algunos sofistas, eminentemente persuasivo y desvinculado de lo “honesto, rigoroso y noble”²⁰⁹.

por Theodor Viehweg, Chaïm Perelman y por mí mismo”. (L. RECASÉNS SICHES, “Logos de lo humano, experiencia jurídica...”, cit., p. 23).

²⁰⁴ Para Recaséns, la “nueva retórica” de Perelman: “[...] se refiere a las pruebas que Aristóteles llama *dialéctica*, las mismas que examina en la *tópica*, y cuyo empleo muestra en la *retórica*. Esta evocación de la terminología aristotélica justificaría el acercamiento de la teoría de la argumentación a la dialéctica concebida por el mismo Aristóteles como el arte de razonar partiendo de opiniones aceptadas generalmente [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 380). Prologando a Perelman, dice que él: “[...] rechaza que la idea de evidencia sea un rasgo que esencial y necesariamente caracterice a la razón. Perelman quiere elaborar una teoría de la argumentación que admite el uso de la razón para dirigir la propia conducta práctica, y para influir sobre el comportamiento de los demás [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, “Prólogo” en C. PERELMAN, *De la justicia*, Trad. R. Guerra, CEF México, UNAM, 1964, p. IV).

²⁰⁵ Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, “Reseña a C. PERELMAN (Ed.), *Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Études de Logique Juridique*, Volume IV. *Le raisonnement juridique et la Logique déontique*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1970”, *Diánoia*, 17, 1971, p. 287.

²⁰⁶ Señala: “Una doctrina de la argumentación puede [...] no poder rebasar el ámbito de las subjetividades, que es lo que parece que sucede en el pensamiento de Perelman. Pero, yo entiendo que puede establecerse una [...] sobre el fundamento de una aspiración a la objetividad. Claro que la prudencia, la plausibilidad, la oportunidad, la adecuación, la justicia, y la viabilidad *objetivas* no pueden en puridad ser absolutas, apodícticas [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, “Argumentación, logos de lo humano...”, cit., p. 165. Cursivas en el texto).

²⁰⁷ Cfr. Ibídem, pp. 164 ss.

²⁰⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 380. Cfr. también: L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, t. II, 1963, pp. 1047-1048. Cfr., al respecto: C. PERELMAN, *El Imperio retórico. Retórica y argumentación*, Trad. A. Gómez Giraldo, Bogotá, Norma, 1997, pp. 31 ss.

²⁰⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 337. Afirma Recaséns: “Las actividades y las enseñanzas de los sofistas fueron englobadas bajo la denominación de “retórica”, en tanto que se encaminaban a desenvolver y a cultivar el arte de la persuasión, especialmente para las discusiones políticas y las controversias jurídicas. Pero junto a esa denominación de “retórica”, se abre paso también en el pensamiento griego otro nombre, el de “dialéctica”, término más adecuado, y, sobre todo, más expresivo [...]”. (Ibídem, p. 338). A diferencia de los sofistas, para Aristóteles: “[...] es preciso

Por otro lado, en opinión de Recaséns, para Viehweg: “[...] lo más importante en la dialéctica y en la tópica clásicas consiste en que ellas constituyen las técnicas del pensamiento *que se orienta hacia el problema concreto o singular [...]”*²¹⁰, es decir, lo opuesto al pensamiento sistemático, y que puede llamarse —como vimos— “aporético”²¹¹. En concreto, piensa que la tópica fue un instrumento auxiliar del mundo antiguo y clásico —accidental e histórico, aunque muy valioso— al servicio del pensamiento aporético o dialéctico, en tanto que arte de razonar con premisas meramente posibles y no seguras²¹².

En ese sentido Recaséns halla también afinidad entre su *logos* de lo razonable y propuestas como la teoría de la argumentación de Toulmin; entiende, por ejemplo, “[...] que el estudio de la jurisprudencia es el campo mejor para investigar la lógica de la

ser capaz de persuadir los contrarios, lo mismo que en los silogismos, no para hacer una y otra cosa, pues no se debe persuadir lo malo, sino para que no nos pase desapercibido cómo es, y para que cuando otro use las mismas razones injustamente, podamos deshacerlas [...]”. (ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 1, 1355a 30 ss.)

²¹⁰ L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 353. (Cursivas en el texto). En otro trabajo explica respecto de Viehweg: “La tópica es una *técnica del pensar sobre los problemas*, la cual se desarrolló en el seno de la retórica. La tópica desarrolla una estructura espiritual que se diferencia únicamente de la estructura espiritual con carácter deductivo sistemático”. (L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. II, cit., pp. 1060. Cursivas en el texto).

²¹¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 353-356. Afirma Viehweg, luego de analizar la tópica aristotélica y ciceroniana: “[...] la tópica pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante [cuando se está ante la falta de un camino] a fin de no quedar retenido sin remisión. Es, por lo tanto, una *técnica de pensamiento problemático*”. (T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Trad. L. Díez-Picazo, Pamplona, Thomson-Civitas, 2^a ed., 2007, pp. 55-56. Cursivas en el texto). Más adelante aclara que “problema” es “[...] toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual torna el cariz de la cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución”. (Ibidem, p. 57).

²¹² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 510 y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 290. Para Sanz Bayón, Recaséns “[...] sostendría una concepción de la argumentación y de la interpretación jurídica muy semejante a la de Viehweg”. (P. SANZ BAYÓN, “Sobre la tópica jurídica de Viehweg”, *Revista telemática de Filosofía del derecho*, 16, 2013, p. 85. Disponible en: <http://www.rtfd.es/numero16/02-16.pdf>).

argumentación”²¹³, una lógica distinta a la formal o matemática e impregnada de valoraciones y más empírica e histórica, concreta y problemática²¹⁴.

En suma, para el profesor hispano-mexicano, este método aporético —como hemos podido apreciar: entendido como diálogo, deliberación y argumentación, como “retórica dialéctica”— es el propio de la acción humana y, en particular, del derecho; parte del sentido común, tantea el camino en base a similitudes, y es guiado por la prudencia²¹⁵. A su juicio: “[...] constituye un gran acierto la alusión a la *prudencia*, como suma y compendio, jerárquicamente organizado, de todos los datos y de todos los criterios de valor que vengan en cuestión para resolver un problema político o jurídico”²¹⁶.

3. Logos de lo razonable y prudencia

Es preciso mencionar que a Recaséns le parece que no basta con aludir a la “prudencia”. A su juicio, esta palabra enuncia, sin resolver, el problema de hallar los métodos para articular debidamente la constatación de unos hechos, de unas aspiraciones y valoraciones en disputa, y de los valores objetivos a tomarse en cuenta para resolverlas en el plano legislativo o jurisdiccional²¹⁷. La prudencia no ofrecería un cuadro acabado del *logos* de lo razonable, pero se justificaría su alusión en tanto que

²¹³ L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 386. Para Toulmin: “[...] La lógica [...] es una jurisprudencia generalizada. Los argumentos pueden compararse con las demandas judiciales, y las afirmaciones que se realizan y argumentan en contextos extra-legales, con afirmaciones hechas en los tribunales, mientras que los casos presentados para apoyar cada tipo de afirmación pueden ser comparados entre sí. Una de las tareas capitales de la jurisprudencia es caracterizar los elementos esenciales del proceso legal: los procedimientos o trámites por medio de los cuales las demandas se presentan ante la ley, se debaten y se determinan, así como las categorías en que esto se lleva a cabo. Nuestra propia investigación es paralela: nuestra finalidad es, análogamente, caracterizar lo que podría llamarse “el proceso racional”, los trámites y categorías que se emplean para que las afirmaciones en general puedan ser objeto de argumentación y el acuerdo final sea posible. En realidad, podemos preguntarnos si estamos siquiera ante una analogía [...]”. (S. TOULMIN, *Los usos de la argumentación*, cit., pp. 24-25.)

²¹⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 385-397.

²¹⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 289-290; e *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 260.

²¹⁶ L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 510-511.

²¹⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 290; y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 511.

resulta ser “[...] la incitación adecuada para proceder al análisis y al ulterior desenvolvimiento de todos los puntos que la prudencia plantea”²¹⁸.

Este carácter esencialmente axiológico del *logos* de lo humano, supone tomar en consideración la jerarquía de los valores²¹⁹, en particular, en su relación con los problemas jurídicos en orden a tratar de esclarecer el rol directivo de la prudencia en su solución. Para nuestro autor, en primer lugar, debe segregarse los valores que, no obstante ser de un altísimo rango, jamás pueden ser tomados como criterios para la elaboración de normas jurídicas; como los religiosos o los de la moralidad individual²²⁰. En segundo lugar, se debe averiguar los valores que, por su universalidad, necesariamente deben informar todo derecho; como el de la dignidad de la persona humana, la libertad, la igualdad, la justicia, con todos los demás valores materiales implicados por ella²²¹. En tercer lugar, se debe indagar sobre los otros valores que pueden ser parte del derecho bajo ciertas condiciones; como los de carácter económico, científico, técnico, pedagógico y estético²²².

Finalmente, Recaséns señala una serie de valores que deben intervenir siempre en la elaboración tanto general como individual o aplicativa del derecho, y que están englobados dentro de lo que tradicionalmente se alude con el concepto “vago y certero” de prudencia. La lista que ofrece el profesor español pretende sólo ejemplificar, y no busca exhaustividad. Señala:

²¹⁸ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 261. En el único trabajo dedicado específicamente a la materia señala respecto del *logos* de lo razonable: “[...] esa lógica propia para tratar los asuntos humanos puede ser considerada como el meollo sustancial de lo que se ha querido indicar con la palabra “prudencia” [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, “Algunas contribuciones españolas al estudio de la prudencia”, *Diánoia*, 17, 1971, p. 186). Cfr. también: B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 245-246.

²¹⁹ Por lo menos, someramente, pues ya habrá ocasión de profundizar en ellos en la Segunda Parte de nuestro trabajo. (Cfr. Cap. IV; y Balance de la Segunda Parte).

²²⁰ A su juicio, esta: “[...] exclusión es imperativa, porque tales valores pueden obtener cumplimiento sólo por libre decisión de la persona y jamás por imposición; y, además, porque si se intentara —aparte del absurdo que esto entrañaría— constituiría un máximo agravio a la libertad individual que es solidaria de la dignidad de la persona humana”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 531).

²²¹ Sobre ellos, Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 548 ss. Cfr. también: L. RECASÉNS SICHES, “Los derechos humanos”, *Diánoia*, 20, 1974, pp. 126-146.

²²² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 531-532.

“[...] genuina *adecuación* a la índole del problema planteado y de los factores y condiciones que se dan en el mismo; *congruencia histórica*, esto es, apropiado acuerdo con la significación del momento histórico [...]; *viabilidad* o *practicabilidad* de las normas (generales e individualizadas) [...] esto es, máxima probabilidad de eficacia real; ponderación y estimación de los *efectos ulteriores* que en el inmediato porvenir puedan causar [...] *armonía* entre un anhelo de *progreso* y la conciencia de hasta dónde *lleguen efectivamente las posibilidades* reales [...] espíritu de armonía o de *transacción* entre varios intereses contrapuestos, en la medida en que lo permita la justicia; *legitimidad* de los *medios* empleados para la consecución de fines justos, pues el empleo de medios malos al servicio de fines buenos, priva a los fines de su bondad originaria y los perverso; esforzarse por dar satisfacción a la *mayor cantidad posible de intereses legítimos* con el mínimo de malgasto o despilfarro y con el mínimo de fricción [...]; respeto en el grado admisible, sin perjuicio de otros valores más altos, a las *expectativas* concebidas por trabajos o esfuerzos hechos, o por virtud de la previsión de un grado muy alto de probabilidad [...]”²²³.

Puede apreciarse sin dificultad la correlación que existe entre, por un lado, el desarrollo extenso de los valores englobados por la prudencia que acabamos de anotar y, por otro lado, las características básicas del *logos* de lo razonable que señalamos cuando nos ocupamos de lo que llamamos “tesis ontológica-gnoseológica”²²⁴. A nuestro juicio, este hallazgo confirma la idea de que la virtud de la prudencia constituye un elemento o momento esencial del ejercicio del *logos* de lo humano, algo así como su clave de bóveda hermenéutica y determinativa²²⁵. Lo señalado quedará más claro cuando pasemos revista brevemente a las fuentes principales que el autor reconoce para la elaboración de su propuesta, en concreto: Aristóteles —en parte interpretado por Tomás de Aquino— y Ortega y Gasset²²⁶.

²²³ Ídem. (Cursivas en el texto).

²²⁴ Cfr. Cap. II.A.3. Cabra Apalategui (Cfr. “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., pp. 48 ss.) ve en estos rasgos un antípode del principio de proporcionalidad en las versiones de Alexy (por ejemplo, R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. C. Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2^a ed., 2007, pp. 91 ss.) o de Bernal Pulido (por ejemplo, C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, CEPC, 3^a ed., 2007, pp. 41 ss.) Sobre los aciertos y las limitaciones de dicha comparación tendremos ocasión de volver luego. (Cfr. Cap. VI.B.2).

²²⁵ En términos de José Manuel Cabra: “[...] como categoría de cierre o criterio último de la unidad de la razón práctica [...]”. (J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., p. 55).

²²⁶ Los tres nombres que menciona al abordar la prudencia en sus tres últimas grandes obras son Aristóteles, Cicerón y Tomás de Aquino. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 511; *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 290; e *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 261). A la prudencia en Tomás de Aquino le dedica, ciertamente, unas breves líneas: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 360. A Aristóteles y a Ortega y Gasset les dedica los más largos desarrollos al respecto, no sólo en *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 540-548 y pp. 371-373 (respectivamente), sino principalmente en su único trabajo específico sobre el tema: L.

Tras reconocer la importancia de la prudencia en la antigüedad clásica y en el medioevo, el profesor español destaca, sobre todo, el legado del Estagirita²²⁷. En concreto, señala que para el Aristóteles de la *Ética Nicomáquea*, la *frónesis* se muestra como el elemento principal de la vida buena y fundamento de la acción correcta en medio de lo contingente: “[...] es la razón práctica, diferente de la razón teórica; es lo razonable, diferente de lo racional; es un sentido ético capaz de orientar la acción humana hacia lo que es no sólo bueno sino también adecuado para el hombre y para las situaciones varias en las que éste se encuentra”²²⁸.

Siguiendo a Aubenque²²⁹, Recaséns pondrá de relieve que para Aristóteles, la prudencia es un saber de lo particular que aplica los principios de la ética —aprehendidos por la conciencia moral o sindéresis— a la variabilidad de las circunstancias, por lo que la interpretación de Tomás de Aquino en el sentido de que no existe una ruptura entre las leyes morales intangibles y la movilidad de los actos humanos insertos en las variables circunstancias, es la más acertada²³⁰. Nuestro autor

RECASÉNS SICHES, “Algunas contribuciones españolas al estudio de la prudencia”, cit., pp. 182-184 y 194-199 (respectivamente). Sobre la autenticidad de la interpretación tomasiana de la prudencia aristotélica para Recaséns, Cfr. Ibídem, p. 183; por lo que no debe tenerse en poco la influencia de Tomás de Aquino en la propuesta de nuestro autor. En ese sentido, Vallet de Goytisolo ha llegado a decir que: “El *logos de lo humano*, la lógica de lo razonable, de la *razón vital e histórica*, están pues presentes en las consideraciones del Aquinatense”. (J. VALLET DE GOYTISOLO, “Santo Tomás de Aquino y la lógica de lo razonable y de la razón vital e histórica”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 19, 1976-1977, p. 25. Cursivas en el texto).

²²⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Logos de lo humano, experiencia jurídica...”, cit., pp. 18 ss.

²²⁸ L. RECASÉNS SICHES, “Algunas contribuciones españolas al estudio de la prudencia”, cit., p. 183. Para Aristóteles: “[...] parece propio del hombre prudente el ser capaz de deliberar rectamente sobre lo que es bueno y conveniente para sí mismo, no en un sentido parcial, por ejemplo, para la salud, para la fuerza, sino para vivir bien en general [...]”. (ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, VI, 5, 1140a 25 ss.)

²²⁹ Cfr. P. AUBENQUE, *La prudencia en Aristóteles*, Trad. L. Belloro, Buenos Aires, Las Cuarenta, 2010, pp. 105 ss.

²³⁰ Para Aristóteles, “[...] que hemos de actuar de acuerdo con la recta razón es comúnmente aceptado y lo damos por supuesto [...]”. (ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, VI, 5, 1103b 31-32). Cfr., por ejemplo, T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 2; y T. DE AQUINO, *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, V, 12, n. 724. Para un análisis de la implicancia de la interpretación y apropiación tomasiana de Aristóteles sobre el tema, Cfr. J. GARCÍA-HUIDOBRO, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, México, UNAM, 2002, pp. 59-111. Para Pieper: “Los «principios universales» de la razón práctica son revelados al hombre merced a la sentencia de la sindéresis [...] [en la que] el conocimiento universalísimo de la esencia del bien inviste modalidad preceptiva. «Hay que amar y practicar el bien»: esta proposición (con cuanto de ella inmediatamente se deriva) representa el contenido objetivo alumbrado, por la sindéresis. Por ella son mentados los fines comunes a toda operación humana”. (J. PIEPER, *Las virtudes fundamentales*, Trad. R. Gimeno Peña, Rialp, Madrid, 10^a ed., 2012, p. 43). Y más adelante añade: “[...] la unidad viva de sindéresis y prudencia no es otra cosa que lo que solemos denominar «la conciencia». La prudencia, o, mejor, la

reconoce que la idea de *frónesis* aristotélica implica la de un conocimiento de carácter práctico e imperativo —pues incluye el deseo y la virtud—, pero que al ser también intelectual²³¹, se hace cargo no sólo de la ponderación de los medios, sino también de la elección de finalidades²³².

Recaséns reseña que, para el Estagirita, la prudencia no puede ser ni ciencia, ni técnica o arte. No puede ser ciencia, porque el objeto de la acción puede variar y, al no ser necesario, no puede haber demostración sobre él. Tampoco puede ser técnica, porque el género de la acción (obrar) es distinto del de la producción (hacer); siendo que el fin de la producción bien hecha es distinto de ella (el producto), a diferencia de la acción buena que es ella misma su propio fin²³³. Por lo que resta concluir que la virtud de “[...] la prudencia es un modo de ser racional verdadero y práctico, respecto de lo que

razón práctica perfeccionada por la virtud de la prudencia, es, vale decir, la «conciencia de situación», a diferencia de la sindéresis o conciencia de principios. La sentencia de la sindéresis es, como el principio de contradicción respecto al saber concreto, el supuesto y el terreno por donde caminan los actos concretos de imperio de la «conciencia de situación». Y sólo en estos actos alcanza la sindéresis su realización última”. (Ibídem, pp. 43-44). Para una lectura disociadora de la ética aristotélica respecto de la interpretación de Tomás de Aquino, Cfr. J. VEGA LÓPEZ, “Aristóteles, el derecho positivo y el derecho natural”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 27, 2011, pp. 281-317.

²³¹ Para Massini Correas, respecto de Aristóteles: “[...] La prudencia será [...] una potenciación habitual de la inteligencia, tal como lo son las restantes virtudes intelectuales, pero se diferenciará entre ellas por su objeto [...]: el conocimiento de lo que es bueno moralmente para el hombre y debe por lo tanto ser buscado y de lo que es malo, también moralmente, para él y debe por ello evitarse”. (C. I. MASSINI CORREAS, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2^a ed., 2006, pp. 33-34).

²³² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Algunas contribuciones españolas al estudio de la prudencia”, cit., pp. 183-184. Kalinowski, comentando los matices que hace Santo Tomás a la propuesta aristotélica, señala que para Tomás de Aquino: “[...] la prudencia dispone al intelecto a conocer los medios más apropiados en vistas al fin del hombre, el cual es la plenitud de su ser humano. Ella es entonces *ratio eorum quae sunt agenda propter finem* y en ese sentido es que la razón indica, gracias a ella, qué es necesario hacer en vistas de nuestro fin. Ella es, al mismo tiempo, *recta ratio agibilum*, porque es indispensable, para que la disposición que permite a la razón el enunciado de juicios indicadores de los medios más apropiados en vistas del fin moral último del hombre será realmente la prudencia y no cualquier otra disposición intelectual con sólo la apariencia de tal, es indispensable, subrayo, que los medios en cuestión sean los más apropiados para alcanzar el fin último “objetivo” del hombre y no solamente un fin subjetivamente intentado por él. La objetividad del fin confiere rectitud a los medios y a la razón que los juzga [...]”. (G. KALINOWSKI, “Aplicación del derecho y prudencia”, Trad. C. Arias de Ronchietto, en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 129). Finnis prefiere referirse a la prudencia clásica bajo el término *practical reasonableness* o “razonabilidad práctica”. (Cfr. J. FINNIS, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, reimp. 2004, pp. 83-84; y J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, Trad. C. Orrego Sánchez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 131-163).

²³³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 164; y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 344. Aristóteles había esclarecido la diferencia entre lo técnico y lo moral. (Cfr. ARISTÓTELES, *Metafísica*, IX, 8, 1050a 30 ss.)

es bueno y malo para el hombre [...]”²³⁴. Con lo que —como veremos en el Balance de la Primera Parte— se abre un camino para hablar de una “verdad” práctica o estimativa, compatible con el *logos* de lo razonable recaseniano.

Por otro lado, destaca que Aristóteles trató del vínculo entre la dialéctica y la virtud de la prudencia, lo que se evidenciaría en que no sólo se ocupó de esta última en su *Ética Nicomáquea*, sino también en los *Tópicos*, poniendo “[...] claramente de manifiesto que la prudencia constituye una de las especificaciones más importantes del pensamiento tópico y dialéctico [...]”²³⁵. A su juicio, Aristóteles dejó claro algo que muchos que se llamaron a sí mismos “aristotélicos” olvidaron: que no obstante la importancia del silogismo para el razonamiento demostrativo deductivo, dentro del reino del razonamiento, es relativamente secundario, pues parte de principios que no pueden ser justificados por inferencia, con lo que el punto de partida tiene que ser siempre la “experiencia”²³⁶.

Comentando la *Retórica*, Recaséns interpreta que, para el Estagirita, la prudencia es la virtud del entendimiento que le permite al hombre tomar decisiones sensatas, sobre todo respecto de la conducta social²³⁷. Concluye que puede hablarse de dos

²³⁴ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, VI, 5, 1140b. Más precisamente: “[...] es la virtud de la inteligencia mediante la cual se puede resolver acerca de los bienes y males que antes [1362b 10-28] se ha dicho se encaminan a la felicidad”. (ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 9, 1366b 20 ss.) Para Tomás de Aquino, con una terminología que nos evoca a la escogida por Recaséns: “[...] la prudencia es sabiduría acerca de las cosas humanas [...]”. (T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 47, a. 2, ad. 1).

²³⁵ L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 344. Hace referencia explícitamente, por ejemplo, a *Tópicos*, I 6 y III 3.

²³⁶ Recaséns se refiere al sentido lato de esta palabra: “[...] es decir, como algo dado de una manera inmediata o directa; pues, a la postre, lo que Aristóteles llama inducción se basa en datos de experiencia. Pero no se olvide, y perdón el lector que yo insista en ello, que la experiencia no es sólo la sensible, sino que hay también experiencia de otros tipos, por ejemplo, de índole metafísica, cual aparece constatada en la filosofía de Aristóteles”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 345). Sobre la importancia de esta insistencia de Recaséns, hemos de ocuparnos en la Segunda Parte. (Cfr. Cap. III.B.1 y Cap. IV.A.1). Por su parte, Massini Correas comentando los *Tópicos*, pone de relieve lo imprescindible de las proposiciones dialécticas para el conocimiento práctico sin desmerecer la importancia de la lógica deductiva. (Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, t. III: *El conocimiento y la interpretación jurídica*, cit., pp. 22-23).

²³⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 348. Para Aristóteles: “Partes de la virtud son la justicia, valor, templanza, magnificencia, magnanimitad, liberalidad, afabilidad, prudencia, sabiduría. Forzosamente son las mayores virtudes las más útiles para los demás, puesto que la virtud es la facultad de hacer beneficio [...]”. (ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 9, 1366b 1-5). Para Massini Correas: “[...] dado que los conocimientos prácticos, y en especial el jurídico y el político, son [...] adquiridos a partir de una experiencia social y de un aprendizaje también social, y cumplen funciones eminentemente

noción de prudencia; una general, relativa a todos los problemas sociales de conducta humana ética: como los políticos, los legislativos, los económicos y los jurisdiccionales; y otra más restringida e impropia: referida a los problemas y las decisiones éticas de un individuo sobre su propio buen vivir²³⁸.

En definitiva, para el profesor hispano-mexicano, Aristóteles entrevió e incluso desenvolvió considerablemente la diferencia entre el *logos* de lo racional —del que se ocupó en su *Órganon*— y el *logos* de lo razonable²³⁹. Éste, a diferencia del primero, no tiene carácter de exactitud y se caracteriza más bien por la deliberación, el buen juicio y la ponderación. Este *logos* de lo razonable es el que, en términos aristotélicos, inspiraría la virtud intelectual y moral de la prudencia²⁴⁰.

Respecto de los aportes de Ortega y Gasset, hay que señalar que Recaséns los enmarca en las contribuciones en general de los autores españoles a la prudencia. No obstante reconocer la universalidad del tema, dedica un trabajo específico a ellos en virtud de dos constataciones distintivas: a) el estilo práctico propio de la cultura y de la filosofía hispánicas —donde todo pensamiento tiene consecuencias en el orden de la acción y viceversa—; y b) el sentido español de la “unidad armónica del espíritu” —una capacidad de síntesis, de entrelazado de valoraciones— frente a las parcelación y disgregación de las distintas disciplinas científicas²⁴¹.

Para Recaséns, con Ortega —en gran parte, bajo la terminología de “razón vital y razón histórica”— la prudencia ingresa por la puerta central a la filosofía auténtica y rigurosa, hasta convertirse en: “[...] la columna vertebral de una nueva metafísica.

sociales, es necesario el recurso a argumentaciones de carácter retórico para transmitir “con verosimilitud” o plausiblemente los conocimientos de carácter ético [...]. (C. I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, t. III: *El conocimiento y la interpretación jurídica*, cit., p. 22).

²³⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 348. Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, VI, 8; y T. DE AQUINO, *Comentarios a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, VI, 7.

²³⁹ Cfr., por ejemplo, ARISTÓTELES, *Tópicos*, I, 1, 100a 25 ss.

²⁴⁰ L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 343 y 348; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 164.

²⁴¹ El desarrollo histórico lleva a Recaséns por los aportes sobre la prudencia y la razón práctica desde Luis Vives, Francisco Sánchez de las Brozas, Sebastián Fox Morcillo, Diego de Saavedra Fajardo, Miguel de Molinos, Baltasar Gracián o Jaime Balmes; hasta los de Leopoldo Eulogio Palacios y Miguel de Unamuno, poniendo de relieve los de su maestro, Ortega y Gasset. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Algunas contribuciones españolas al estudio de la prudencia”, cit., pp. 188-194).

Porque esa nueva metafísica de Ortega y Gasset es precisamente filosofía de la vida humana. Y no es sólo eso, sino que, además, es filosofía para la humana existencia”²⁴². Por lo que concluye, que el “[...] sentido de la filosofía es incitarnos a tener cuidado de nuestra vida, a acuitarnos sobre ella, y a lograr caminos de prudencia”²⁴³.

4. **Logos de lo razonable y equidad**

Para el maestro hispano-mexicano la aclaración sobre el viejo problema de la equidad servirá, por lo menos, para tres objetivos estrechamente vinculados: a) iluminar la función del juez y poner en evidencia su necesaria dimensión estimativa; b) descubrir lo que debe hacer cuando se encuentra frente a la situación de que la aplicación de la norma *prima facie* aplicable al caso concreto lo llevaría a una solución injusta; y c) orientarlo frente a las lagunas jurídicas²⁴⁴. Es decir, para el esclarecimiento de lo que desde la perspectiva de la función jurisdiccional él mismo llama: la dimensión creadora de la función judicial²⁴⁵.

Sus fuentes clásicas parecen empezar otra vez en Aristóteles. Luego de reseñarlo casi al pie de la letra²⁴⁶, lo interpreta arribando a dos conclusiones. La primera, que lo

²⁴² Ibídem, p. 194. Señala Recaséns que son cuatro los puntos cimentadores de toda la filosofía orteguiana: “[...] *Primero*: el descubrimiento de que el hombre hace filosofía y hace ciencia [...] porque las necesita para sostenerse en el mundo, para sobrevivir en éste. *Segundo*: con la ciencia y la filosofía el hombre intenta averiguar qué son auténticamente, en verdad, las cosas. Pero eso lo hace para dominar las cosas, para producirlas cuando no las tiene a su vera y las necesita. En fin de cuentas, ciencia y filosofía son técnicas para la vida. *Tercero*: el mundo o trasmundo espectral de la ciencia y de la filosofía no suprime, no anulan el mundo del sentido común, que es el que efectivamente seguimos viviendo de hecho y en una forma ejecutiva, y a cuyas condiciones estamos sujetos, querámoslo o no, y al que tenemos que atenernos. *Cuarto*: exploró la razón vital y la razón histórica que habían sido abocetadas por Dilthey”. (Ibídem, p. 195). Para una síntesis recaseniana de la Filosofía de Ortega con ocasión de su fallecimiento y del mismo año en que empieza el desarrollo temático de su *logos de lo razonable*, Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “José Ortega y Gasset: algunos temas capitales de su filosofía”, *Diánoia*, 2, 1956, pp. 352-368. Sobre la influencia de estas ideas de Ortega en la propuesta de Recaséns, volveremos en la Segunda Parte de este trabajo. (Cfr. Cap. III.C).

²⁴³ L. RECASÉNS SICHES, “Algunas contribuciones españolas al estudio de la prudencia”, cit., p. 199.

²⁴⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 260.

²⁴⁵ Cfr. Ibídem, pp. 211-259.

²⁴⁶ Cfr. Ibídem, pp. 260-263; Cfr. también: L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 656-658. Para el Estagirita: “[...] lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto. Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta. Ésta es también la causa de que no todo se regule por la ley, porque sobre algunas cosas es imposible establecer una ley, de modo que es necesario un decreto [...]”. (ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, V, 10, 1137b 25-30).

equitativo sería la corrección de la ley cuando falla en el caso concreto debido a su generalidad; la segunda, que cuando la ley no hubiese previsto la peculiaridad de un caso —pues si la aplicásemos se produciría un resultado injusto y por lo tanto contrario a su finalidad—, debería tratarse el mismo como si no hubiera regla jurídica aplicable²⁴⁷.

Por otro lado, el profesor español pone de relieve que para Cicerón, la equidad no está en “corregir” la norma, sino en interpretarla correctamente yendo a la voluntad del legislador, más allá del equívoco significado de los términos²⁴⁸. Finalmente, se remite también a Francisco Suárez, quien —a su juicio— habría afinado el tema, pese a partir primero de la idea limitativa de equidad como “corrección de la ley”²⁴⁹. Destaca de él la idea de que la epiqueya también es reconocer que la obligación de la ley, no obstante su intrínseca justicia, puede cesar en un caso particular²⁵⁰.

Para Recaséns, a pesar de estos certeros antecedentes, la teoría y la ciencia jurídicas concibieron la equidad como una mera corrección eventual de la ley para

²⁴⁷ Para la interpretación que hace Santo Tomás de la doctrina aristotélica de la equidad, Cfr. T. DE AQUINO, *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, V, 16, nn. 771-780. Para el Aquinate: “[...] Los legisladores legislan según lo que sucede en la mayoría de los casos, pero observar punto por punto la ley en todos los casos va contra la equidad y contra el bien común, que es el que persigue la ley. Así, por ejemplo, la ley ordena que se devuelvan los depósitos, porque esto es normalmente lo justo; pero puede a veces ser nocivo: pensemos en un loco que depositó su espada y la reclama en su estado de demencia, o si uno exige lo que depositó para atacar a la patria. Por tanto, en estas y similares circunstancias sería pernicioso cumplir la ley a rajatabla; lo bueno es, dejando a un lado la letra de la ley, seguir lo que pide la justicia y el bien común [...]”. (T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 120, a. 1).

²⁴⁸ L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 658. Cfr. también: *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 243.

²⁴⁹ Para Suárez: “[...] conviene distinguir entre interpretación de la ley y la epiqueya propiamente dicha o equidad, porque la interpretación de la ley tiene un sentido mucho más amplio que la epiqueya: existe entre ellas la relación de cosa superior y cosa inferior, y toda epiqueya es interpretación de la ley, pero no toda interpretación de la ley es epiqueya” y luego añade siguiendo a Aristóteles, que “[...] la ley no debe observarse en un caso en el que el observarla será un error práctico contrario a la justicia o a la equidad natural: por eso se dice que es una enmienda de la ley. Pero puede haber otras interpretaciones que no son enmiendas de las leyes sino únicamente explicaciones de su sentido en puntos algo ambiguos [...]”. (F. SUÁREZ, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, lib. II, cap. 16, párr. 4). Interpretando a Suárez, Recaséns afirmaba al inicio de su recorrido iusfilosófico (citamos la que es su tesis doctoral, en su segunda edición corregida y ampliada): “La equidad significa solución justa para un caso dado, frente a la que brindan los preceptos de un Derecho positivo concebidos en forma rígida y universal, que no previeron la posible injusticia de los mismos para dicha situación [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *La Filosofía del derecho de Francisco Suárez. Con un estudio previo sobre sus antecedentes en la patrística y en la escolástica*, Madrid, Jus, 2^a ed., 1947, p. 164). Sobre la relación entre interpretación y equidad regresaremos en la Tercera Parte de nuestro estudio. (Cfr. Cap. VI.C.2).

²⁵⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 658; e *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 243. Cfr. también: F. SUÁREZ, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, lib. VI, caps. 6-7.

aplicarla a los casos en que la interpretación literal llevase a una injusticia. Siguiendo a Fuller²⁵¹ plantea que la interpretación de las normas que parecen incluso muy claras y completas requiere siempre de la referencia a principios axiológicos implícitos que, de no ser considerados, llevan a resultados injustos²⁵². A su modo de ver, la equidad se trata, precisamente, de interpretar la ley siempre “razonablemente”²⁵³, pues consiste en un “antecedente”, un “presentimiento”, del *logos* de lo razonable en materia de interpretación normativa²⁵⁴.

Para nuestro autor —como vimos— las leyes no son principios matemáticos válidos independientemente de su aplicación a la realidad, sino que son opciones regulativas contingentes que el legislador toma previendo lo que sería más justo para determinadas situaciones. Por esa razón, el jurista, ante cualquier caso, debe verificar antes mentalmente si la aplicación de la norma en principio aplicable llevará a la solución axiológicamente más satisfactoria o justa²⁵⁵. He ahí el punto de partida de la equidad²⁵⁶.

²⁵¹ Cfr. L. FULLER, *Anatomía del derecho*, Trad. L. Castro, Caracas, Monte Ávila, 1969, pp. 77 ss.

²⁵² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 537-538. Para Recaséns: “Este argumento en contra de la interpretación literal es, a la vez, un argumento contra el positivismo jurídico a ultranza”. (Ibídем, p. 538).

²⁵³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 654; e *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 239. Para Recaséns [...] *Lo que se solía llamar “equidad” no es un procedimiento para corregir leyes imperfectas. Es la manera correcta de interpretar todas las leyes, absolutamente todas [...]*. Es la manera correcta de tomarlas como base para elaborar las normas individualizadas. Siempre y en todos los casos. Sin excepción. La equidad no es un recurso “extraordinario” para “suavizar” la aplicación de ciertas leyes [...]. Si el legislador lo ha prohibido alguna vez, esto no tiene ningún alcance, no puede tenerlo. El legislador tiene poder para abrogar o derogar una ley y dictar nuevas normas. Tiene incluso para aclarar en *términos generales* el sentido y el alcance que quiso dar a una ley suya anterior; pero, entiéndase bien, “en *términos generales*”, con lo cual lo que hace es dictar una especie de legislación complementaria. Pero si habla de métodos de interpretación emite entonces palabras que se las debe llevar el viento [...]. (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 655. Cursivas en el texto).

²⁵⁴ Ibídем, p. 659. Afirma años después: a “[...] esa interpretación por equidad, creo que, afinando más las ideas, se le debe llamar interpretación mediante la *lógica de lo razonable* [...].” (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 216).

²⁵⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 263-264.

²⁵⁶ Recaséns lo especifica así: “[...] El fallo debe inspirarse por la anticipación mental de los efectos que vaya a producir, contrastando si tales efectos concuerdan o no con el genuino propósito de la ley en cuestión. Es lo que hoy, casi unánimemente, en el pensamiento jurídico más actual, se llama *interpretación no por antecedentes, sino por virtud de la valoración de los efectos*. No de la libre valoración del juez, sino de la valoración de los efectos de acuerdo con el propósito de la ley en cuestión. Este es uno de los imperativos de la *prudencia*”. (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 239. Cursivas en el texto).

Para el profesor español esta valoración complementaria por parte del juez no significa que aplicará de buenas a primeras su personal criterio de justicia. Más bien debe proceder según los criterios axiológicos objetivos que hayan sido recogidos explícita o implícitamente en el orden jurídico positivo o que, sin haberlo sido, representen la opinión común de los ciudadanos respecto de lo que es justo en un aquí y ahora concretos y, en ese sentido, formen parte de ese mismo orden jurídico que se debe individualizar. Sólo en la situación de no estar estos criterios claros, el juez deberá utilizar para resolver el caso su propia idea de justicia objetiva o de “derecho natural”²⁵⁷.

En ese sentido, se entiende que el jurista no deba considerar como derecho vigente un tipo de “normas”: aquellas que —no obstante su apariencia formal de normas jurídicas— atenten contra los valores supremos de la dignidad y de la autonomía de la persona humana. La razón es que, en dicho caso, no se trataría propiamente de “derecho”, sino de mera apariencia de derecho normativo, al no considerar éste, en su destinatario, a un ser humano en cuanto tal²⁵⁸.

²⁵⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 251, 265 y 310-311. Cfr. también: B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 227-228. Nótese que Recaséns no plantea la disociación entre equidad y derecho natural que Vega defiende en Aristóteles. (Cfr. J. VEGA LÓPEZ, “La equidad según Ferrajoli y la equidad según Aristóteles: una comparación crítica”, *Doxa*, 36, 2013, pp. 233 ss.) Sobre la discusión acerca de en qué sentido puede considerarse a Recaséns un autor iusnaturalista, nos hemos ocupado ya en otro trabajo. (Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, “Derecho natural y axiología jurídica. Una mirada al problema a partir de la iusfilosofía de Luis Recaséns Siches”, en J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO y R. SANTA MARÍA D’ANGELO (Coords.), *Derecho natural y iusnaturalismos*, Lima, Palestra, 2014, pp. 138 ss.) En todo caso, algo diremos al respecto en la Segunda Parte (Cfr. Cap. IV.B.2). Para Massini Correas la equidad sería “[...] aquella parte de la justicia legal que nos induce a la no aplicación de aquellas normas que implican consagrar una injusticia grave y evidente [...]”, porque “[...] la equidad [...] no es sino el resguardo o la realización de lo justo concreto en una determinada circunstancia: en aquella donde la norma que gramaticalmente pareciera ser la concerniente al caso, acarrearía, de aplicarse, consecuencias irrationales e inicuas, contrarias a la razón de justicia que preside su contenido [...]”. (C. I. MASSINI CORREAS, *La prudencia jurídica*, cit., pp. 216-217). Veremos la idea recaseniana de justicia con mayor profundidad en la siguiente Parte de nuestra investigación. (Cfr. Cap. IV.A.3). Sobre la equidad, volveremos hacia el final. (Cfr. Cap. VI.C.2).

²⁵⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 236. Para más detalles sobre las razones por las cuales Recaséns enmienda su postura anterior en el sentido señalado, Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Revisión sobre el problema del «derecho injusto»”, *Diánoia*, 12, 1966, pp. 29-50. Cabe destacar que el profesor español, más allá de la constatación teórica de que una norma “gravemente injusta” o “monstruosa” no es derecho, no llega a ser explícito respecto de qué deba hacer el juez con ella en su práctica jurisdiccional. Sobre las consecuencias de esta tesis para la sistemática de la Filosofía jurídica de Recaséns, tendremos oportunidad de detenernos en el Balance de la Primera Parte. Sobre el derecho gravemente injusto, volveremos más adelante. (Cfr. Cap. IV.A.3 y B.2.; Cap. V.E.1; y Cap. VI.C.2).

Así las cosas —y tomando en cuenta que para el profesor español el juez nunca se encuentra por encima de la ley, sino que debe obedecerla²⁵⁹— sintetizamos los tres casos con los que se puede topar el juez en la aplicación equitativa de las normas jurídicas²⁶⁰. Según Recaséns:

- a) Si una norma parece tener notorias injusticias —aunque no monstruosas, como en el caso anteriormente señalado— el juez debería evitarlas mediante una interpretación razonable o equitativa; de no lograrlo, se encontraría frente a un dilema: 1) si su conciencia moral le impide acatarla, deberá tomar la dramática decisión de renunciar a su cargo²⁶¹; pero, 2) si la deficiencia axiológica que percibe le permite obedecerla en virtud de la seguridad jurídica, deberá tomar la norma deficiente como guía para resolver el conflicto²⁶².
- b) Si el contenido de una norma es indudablemente justo, pero su aplicación —a un caso excepcional e inesperado y en virtud del procedimiento deductivo formalista de la lógica de lo racional— llevaría a una solución claramente injusta²⁶³; el juez debería anteponer los criterios de validez material de la norma —es decir, de congruencia con la finalidad de la misma— para descartarla como norma aplicable al caso²⁶⁴. Eso debería

²⁵⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Unicidad en el método de interpretación...”, cit., p. 243; e *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 238. Esto lo destaca Manzanilla. (Cfr. V. MANZANILLA SCHAFFER, “Axiología o estimativa jurídica en el pensamiento de Recaséns Siches”, en L. J. MOLINA PIÑEIRO, J. F. OJESTO MARTÍNEZ P., F. SERRANO MIGALLÓN (Coords.), *El pensamiento filosófico-jurídico y político en Luis Recaséns Siches*, México, Porrúa, 2003, pp. 108 ss.)

²⁶⁰ Cabe señalar que Recaséns no parece del todo coherente con dos planteamientos que realiza en la misma obra respecto de los casos frente a los que se topa el juez en la aplicación del derecho: 1) cuando desarrolla el tema de la dimensión creadora de la función judicial, y 2) cuando se refiere a la equidad. Por momentos pareciera insinuar que la equidad sólo se aplica para los casos que sintetizaremos aquí como “b)” (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, p. 258); sin embargo, es evidente que para Recaséns la equidad se confunde con el mismo *logos* de lo razonable, lo que no deja dudas respecto de que la equidad es lo que el juez debe aplicar siempre y en todos los casos, como hemos podido apreciar.

²⁶¹ Por nuestra parte, creemos que en este aspecto Recaséns resulta consecuente con la importancia que en su sistema tiene el principio axiológico de la libertad de conciencia. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 326; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 535). Sobre este aspecto habrá oportunidad de volver en la Segunda Parte. (Cfr. Cap. IV.B.1).

²⁶² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 237.

²⁶³ Para el profesor español, dilucidar la aplicabilidad de una norma a un caso concreto, no es un asunto de lógica deductiva, sino un problema que sólo se puede resolver “[...] ponderando, comprendiendo y estimando los resultados prácticos que la aplicación de la norma produciría en determinadas circunstancias reales [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 265).

²⁶⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 238.

llevarlo a buscar la aplicación de otra norma del sistema que resulte axiológicamente satisfactoria o justa²⁶⁵. De no hallarla, tendría que reconocer que se encuentra frente a una “auténtica laguna” que debe llenar por su propia cuenta²⁶⁶.

c) Finalmente, si el caso se enmarca claramente en la finalidad de la ley a aplicarse, la equidad cumpliría la labor de “[...] conjugar el sentido general y abstracto de la norma con la significación concreta del caso singular [...]”²⁶⁷, lo que debería hacerse siempre, pues cada caso tiene sus propios matices de sentido.

Creemos que, precisamente, a esta idea amplia de equidad —en el sentido global de *logos* de lo razonable aplicado a la labor jurisdiccional²⁶⁸— es a lo que se refiere Recaséns cuando defiende la dimensión creadora de la función judicial en contra de la función meramente “mecánica”. Amparándose, por lo menos en parte, en Kelsen²⁶⁹, lo hace desde una perspectiva que llama “formal” —o de Teoría general del derecho—: destacando que necesariamente la norma individual del fallo judicial contiene

²⁶⁵ Esta postura se parece a lo que —más refinadamente— Ruiz Manero ha llamado “laguna axiológica”, reformulando la conocida tesis de Alchourrón y Bulygin. (Cfr. J. RUIZ MANERO, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, en F. ATRIA *et alii*, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 123-126; y C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 5^a reimp., 2006, pp. 157-167).

²⁶⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 264-265. El juez ha de proceder así en virtud del principio de “plenitud hermética del orden jurídico positivo”. Dice al respecto: “[...] se trata de un *principio esencial y necesario de todo ordenamiento jurídico*, lo mismo si se halla formulado explícitamente, como si no lo está [...] es un principio esencial que condiciona la posibilidad de todo Derecho positivo [...]” (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 205. Cursivas en el texto). Recordemos que para él, sólo cuando el juez “[...] no pueda encontrar en alguna parte del orden jurídico positivo los criterios axiológicos mediante los cuales le sea factible llenar la laguna, sólo entonces se presentará el problema de ir a la búsqueda de una pauta axiológica que hasta entonces no había sido *efectivamente* incorporada al ordenamiento positivo. Así pues [...] en todos los demás casos, el juez valora y debe valorar según los cánones axiológicos que pertenecen al orden jurídico positivo vigente”. (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 235. Cursivas en el texto). Pero vale la pena añadir que, para Recaséns, ese principio axiológico con el que el juez falla ante una “auténtica laguna” resulta ser una norma jurídica objetiva y vigente —aun cuando generalmente desconocida, se entiende— ya antes de que juez la aplique para resolver el caso. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 328). Sobre las consecuencias de esta tesis para la axiología jurídica de nuestro autor, volveremos en la Segunda Parte. (Cfr. Cap. IV.B.2).

²⁶⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 264.

²⁶⁸ Recaséns llega a decir que la equidad es “interpretación razonable”. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, voz “Equidad”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1977, t. X, pp. 428-429).

²⁶⁹ Cfr. H. KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, Trad. E. García Márquez, México, UNAM, 3^a ed., 1^a reimp. 2010, pp. 43-45. Castro Cid hace notar que ello ocurre a pesar de que la idea kelseniana de la función judicial es más bien de un voluntarismo extremo. (Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 227, nota 46).

determinaciones que no estaban albergadas en la norma general²⁷⁰. Pero lo hace también —y sobre todo— desde la perspectiva experiencial y axiológica, pues constata que la norma está impregnada de valoraciones no sólo por parte del legislador que la creó, sino también por parte del juez al aplicarla y, con ello, realmente completarla²⁷¹.

Para el profesor español —como vimos cuando nos referimos a la tesis ontológica-gnoseológica²⁷²— el problema central de la función judicial no radica en la correcta ejecución formal del silogismo, sino en la elección prudencial y equitativa de sus premisas. Y ello vale, claro está, también para la premisa menor que implica una doble valoración: a) la de la prueba para la constatación de los hechos, y b) la de su calificación jurídica²⁷³. Pero recordemos que para Recaséns, no obstante representar ficticiamente los pasos del razonamiento judicial en forma de secuencia silogística, ellos son en realidad “recíprocamente solidarios entre sí”, se retroalimentan: el juez anticiparía primero el fallo justo dentro del ordenamiento positivo vigente, luego

²⁷⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 215-221. Afirma: “[...] la determinación del hecho [...], con su calificación jurídica, no son dos momentos diferentes y sucesivos en el proceso jurisdiccional, sino que son algo así como el anverso y reverso de una misma operación. Ahora bien, nótese que esa operación no se halla realizada de antemano en la norma general vigente [...]”; y continúa: “[...] incluso respecto de los casos más sencillos, caeremos en la cuenta de que la determinación de los hechos y su calificación, el hallazgo de la norma pertinente, la individualización del sujeto titular de derechos subjetivos, la individualización del sujeto titular de deberes jurídicos, la concreción de la obligación, la consistencia o monto de ella, la fijación del plazo perentorio en que debe ser cumplida, y la especificación de la modalidad de la sanción, son puntos, que no están comprendidos en la norma general, y que no pueden estarlo”. (ibidem, p. 217).

²⁷¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 235. Señala en otro lugar: “Las leyes, ni siquiera cuando éstas aparecen con el máximo grado de claridad y de previsión posibles, nunca expresan la auténtica totalidad del Derecho [...] las leyes emplean el único lenguaje que pueden usar: un lenguaje genérico y abstracto. Por el contrario, la realidad de la vida humana, y, por ende, de la existencia social, es siempre concreta y particular. Por eso, lo que una ley apunta jamás cobra plenitud de sentido antes de haber sido relacionado o conjugado con los hechos efectivos. O, diciendo lo mismo con otras palabras: Derecho perfecto, en el sentido de *concluso* o *terminado*, lo es sólo el de las normas individualizadas de la sentencia judicial o de la resolución administrativa, o, presuntamente, de los dictámenes de los jurisconsultos”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 520-521. Cursivas en el texto). Cfr. también: B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 227-228. Hay quien llega a ver en la tesis recaseniana de la dimensión creadora de la función judicial, una “apertura del camino a la justicia constitucional”. (Cfr. H. R. HORN, “Bases sociales del humanismo de Recaséns Siches: su alcance en el debate global”, en R. SÁNCHEZ FERRIZ y M. GARCÍA PECHUÁN (Coords.), *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica*, Valencia, Ene Edicions, 2001, p. 453).

²⁷² Cfr. Cap. II.A.2 e), f) y g).

²⁷³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 196; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 237-240. Con mayor complejidad: M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2^a ed., 2004, pp. 73 ss. Se trata, básicamente, de los problemas de justificación de segundo orden respecto de la premisa fáctica del razonamiento jurídico. (Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, reimpr., 2003, pp. 89 ss.) Sobre esto volveremos en la Tercera Parte. (Cfr. Cap. V.C.3).

buscaría la norma base para la solución y, finalmente, otorgaría a los hechos la calificación pertinente para llegar a ella²⁷⁴.

En definitiva, para Recaséns, la equidad —en el sentido amplísimo destacado por él— es el único método para la interpretación y aplicación del derecho, porque “[...] la doctrina de la lógica de lo razonable, constituye una versión refinada y calificada de lo que atinadamente se quiso mentar con el pensamiento de la equidad”²⁷⁵. En ese sentido, entiende que deba matizarse la idea de que la certeza y la seguridad jurídicas sean las motivaciones esenciales del derecho. Lo serían ciertamente, pero no en un sentido absoluto²⁷⁶. No obstante ello, deja constancia de que la lógica de lo razonable y su dimensión creadora no disminuyen la seguridad jurídica sino que la aumentan, al poner de manifiesto el verdadero *modus operandi* del juez: siempre razonable y objetivo, aunque no del tipo meramente “racional”, sistemático o matemático²⁷⁷.

²⁷⁴ Para nuestro autor: “[...] es la representación previa del justo fallo lo que sirve simultáneamente de vía para la constatación y la calificación de los hechos y para la averiguación de la norma aplicable”. (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 198). Cfr. también: *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 241. Para una idea semejante, Cfr. K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., pp. 272 ss. Para MacCormick: “[...] el silogismo es lo que proporciona el marco dentro del cual los otros argumentos [se refiere a los no deductivos, retóricos o persuasivos] cobran sentido como argumentos jurídicos [...]”. (N. MACCORMICK, “La argumentación silogística: una defensa matizada”, *Doxa*, 30, 2007, p. 332).

²⁷⁵ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 244. Cfr. también, L. RECASÉNS SICHES, “Equity and Logic of the Reasonable”, en R. A. NEWMAN (Ed.), *Equity in the World’s Legal Systems. A Comparative Study*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylants, 1973, pp. 411-423.

²⁷⁶ Las razones principales serían las siguientes: a) la seguridad no es en modo alguno el valor supremo en el que el derecho debe inspirarse, pues ello le corresponde a la justicia y al séquito de valores implicados en ella; b) la naturaleza intrínseca de la producción legislativa y del proceso jurisdiccional es contingente; y c) si bien existe un deseo natural de certeza y seguridad jurídicas, existen otros de signo contrario, por ejemplo, el deseo de cambio y de progreso. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 292-306; y “Unicidad en el método de interpretación...”, cit., pp. 239-242). Sobre las tensiones entre seguridad y certeza jurídicas, por un lado, y justicia, interés general y dignidad humana por otro, tendremos oportunidad de descender con detalle cuando nos ocupemos de los valores jurídicos en la Tercera Parte de nuestro trabajo. (Cfr. Cap. IV).

²⁷⁷ L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 308-312. En ese orden de ideas, no llama la atención que Recaséns se pronuncie con claridad sobre la imposibilidad de que las computadoras en el futuro puedan legislar o resolver en justicia: la índole de los asuntos humanos y la naturaleza de la razonabilidad práctica propia de ellos lo impediría. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 546-549).

5. El *logos* de lo razonable en acción

Nuestro autor utiliza, sobre todo, dos sencillos ejemplos para ilustrar, más que el funcionamiento pormenorizado de su “meta-método”, la justificación teórica de las ventajas del mismo. En primer lugar, se remite a un caso muy conocido que le debe a Radbruch:

“[...] En el andén de una estación ferroviaria de Polonia había un letrero que transcribía un artículo del reglamento de ferrocarriles, cuyo texto rezaba así: “Se prohíbe el paso al andén con perros”. Sucedió una vez que alguien iba a penetrar al andén acompañado de un oso, diciendo que aquel artículo del reglamento prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otra clase de animales; y de ese modo surgió un conflicto jurídico [...]”²⁷⁸.

Para Recaséns, desde la lógica de lo racional habría que concluir que la persona tenía derecho a pasar al andén con el oso, pues no habría modo de incluir a los osos dentro del concepto “perro”. Sin embargo, advierte que tal interpretación sería, obviamente, incorrecta. Si vamos a las razones de la ley, descubriríamos sin dificultad que el legislador consideró como legítimo interés librar a los usuarios del andén de las incomodidades y las amenazas que supondría llevar perros al mismo, las que podrían ocurrir con mayor probabilidad si se tratase de osos. En ese sentido, la interpretación correcta de la norma prohibitiva en orden a su aplicación se extendería también a los osos, básicamente por dos razones. La primera, porque tomaría en cuenta los mismos intereses dignos de protección a la luz de los valores de seguridad y comodidad, los que no están disminuidos por las exigencias que pudiesen emanar de otros valores concurrentes de igual o mayor rango. La segunda, porque tomaría en cuenta que para efectivizar dicha protección el único medio congruente y eficaz es también prohibir el paso a los osos²⁷⁹.

Al respecto, Atienza sugiere que Recaséns evidencia, en su tratamiento del ejemplo reseñado, desconocimiento de la lógica formal, confundiendo lo que es una

²⁷⁸ L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 645.

²⁷⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 165-167; *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 646-647; y “Unidad en el método de interpretación...”, cit., pp. 227-229.

condición suficiente: “los perros no pueden subir al vagón”, con una condición necesaria: “sólo los perros no pueden subir al vagón”²⁸⁰. Por nuestra parte, si bien creemos que resulta indiscutible que Recaséns no conocía en profundidad la lógica formal²⁸¹, pensamos también que su intención en dicho ejemplo se centró más bien en poner de relieve la necesidad de una valoración razonable para la interpretación y aplicación correctas de la disposición normativa. Creemos que, desde su propia perspectiva, algo semejante plantea García Figueroa respecto de la necesaria justificación del “salto” desde la disposición: “Prohibida la entrada de perros” a la regla: “Prohibida la entrada de perros y de otros animales que puedan causar problemas semejantes a los que provocan aquéllos en una estación de tren”²⁸². En ese sentido, resulta evidente que Recaséns no pudo beneficiarse teóricamente de la esclarecedora distinción de Wróblewski entre justificación interna y justificación externa de las decisiones judiciales²⁸³.

Para el maestro hispano-mexicano, aquí intervienen observaciones y experiencias de realidades tanto humanas como no humanas²⁸⁴, así como juicios estimativos sobre fines, sobre la bondad de los medios y sobre la adecuación y eficacia

²⁸⁰ Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 267 y 180.

²⁸¹ Él mismo lo acepta sin problemas. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 502 ss.)

²⁸² Cfr. A. GARCÍA FIGUEROA, “Teorías de la argumentación. Entre la lógica y la palabrería”, en M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.), *Argumentación jurídica*, cit., pp. 111-113. Anteriormente se había hecho notar que: “Recaséns confunde, pues, las funciones de la lógica formal con la interpretación e integración del derecho. A aquella no le corresponde determinar el significado de la palabra ‘perro’ —aunque basándonos en ella podríamos decir que los osos son perros, si fuere sinónima con la expresión ‘can u oso’’. Por otra parte, para formular, por ejemplo, la conclusión declarativa ‘Está prohibido el paso al andén con osos’, en una argumentación *a fortiori*, habrá que emplear —además de reglas lógicas como la de separación o *modus ponens*— criterios extralógicos, como el principio ‘Si está prohibido p y q es más grave que p, entonces está prohibido q’”. (M. MANSÓN, “Recaséns Siches y la lógica jurídica formal”, *Revista chilena de derecho*, 4, 1977, pp. 204-205).

²⁸³ Cfr. J. WRÓBLEWSKI, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, *Rechtstheorie*, 5, 1974, pp. 41-46. Lo que MacCormick ha llamado “Deductive Justification” y “Second-Order Justification”, respectivamente. (Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 100 ss.) Sobre la relevancia de este aspecto habrá oportunidad de regresar en la Tercera Parte de nuestro trabajo. (Cfr. Cap. V.C.2 y 3; Cap. VI.A.1 y C.2).

²⁸⁴ Menciona a manera de ejemplo: “Entre los datos de experiencia de realidades humanas [...] tenemos, entre otras, las siguientes: la experiencia de que las gentes tienen interés en su seguridad corporal, [...] en la seguridad de su estado de ánimo [...] en su comodidad [...]. Esos datos de experiencias humanas se apoyan en otras experiencias, por ejemplo, en las experiencias de que a veces los perros muerden, transmiten pulgas, ladran, se alborotan, etcétera”. (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 168).

de los mismos respecto de los fines. A su juicio, en el ejemplo reseñado, queda de manifiesto que el medio escogido (en este caso, la prohibición extendida a cualquier clase de animal que pudiera ocasionar las mismas molestias que un perro en el andén) debe ser: a) adecuado para realizar los fines propuestos por la norma; b) éticamente lícito “[...] pues la bondad de un fin nunca puede justificar la maldad de un medio [...]”; y c) eficaz. Para Recaséns, que en el ejemplo el test propuesto sea fácil de aplicar para validar la interpretación de la norma, no significa que siempre resulte así. Mientras que valorar la maldad o bondad del medio es un problema axiológico que exige “[...] hallar un juicio de valor suficientemente fundado”, en cambio, la eficacia de los medios ya absueltos como buenos o lícitos es un problema que sólo se resuelve a la luz de la “[...] experiencia vital humana e histórica [...]”²⁸⁵.

El segundo ejemplo que propone Recaséns es comparado por Atienza con el de *Riggs vs. Palmer* que hizo célebre Dworkin²⁸⁶. Ofrecemos aquí la síntesis que hace el profesor de la Universidad de Alicante:

“[...] Se trata de un caso planteado en el estado de Nueva York en torno a los años de la Gran Depresión. Un hombre de negocios, Wesley Moore, había establecido a favor de una empleada, Ida White, un legado consistente en unas acciones de una compañía eléctrica, sin que I. W. supiera de su existencia. Posteriormente, W. M. fue declarado incapaz e I. W. fue nombrada su tutora. Para proveer a las necesidades de la familia de W. M., I. W. vendió las acciones de la compañía. A la muerte de W. M., sus familiares sostuvieron que I. W. no tenía derecho alguno al legado, «pues siendo éste de cosa determinada, y no existiendo ya esa cosa cuando el testador murió, quedaba automáticamente nulo, o mejor, inexistente» (p. 649). El Tribunal de Primera Instancia falló dando la razón a los familiares. En apelación, cuatro de los cinco magistrados del tribunal decidieron que la sentencia del juez era errónea. Y el Tribunal Superior del Estado revocó la sentencia del Tribunal de Apelación [...]”²⁸⁷

Recaséns comienza su análisis señalando que tanto la sentencia de primera instancia como la de la última fueron no sólo injustas —en concreto: “descabelladas y monstruosas”— sino también contrarias al orden jurídico positivo. En su opinión, si nos

²⁸⁵ Cfr. Ibídem, pp. 168-170.

²⁸⁶ Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 5^a reimp., 2002, pp. 73 ss. Cfr. también: R. DWORKIN, *El imperio de la justicia*, Trad. C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2008, pp. 25-28.

²⁸⁷ M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 265. Cfr. también: L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 266-272; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 647-651.

remitimos a las valoraciones que trazan el sentido implícito de la norma, llegamos a la conclusión de que el fin axiológico que persigue es que se cumpla la voluntad del testador dentro del ámbito declarado lícito por la ley. El medio eficaz escogido es que hay que tomar en cuenta no sólo la voluntad formulada expresamente por testamento, sino también la tácita que resulte indudable. Pero lo que hicieron los tribunales señalados fue tomar la regla en cuestión como si fuese un principio absoluto, universal y necesario, desconectado del contexto situacional. Los tribunales consideraron que el escenario era como si el testador supiese que la cosa había desaparecido de su patrimonio, entendiéndose que el representante legal equivale al representado para todo efecto jurídico. Así, un precepto que tiene sólo un sentido funcional limitado —dentro de las situaciones previstas por la norma— fue absolutizado sin considerar las peculiaridades del caso²⁸⁸.

Recaséns termina reafirmando que los tribunales debieron entender que la norma bajo comentario aun cuando justa, no era aplicable al caso concreto, por lo que debieron encontrar la verdadera norma aplicable en: “[...] el principio de respeto a la voluntad del testador dentro de los límites lícitos y las restricciones por interés social (impuestos). O, en todo caso, la habría[n] hallado tomando como criterio las valoraciones en las que el legislador se había inspirado [...]”²⁸⁹.

A nuestro modo de ver, esto significaría —para ponerlo en términos de Schauer— que para Recaséns, cuando de la aplicación judicial de una regla positiva de predicado fáctico “sobreincluyente” respecto de su razón subyacente —como en el caso del ejemplo—, se produjese un resultado absurdo o claramente injusto, la regla debería ser derrotada ya sea por esa misma razón subyacente o por algún otro estándar

²⁸⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 272-274; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 652.

²⁸⁹ L. RECASÉNS SICHES, Ibídém, p. 653. Para Recaséns: “[...] Las leyes tienen un ámbito de imperio, dentro del cual figura un ámbito material, es decir, relativo al contenido; o, dicho con otras palabras, cada norma jurídico-positiva se refiere a unos determinados tipos de situaciones, de asuntos, de hechos, sobre los cuales trata de producir unos especiales efectos, los efectos que el autor de la norma ha considerado justos, adecuados y pertinentes. Y ha de haber alguien que aclare *cuál* es la norma aplicable a un cierto caso concreto. Ese alguien es el juez, en función interpretativa. Ahora bien, el juez, en esa indagación de la norma aplicable, se debe guiar no solamente por criterios formales de validez *in abstracto* (validez espacial, validez temporal y validez personal), sino también por criterios de validez *material*, esto es relativa al contenido [...].” (ídem. Cursivas en el texto).

normativo incluido explícita o implícitamente en el sistema, y que asegure la mejor respuesta concreta en términos de justicia²⁹⁰. En ese sentido, creemos que el modelo de razonabilidad práctica esencialmente axiológico que Recaséns llama “*logos* de lo razonable”, se encuentra lejos del ámbito teórico de cualquier positivismo jurídico, incluso de uno “presuntivo”²⁹¹, y mucho más cerca —por hacer referencia a algunos de los interlocutores de Schauer— de modelos como los de Fuller o Dworkin, pues pretende constituirse en un meta-método estimativo-normativo de lo razonable por el que los jueces deberían resolver todo caso que se les presente —ya sea fácil o difícil²⁹²— siempre de manera prudencial y equitativa.

²⁹⁰ Cfr. F. SCHAUER, *Las reglas en juego*, Trad. C. Orunesu y J. L. Rodríguez, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 89-136.

²⁹¹ Cfr. Ibídem, pp. 259-269.

²⁹² Para Recaséns: “[...] La interpretación es una función *esencial, necesaria*, en la aplicación de toda norma jurídica, incluso de la más sencilla [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 5-6. Cursivas en el texto). En un sentido semejante, para Ollero: “[...] La interpretación es [...] la *contextura* habitual de todo lo jurídico, por ser factor *inseparable de cualquier juicio*. La aparente aplicación de la ley sin necesidad de interpretación, que se da en no pocas ocasiones, encubre en realidad un juicio libre de dudas: una interpretación no controvertida”. (A. OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, p. 478. Cursivas en el texto).

BALANCE DE LA PRIMERA PARTE

Lo primero que queda claro es que Recaséns lleva su reflexión iusfilosófica movido por algunas intuiciones de fondo de incuestionable valor sobre aspectos centrales del derecho y de la práctica jurídica²⁹³, pero que —no obstante su manifiesta y reiterada intención— no termina de ordenar lo suficiente, ni de explicar rigurosamente²⁹⁴. Como se ha hecho notar a lo largo de las páginas precedentes, ello ocurre por lo menos por dos razones. En primer lugar, por el difícil ensamblaje de sus fuentes iusfilosóficas y científicas, procedentes de tradiciones de pensamiento muy diversas; y en segundo lugar, por su estilo argumentativo en el que resulta difícil distinguir las eruditas reseñas sobre los aportes de sus fuentes bibliográficas, de sus propias ideas conclusivas. Apuntado lo anterior, realizaremos un breve balance de lo hallado.

Recaséns tiende a concebir la Ciencia jurídica de una manera unitaria, pero con dos aspectos o momentos distintos que no terminan de armonizarse. El primero, propiamente “científico”, está marcado por cierto acento teórico o analítico: por la elaboración de la institución y del sistema a partir de las normas positivas; mientras que el segundo, por un acento más práctico: por la aplicación prudente y equitativa de las normas del sistema a través de su interpretación axiológica para resolver un caso concreto. En virtud de la constatación de este vago esclarecimiento del estatuto epistemológico de la Ciencia jurídica, puede concluirse que Recaséns se ocupa de éste casi sólo en cuanto le permite desarrollar los contornos de su Filosofía del derecho, que es el objeto epistemológico que realmente le importa²⁹⁵.

²⁹³ Cfr. M. ELÓSEGUI ITXASO, “La interpretación de los derechos humanos...”, cit., p. 142.

²⁹⁴ En ese sentido creemos que es una opinión muy poco común la que lo sitúa como un autor “superficial” del que se podría decir que la calidad de su obra “residía únicamente en la masa de información que ponía a disposición del lector”. (Cfr. J. R. CAPELLA, “Filosofar sobre el derecho en España: una aportación al margen”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. 510). Para una nutrida referencia a opiniones contrarias, Cfr. M. T. PALOMINO TAPIA, “Significado y alcance de la personalidad científica de Luis Recaséns Siches (1903-1977)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 75, 1989-1990, pp. 669-686; o, desde el otro lado del Atlántico: L. J. MOLINA PIÑEIRO, “Luis Recaséns Siches. Selección de comentarios y citas de su obra”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 183-184, 1992, pp. 199-218.

²⁹⁵ Por ejemplo, Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., pp. 5 ss.; *Vida humana, sociedad y derecho*, 1945, cit., pp. 21 ss.; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 1 ss.

Sin perjuicio de lo señalado, podemos afirmar que la Ciencia jurídica recaseniana no se confunde con su Filosofía de la interpretación del derecho, como parecía sospechar Castro Cid²⁹⁶. Para Recaséns la Filosofía del derecho es la explicación y justificación última de los fundamentos de la Ciencia jurídica de los que ella no puede ocuparse por estar restringida al conocimiento del derecho positivo. Se trata de los supuestos lógicos y ontológicos: para una Teoría fundamental del derecho; de los fines o ideales axiológicos: para una Estimativa jurídica; y del *logos* de lo razonable en la solución de los problemas de interpretación y aplicación del derecho: para una Filosofía de la interpretación del derecho²⁹⁷.

Este último tema o sector de la Filosofía jurídica de Recaséns es el que se encarga de la justificación del *logos* de lo razonable a partir de los problemas concretos que se perciben en su aplicación jurisprudencial o práctica²⁹⁸. Como hemos podido ver, el profesor español insiste en que su aporte en ese sentido no es el desarrollo de un método práctico —como sí lo es el de algunos contemporáneos impulsores de las teorías de la argumentación jurídica, como Alexy²⁹⁹ o Aarnio³⁰⁰— sino el esclarecimiento teórico de las razones —de la naturaleza, la justificación y el ejercicio— del *logos* de lo razonable como único método o “meta-método” para la interpretación y aplicación del derecho³⁰¹.

²⁹⁶ Para quien existe “[...] la dificultad de fijar con precisión, dentro del sistema de Recaséns, los límites de la Filosofía de la Interpretación del Derecho frente a la Jurisprudencia”. (F. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 218, nota 18).

²⁹⁷ Para Recaséns: “Los interrogantes filosóficos sobre el Derecho los halla el jurista como preguntas sobre lo que está *más acá* del Derecho y de la profesión jurídica estricta —problemas sobre los supuestos del Derecho, de su conocimiento y de su realidad, los cuales constituyen la materia de la teoría fundamental del Derecho; y como preguntas sobre lo que está *más allá* del Derecho, o sea las cuestiones de estimativa jurídica. En el campo de la interpretación convergen problemas de teoría fundamental —por ejemplo, índole del Derecho positivo, doble circunstancialidad de éste, esencialidad de la función jurisdiccional, etc.— y problemas de estimativa (valoraciones del juez, logos de lo razonable, etc.)”. (L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., pp. 490-491. Cursivas en el texto). Para Benito de Castro son tres los [...] tipos de limitaciones que afectan constitutivamente a la Ciencia Jurídica. Limitaciones lógico-ontológicas, limitaciones axiológicas, y limitaciones prácticas”. (Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, pp. 65-66).

²⁹⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación...*, 1980, pp. 173 ss.

²⁹⁹ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Trad. M. Atienza e I. Espejo, Lima, Palestra, 2007, pp. 251 ss.

³⁰⁰ Cfr. A. AARNIO, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Trad. E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1991, pp. 91 ss.

³⁰¹ Dicha opción recaseniana, tendrá consecuencias también en el enfoque del contraste que realizaremos entre la propuesta de Recaséns y la de la teoría “estándar” de la argumentación jurídica, en el la Tercera Parte de nuestra monografía. (Cfr. Cap. VI).

En ese orden de ideas, creemos que debe entenderse que se trata de una Filosofía de la interpretación jurídica “teórica”, pero sólo en tanto que procede de modo analítico y en tanto que no está orientada a dirigir inmediatamente la acción³⁰², pues, por otro lado —como el mismo profesor español reconoce— ésta se ocupa no de normas jurídicas en cuanto meros hechos sociales —como lo hace la Sociología jurídica descriptiva, por ejemplo— sino de normas jurídicas en cuanto normas³⁰³. Por lo que debemos concluir que puede ser catalogada también como “práctica”, “normativa” o “prescriptiva”, pues su objeto es formal y materialmente práctico (la norma de conducta general y la máximamente individualizada) y su fin es práctico (en cuanto mediáticamente directivo de la acción humana)³⁰⁴. En ese sentido, coincidimos con Pérez Luño en que se debe considerar a Recaséns, conjuntamente con Viehweg y Perelman, como uno de los pioneros del movimiento por la revalorización de la razón práctica a la que llamó, preferentemente, “*logos de lo razonable*”³⁰⁵.

Pero cabe hacernos todavía algunas preguntas. ¿Es realmente compatible esta lectura de la propuesta de Recaséns, con su idea de que no hay verdad ni falsedad en las normas jurídicas ni en los juicios estimativos?³⁰⁶ ¿Puede haber realmente Filosofía

³⁰² Para Recaséns: “[...] se podrá y se deberá hacer una Filosofía Jurídica concreta, aplicada a las situaciones reales del presente, la cual deberá consistir en ofrecer una filosofía de la política legislativa, de la administrativa y de la judicial [...]. Esta Filosofía Jurídica aplicada [...] deberá mantenerse en el plano genuinamente filosófico, con la dignidad propia de la teoría (aunque en este caso se trate de doctrina de la práctica), y, por lo tanto, alejada de las pasiones y de los intereses. La decisión práctica corresponde siempre inevitablemente a los órganos políticos con competencia para ello. Pero a la Filosofía aplicada del Derecho le toca ofrecer orientaciones básicas en un plano de altura”. (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 17). Y en un trabajo posterior: “Claro que lo que se consiga explicar o comprender de ese logos práctico, eso será ya filosofía, será ya doctrina, será ya intento o ensayo de entender el objeto. Pero el objeto que debe ser estudiado, ése no lo hemos producido nosotros, no lo ha engendrado ningún filósofo, antes bien, constituye un *dato*, con el que nos topamos [...].” (L. RECASÉNS SICHES, “La lógica de los problemas humanos”, cit., p. 26).

³⁰³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho*..., cit., p. 111.

³⁰⁴ Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, t. III: *el conocimiento y la interpretación jurídica*, cit., pp. 66 ss.

³⁰⁵ A. E. PÉREZ LUÑO, “Los clásicos españoles del derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica”, *Doxa*, 12, 1992, p. 315.

³⁰⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Unicidad en el método de interpretación...”, cit., p. 213 y 231; “Nueva Filosofía de la técnica jurídica”, cit., pp. 259-260; *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 251; *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 418-419 y 517-518; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 277.

práctica o razón práctica sin una verdad práctica³⁰⁷, por lo menos para Recaséns que admite que la Filosofía es capaz de una “verdad filosófica” a la que él prefiere llamar un tanto crípticamente “Razón”³⁰⁸?

Creemos que desde la gnoseología jurídica de Recaséns no ofrece dificultades sostener la tesis de que es posible hablar de conocimiento y de “verdad” en la Filosofía de la interpretación del derecho. Ello es así porque —como vimos— nuestro autor entiende que lo propio de este tema es el esclarecimiento teórico o analítico del modo de proceder del *logos* de lo razonable o razón práctica. Por lo que no parece estar ahí el problema, sino cuando la razón conoce al modo práctico, es decir, cuando entra en acción el *logos* de lo razonable frente a la contingencia de la acción humana y no resulta posible lograr un juicio apodíctico, sino más bien uno estimativo, como consecuencia del procedimiento racional —o mejor dicho: razonable— a partir de premisas sólo probables.

A favor de esta tesis se puede hacer por lo menos dos reflexiones. En primer lugar, si bien Recaséns niega explícitamente que los juicios estimativos sean cognoscitivos y que se pueda hablar consiguientemente de “verdad” o “falsedad” respecto de las normas jurídicas generales o de las individualizadas de los fallos, por otro

³⁰⁷ Para Recaséns: “Verdadero o falso puede serlo un juicio enunciativo de cuáles sean los códigos y leyes formalmente válidos y de hecho vigentes [...]. Verdaderas o erróneas pueden ser las proposiciones sobre los hechos probados en un proceso [...]. También podría ser tema de verdad o de error el señalamiento de cuál sean los valores más altos en los que el Derecho deba inspirarse. Pero eso no es la ciencia del Derecho; eso es asunto de una parte de la filosofía del Derecho, a saber, de la estimativa o axiología jurídica. Ahora bien, con respecto a la axiología se tratará de una *verdad filosófica*, y no de una verdad de ciencia empírica, ni de lógica formal. Ahora bien, respecto de la verdad en filosofía, yo preferiría usar mejor el término Razón, así, escrita esta palabra con inicial mayúscula, para denotar que no se trata de la mera razón formalista de la lógica formal, sino de todos aquellos conocimientos que nos ponen en auténtico contacto con la totalidad del mundo, y con cada una de sus zonas”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 500-501. Cursivas en el texto). Para una síntesis sobre el conocimiento jurídico y, en concreto, sobre los matices de la idea de “verdad práctica”, Cfr. C. A. G. MAINO, “Derecho natural y tópica jurídica: sobre las dos bibliotecas y la verdad en el derecho”, en J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO y R. SANTA MARÍA D’ANGELO (Coords.), *Derecho natural y iusnaturalismos*, cit., pp. 103 ss.

³⁰⁸ Para nuestro autor: “En esta acepción, Welzel habla de la *verdad* de lo que él considera como sólido fundamento nuclear del Derecho natural. Según Welzel esa sólida base o principio fundamental consiste en el reconocimiento de todo ser humano en su calidad de *persona*. El reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo, con el que debe cumplir el orden jurídico, si es que no quiere convertirse en fenómeno de mera fuerza bruta, de simple violencia, y si es que aspira a *obligar* como Derecho. Este principio con contenido material *se da necesariamente* en el supremo axioma del Derecho natural, para que el orden jurídico constituya un deber ser obligatorio”. (Ibíd, p. 501. Cursivas en el texto).

lado, defiende explícitamente que los valores y los juicios del *logos* de lo razonable que en ellos se inspiran son objetivos y no subjetivos³⁰⁹. Por lo que cabe preguntarse ¿Pueden ser los juicios de la razón práctica, “razonables” y “objetivos”, y no ser “verdaderos”? O formulada la pregunta de otro modo, quizá más preciso: ¿Pueden estos juicios estimativos no corresponder con realidad fáctica alguna ni con la objetividad de los valores ideales que deben plasmarse en ella?³¹⁰ Pero allí no acaban las paradojas. Recaséns afirma explícitamente también que la naturaleza gradual de los juicios estimativos sobre los asuntos humanos —donde hay “un más y un menos”— no depende tanto de la deficiencia insuperable del conocimiento humano, sino antes bien, de la naturaleza contingente de los propios asuntos sociales³¹¹. Con lo que resulta evidente que para él la estimación concreta es también conocimiento humano. En ese sentido ¿será que Recaséns cuando señala que no hay verdad respecto de los juicios estimativos, se refiere a que no hay “verdad apodíctica”, pero permanece en principio abierto a admitir la idea de una “verdad práctica”, no exacta como la teórica, pero suficiente para dirigir la acción, es decir, la verdad gradual de un conocimiento estimativo?

En segundo lugar, cabe señalar que el profesor español desarrolla su idea de prudencia como eje de la aplicación directiva del *logos* de lo razonable, y que lo hace de la mano, principalmente, de Aristóteles y aceptando preferentemente la interpretación que hace Tomás de Aquino de dicha idea. Como vimos, el Estagirita entiende la

³⁰⁹ Recaséns afirma, por ejemplo: “[...] yo entiendo que puede establecerse una teoría de la argumentación también sobre el fundamento de una aspiración a la objetividad. Claro que la prudencia, la plausibilidad, la oportunidad, la adecuación, la justicia, y la viabilidad *objetivas* no pueden en puridad ser absolutas, apodícticas [...].” (L. RECASÉNS SICHES, “Argumentación, logos de lo humano...”, cit., p. 165. Cursivas en el texto).

³¹⁰ No corresponde a nuestro estudio detenerse, ni siquiera someramente, en un tema tan arduo como el debate sobre las concepciones de la verdad en el derecho. Para un estado de la cuestión sobre el mismo, Cfr. G. SUCAR, *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 102-133. Por nuestra parte, adherimos a la concepción que, en términos de Sucar, se identifica con una teoría de la verdad como correspondencia específicamente realista. (Cfr. Ibídem, p. 128. Cfr. también: ARISTÓTELES, *Metáfisica*, IV, 7, 1011b 25 ss.) Por supuesto, en el caso del derecho, se trata predominantemente —aunque no exclusivamente— de una verdad práctica. En términos de Ollero, no se trata sin más —como en el caso de la verdad teórica—, de “[...] la identificación entre razón teórica y lo real, sino [de] la *fidelidad* de la conducta humana a su propia humanidad [...].” (A. OLLERO TASSARA, “Consenso: ¿fundamentación teórica o legitimación práctica?”, en *Derechos humanos y Metodología jurídica*, Madrid, CEC, 1989, p. 106. Cursivas en el texto). Sobre ello regresaremos en el último capítulo. (Cfr. Cap. VI.C.2).

³¹¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Argumentación, logos de lo humano...”, cit., pp. 164-167.

prudencia no sólo como virtud moral, sino también como virtud intelectual, es decir, como un hábito que rige las acciones según un criterio de verdad³¹². ¿Cómo podrían no ser “verdaderos” los juicios estimativos o prácticos acertados que son propios de un hábito intrínsecamente intelectual como la prudencia? A nuestro modo de ver, estas consideraciones dejan a Recaséns bastante lejos de posiciones escépticas, emotivistas o irracionalistas³¹³.

Estas reflexiones nos llevan a un último problema o conjunto de problemas. Recaséns, si bien, por un lado, deja en claro que el *logos* de lo razonable tiene una estrecha relación con las ideas clásicas de dialéctica-argumentación, prudencia y equidad, por otro lado, ni distingue lo suficiente entre estos elementos, ni resuelve cómo se relacionan unos con otros en la configuración de la creación, interpretación y aplicación del derecho³¹⁴.

Desde el enfoque de Recaséns, el *logos* de lo razonable puede ser catalogado como un meta-método, capaz de considerar razonablemente, en principio, todas los aspectos relevantes para alcanzar la solución más justa del problema concreto: las

³¹² Para Aristóteles: “[...] la prudencia es un modo de ser racional verdadero y práctico, respecto de lo que es bueno y malo para el hombre [...]”. (ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, VI, 5, 1140b). Y en otro lugar: “[...] es la virtud de la inteligencia mediante la cual se puede resolver acerca de los bienes y males que antes [1362b 10-28] se ha dicho se encaminan a la felicidad”. (ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 9, 1366b 20 ss.) Para Tomás de Aquino, sintéticamente: “[...] la prudencia es sabiduría acerca de las cosas humanas [...]”. (T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 47, a. 2, ad. 1).

³¹³ Por ello discrepamos de la interpretación de Alfonso García Figueroa para quien: “[...] Recaséns mantiene un escepticismo de corte realista frente a la posibilidad de un análisis racional de los procesos de decisión jurídica, pero no llega a sumirse en el total irracionalismo, proponiendo a cambio una debilitación de la razón gracias a una alternativa a la aplicación de la lógica formal al Derecho que denomina “logos de lo razonable” [...]”. (A. GARCÍA FIGUEROA, “Teorías de la argumentación. Entre la lógica y la palabrería”, cit., p. 121). Massini Correas también vio en su momento al planteamiento recaseniano como una forma de irracionalismo, básicamente por vincularlo a la divulgación de propuestas de corte anticientífico como la de Holmes. (Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, cit., pp. 229-230).

³¹⁴ Para Tomás de Aquino, por ejemplo: “[...] para un juicio recto [en tanto que acto del juez], se requieren dos condiciones. Una de éstas es la virtud misma que profiere el juicio, y en este sentido el juicio es acto de la razón, pues decir o definir algo es propio de la razón. La otra, en cambio, es la disposición del que juzga, por la cual tiene la idoneidad para juzgar rectamente. Y así, en aquellas cosas que pertenecen a la justicia, el juicio procede de la justicia [...]. Así, pues, el juicio es acto de justicia, según que ésta se incline a juzgar rectamente, y de prudencia, en cuanto que esta virtud pronuncie el juicio [...]”. (T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 60, a. 1, ad. 1). Por lo que podríamos decir que el ejercicio de las virtudes de la prudencia y de la justicia-equidad son concurrentes en el discernimiento o determinación de lo justo concreto. Habrá oportunidad luego de esclarecer nuestro punto de vista al respecto. (Cfr. Cap. VI.B.2 y C.2).

dimensiones normativas explícitas e implícitas del sistema, los aspectos empíricos y sociales específicos en extremo contingentes, y la dimensión axiológica de características universales que puede fundamentarse en la naturaleza humana. Es ciertamente una suerte de meta-método, pero no en el sentido, por ejemplo, de los postulados normativos aplicativos de segundo nivel que propone Ávila (como los de prohibición de exceso, razonabilidad o proporcionalidad)³¹⁵, básicamente porque no se reduce ni a una técnica específica ni a un conjunto de exámenes instrumentales para resolver problemas de naturaleza diversa que, desde luego, deben ser distinguidos, como rigurosamente ha hecho el profesor brasileño³¹⁶.

Creemos que para Recaséns el *logos* de lo razonable es la misma razón práctica que, en cuanto informada por la virtud moral e intelectual de la prudencia, se hace cada vez más capaz de resolver “equitativamente” —en el sentido amplio del término que asume nuestro autor— cada problema jurídico concreto³¹⁷. Una razón práctica enfocada al derecho que para lograr su cometido puede apoyarse en diversas técnicas interpretativas, determinativas y argumentativas, pero nunca limitarse a una sola en particular, aun cuando ésta se encuentre prescrita taxativamente por la Constitución política, el legislador o la autoridad jurisdiccional, puesto que la elección del medio adecuado dependerá más bien de la naturaleza del problema específico —una vez

³¹⁵ Cfr. H. ÁVILA, *Teoría de los principios*, Trad. L. Criado, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 128-161.

³¹⁶ Aun cuando cabe señalar que la naturaleza distinta de los exámenes de razón práctico-jurídica que plantea Ávila vienen condicionados por sus propios presupuestos y que, en ese sentido, no serían necesariamente irreductibles entre sí, como parece sugerir el profesor brasileño. (Cfr. Ibídem, pp. 158-191). Dicho de otra forma: creemos que si se planteasen los problemas prácticos en materia iusfundamental desde premisas distintas, podría arribarse a la conclusión de que los exámenes específicos que requieren dichos problemas diferirían de los planteados por Ávila. Sólo por poner un ejemplo: Ávila defiende —es cierto que con la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia— que los derechos fundamentales entran realmente en conflicto y que la manera de solucionarlo es sacrificando algunas dimensiones de dichos derechos. Se trata del fenómeno teórico que Cianciardo ha llamado “conflictivismo”. (Cfr. J. CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, p. 31). Pero si —como nos parece— resulta viable plantear los problemas desde lecturas hermenéuticas y aplicativas no conflictuales, los problemas requerirían probablemente exámenes práctico-jurídicos diferentes. (Cfr., por ejemplo, A. L. MARTÍNEZ PUJALTE y T. DE DOMINGO, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Lima, Palestra, 2010, pp. 45-106). Sobre ello volveremos en el momento oportuno. (Cfr. Cap. VI.C.2).

³¹⁷ Para Ollero: “Tampoco tiene sentido plantear la *equidad* como un recurso de emergencia, ajeno al juego de la ley; como un contenido moralizante y extrajurídico [...] con el que suavizar excepcionalmente los rigores de la ley [...]. En realidad, la *equidad* —como tensión concretizadora presente en todo ajustamiento de pretensiones— es un factor, tan ineliminablemente como radicalmente “jurídico”, de esa búsqueda de la justicia que preside todo el proceso interpretativo que la positivación del derecho encierra”. (A. OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el derecho?*, cit., p. 483. Cursivas en el texto).

consideradas todas las cosas— y de la perspectiva que asuma el propio decisor, que no de su arbitrio.

Por otro lado, nuestro autor no aclara demasiado qué entiende por interpretación y aplicación jurídicas, ni distingue nítidamente entre ellas³¹⁸. Se refiere a que “interpretación jurídica”, en sentido propio, sería la individualización jurisdiccional de la norma, es decir, el paso de la norma jurídica abstracta a una más determinada, en orden a su aplicación para la solución de un caso concreto³¹⁹. Pero al mismo tiempo, parece entender que el término, en un sentido más amplio, puede hacer alusión también al simple esclarecimiento del sentido de una disposición normativa³²⁰, o incluso al razonamiento jurídico todo, como creación, interpretación y aplicación del derecho³²¹.

Por nuestra parte, si bien no podemos estar del todo de acuerdo con la caracterización que hace Moreso del cognitivismo o cognoscitivismo jurídico — básicamente por remitirse a dos autores: Moore³²² y Dworkin³²³, que no resultan ser casos paradigmáticos de lo que Robert P. George ha llamado, siguiendo a Berlin: “la

³¹⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 15.

³¹⁹ Cfr. Ibídem, p. 628; Cfr. también: voz “Interpretación del derecho”, cit., pp. 545-546.

³²⁰ Señala Recaséns, por ejemplo, que “[...] la llamada interpretación no es algo tan relativamente simple como se había creído durante siglos: la interpretación no consiste sólo [...] en esclarecer el sentido de la norma, en entenderla. Por el contrario, la interpretación comprende un enjambre de operaciones mentales recíprocamente entrelazadas de modo solidario o inescindible [...].” (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 3).

³²¹ L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 25 ss.; o *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 629 ss. Para Massini Correas, por ejemplo, es indispensable distinguir, al menos, cuatro dimensiones o aspectos: a) el lógico o de la validez formal de las inferencias, b) el de la teoría del derecho o el de la determinación de las normas generales aplicables, c) el de la calificación jurídica o valoración de las conductas y situaciones jurídicas, y d) el de la interpretación propiamente dicha. (Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, t. III: *El conocimiento y la interpretación jurídica*, cit., pp. 88 ss.) Para Rodolfo Vigo, por su parte: “[...] la interpretación de la ley será un esfuerzo metódico de la razón práctica en el nivel prudencial a los fines de determinar en ciertas circunstancias y a partir de su texto y demás elementos del ordenamiento jurídico, un suyo de alguien, dando las razones y argumentos que permitan respaldar y fundar la conclusión a la que se arribó”. (R. L. VIGO, *Interpretación jurídica*, Santa Fe, Rubinzel-Culzoni, 1999, p. 94.) Cfr. también R. L. VIGO, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2^a ed., 2004, pp. 29-44.

³²² Cfr., por ejemplo, M. S. MOORE, “Interpretación constitucional y aspiración a una sociedad buena”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 9, 2005, pp. 551-556. Para una crítica a las tesis centrales del realismo metafísico, principalmente en cabeza de Moore, Cfr. A. MARMOR, *Interpretación y Teoría del derecho*, Trad. M. Mendoza, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 117-138.

³²³ Cfr. R. DWORAKIN, *El imperio de la justicia*, cit., pp. 64-71.

tradición central de Occidente”³²⁴— pensamos que su versión de la conocida clasificación de Hart³²⁵ puede ser de utilidad para tratar de perfilar el peculiar cognitivismo interpretativo de Recaséns³²⁶.

A nuestro modo de ver, en la versión de Moreso, el enfoque del profesor hispano-mexicano se situaría en un punto intermedio entre la tesis del Noble Sueño y la de la Vigilia³²⁷. La tesis metafísica en Recaséns sería raciovitalista moderada y no completamente realista: es decir, existiría un “mundo jurídico” —axiológico-positivo— objetivo, aunque necesariamente “intravital”: ni construido por nuestro conocimiento ni independiente de él, sino siempre aprehendido —o mejor dicho: experimentado vitalmente— desde la propia circunstancia³²⁸. La tesis semántica coincidiría básicamente con la del Noble Sueño: el significado de los enunciados jurídicos vendría determinado por sus condiciones de verdad, independientemente de la forma en que nosotros seamos capaces de verificarlos psicológica o gnoseológicamente³²⁹. Respecto de la tesis lógica —como acabamos de ver— para Recaséns las normas jurídicas no serían en principio ni verdaderas ni falsas (en términos de verdad apodíctica), pero serían objetivamente y gradualmente justas o injustas, lo que podría ser compatible —

³²⁴ Cfr. R. P. GEORGE, *Para hacer mejores a los hombres. Libertades civiles y moralidad pública*, Trad. C. Ruiz, Pamplona, EIUNSA, 2002, pp. 33-55. Para Massini Correas, con quien coincidimos: “[...] el criterio de la objetividad de las interpretaciones no radica ni en la sola coherencia ni en la mera externalidad, sino en la adecuación del juicio práctico, en este caso un juicio producto de una interpretación práctica, con las exigencias del bien humano”. Y luego continúa: “[...] la realidad a la que ha de adecuarse el juicio práctico no es completamente independiente del entendimiento humano, ya que sólo ese entendimiento es capaz de captarla en cuando debida, prohibida o permitida, *i. e.*, en cuanto ética o jurídicamente exigida”. En definitiva, se trata: “[...] de objetos que en un cierto sentido —el sentido existencial— son independientes del conocimiento, pero que en otro sentido —el deóntico— no son independientes de su aprehensión por el entendimiento en su uso práctico [...]”. (C. I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, t. III: *El conocimiento y la interpretación jurídica*, cit., pp. 187-188. Cursivas en el texto.)

³²⁵ Cfr. H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, Trad. G. Carrión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2^a ed., 2004, pp. 155-191.

³²⁶ Cfr. J. J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Lima, Palestra, 2^a ed., 2014, pp. 157-190. Para una crítica a la posición cognitivista en el sentido de “ideológica” (por prescriptiva), pero presentada de una manera tan simplificada que termina haciendo cierto que “ya nadie la compart[a]”, Cfr. R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, Trad. S. Álvarez, Madrid, CEPC, 2014, pp. 347-350 y 357-361. Para una postura de tradición semejante, pero matizada: Cfr. M. BARBERIS, *Introducción al estudio del derecho*, Lima, Palestra, 2015, pp. 200-207.

³²⁷ Cfr. J. J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación...*, cit., p. 160.

³²⁸ Cfr. Cap. III.C.

³²⁹ Aunque cabe destacar que, con razón, Cabra Apalategui ha señalado que para Recaséns: “[...] la interpretación jurídica no es, en lo esencial, un problema lingüístico (semántico), sino valorativo: interpretar significa identificar los criterios o juicios de valor adoptados por el legislador [...]”. (J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., p. 56).

como sugerimos— con la idea de verdad o falsedad prácticas. Finalmente, respecto de la tesis jurídica: Recaséns parece estar más cerca de la tradición clásica que de la moderna, aquella a la que le corresponde tratar de hallar —más que “una única respuesta correcta”³³⁰— “la solución más justa” a cada problema práctico concreto³³¹. Ahora bien, este hallazgo no implicaría que nuestro autor se plantee encontrar en la disposición normativa una respuesta regulativa ya acabada y lista para ser aplicada, sino que la regla jurídica —que preexistiría a la decisión judicial, aunque de manera incompleta— habría de interpretarse y aplicarse al caso concreto siempre “creativamente” —pero no “discrecionalmente”, por lo menos no en un sentido fuerte del término—, es decir, “equitativamente” desde los valores objetivos explícitos e implícitos que subyacen a la regla y a todo el sistema, formando en realidad parte de él³³².

En ese orden de ideas, podríamos concluir que la postura recaseniana sobre la interpretación jurídica es sin duda antiformalista, pero no escéptica y, en ese sentido, resulta ser por lo menos cercana —aunque sin coincidir completamente, desde luego—

³³⁰ Cfr. R. DWORKIN, *Una cuestión de principios*, Trad. V. Boschirolí, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012, pp. 159-190. Para Recaséns: “[...] la lógica tradicional [...] no nos proporciona la solución correcta del problema, [...] en cambio, hay otros razonamientos, distintos de aquella lógica, los cuales suministran el modo correcto de resolver el problema. Nuestra mente se debate en torno a un problema de hallar lo correcto”. (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 132. Cursivas en el texto). Para Otero Parga, Recaséns no habría suscrito la tesis de la única respuesta correcta, por lo menos en su versión fuerte. (Cfr. M. OTERO PARGA, “La cuestión de la única respuesta judicial correcta”, en F. PUY MUÑOZ Y J. G. PORTELA (Eds.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 310).

³³¹ Para una defensa de la tesis de una solución más justa en cada caso, Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, en S. LEGARRE, A. MIRANDA Y C. ORREGO (Eds.), *La lucha por el derecho natural. Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de “Natural Law and Natural Rights”*, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2006, pp. 95-177. Para una impugnación de esa tesis desde un cognitivismo no formalista, Cfr. J. FINNIS, “Derecho natural y razonamiento jurídico”, Trad. C. I. Massini Correas, *Persona y derecho*, 33, 1995, pp. 23 ss. Sobre ello volveremos al final de nuestra investigación. (Cfr. Cap. V.C.4; y Cap. VI.C.2).

³³² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 238; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 264-265.

al enfoque de autores cognitivistas como Kalinowski³³³, perspectiva que Massini Correas prefiere llamar “Teoría referencial realista de la interpretación jurídica”³³⁴.

Si, por otro lado, se trata de subsumirlo en los modelos de razón que ha hecho célebres Pattaro³³⁵, tendemos a pensar que el enfoque de Recaséns podría incluirse dentro del modelo “fuerte-débil”. Ello no es óbice para reconocer que existen razones poderosas para pensar en su adscripción al modelo “débil-débil”³³⁶. Sin embargo, nos inclinamos por la primera opción básicamente porque nuestro autor, si bien reivindica explícitamente la tradición prudencial que entraña directamente con Aristóteles³³⁷, parece aceptar la interpretación tomasiana de la propuesta del Estagirita en el sentido en que existirían unos primeros principios morales uniformes e invariables susceptibles de ser conocidos por la sindéresis³³⁸. Por lo señalado, creemos que se puede afirmar que para Recaséns no todas las premisas del razonamiento práctico-jurídico serían necesariamente “débiles”.

Estaremos en mejores condiciones de profundizar en el modelo recaseniano del *logos* de lo razonable cuando —en la Segunda Parte— desarrollemos la dimensión axiológica de la propuesta del profesor español. Por otro lado, la relevancia de algunos de estos problemas y matices se hará más evidente cuando —en la Tercera Parte— comparemos la propuesta de Recaséns con las clarificaciones de la teoría estándar de la

³³³ G. KALINOWSKI, “Filosofía y lógica de la interpretación en el derecho”, Trad. C. I. Massini Correas, en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, pp. 109-122. Por supuesto, la tesis recaseniana no puede ser metafísico-realista sin más, dado que Recaséns parte de un raciovitalismo que —aunque moderado— no permitiría suscribir cabalmente, en principio, la tesis de la verdad como correspondencia. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 7-47.) Sobre este aspecto, volveremos en el Balance de la Segunda Parte.

³³⁴ Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, t. III: *El conocimiento y la interpretación jurídica*, cit., pp. 137-156. Para Recaséns, en lo que nos parece un sentido referencial de interpretación, ésta: “[...] no consiste sólo [...] en esclarecer el sentido de la norma, en entenderla. Por el contrario, la interpretación comprende un enjambre de operaciones mentales recíprocamente entrelazadas de modo solidario [...]”.

(Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 3).

³³⁵ Cfr. E. PATTARO, “Models of Reason, Types of Principles and Reasoning. Historical Comments and Theoretical Outlines”, *Ratio Juris*, 1, 1988, pp. 109-122.

³³⁶ Por ejemplo, Cfr. M. ELÓSEGUI ITXASO, “La interpretación de los derechos humanos...”, cit., pp. 139-142 y 150-151.

³³⁷ Cfr. Cap. II.B.3.

³³⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Algunas contribuciones españolas al estudio de la prudencia”, cit., pp. 183-184. Cuestión aparte es el difícil ensamblaje de esta tesis en el conjunto de la axiología recaseniana de corte más bien fenomenológico-material. Sobre este asunto hemos de ocuparnos en la Segunda Parte. (Cfr., principalmente: Cap. III.B y C; Cap. IV; y Balance de la Segunda Parte).

argumentación jurídica y tratemos, además, de plantear posibles caminos de mejora o de superación de ambos enfoques.

SEGUNDA PARTE: LA DIMENSIÓN AXIOLÓGICA DEL MODELO RECASENIANO

El propósito de esta Segunda Parte es describir y valorar críticamente la dimensión axiológica de la Filosofía de la interpretación del derecho de Luis Recaséns Siches, de manera que se haga evidente que el aspecto estimativo material —pero sobre todo, ético o moral— resulta ser el determinante tanto para la creación como, especialmente, para la interpretación y aplicación del derecho en la propuesta del autor.

Para ello asumiremos con cierta libertad la secuencia expositiva de *Introducción al estudio del derecho*³³⁹, por considerarla la más sintética del conjunto de su obra y —conjuntamente con *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y “Lógica razonable”*³⁴⁰— la más acabada de su propuesta, por lo menos respecto de los tópicos que conviene abordar aquí.

En ese sentido, en el primer capítulo nos ocuparemos de las características básicas del raciovitalismo recaseniano, tanto en su versión original como en los elementos incorporados a él en la etapa de madurez de la propuesta. En el segundo capítulo sopesaremos el impacto y las consecuencias de dichos cambios en el núcleo de su axiología jurídica. Finalmente, llevaremos a cabo un breve balance de lo hallado que nos permita seguir perfilando algunas herramientas teóricas en orden a lograr el objetivo de nuestro trabajo ya en la Tercera Parte del mismo.

Cabe señalar que no realizaremos aquí una exposición en detalle de la Axiología o Estimativa jurídica de Recaséns, menos aún de su Teoría fundamental del derecho. Para el desarrollo histórico y sistemático de ambos temas nos remitimos al exhaustivo

³³⁹ Dice Recaséns: “[...] en el presente volumen, ofrezco la última versión de mi pensamiento sobre el Derecho. Este mi pensamiento al correr del tiempo ha experimentado algunos cambios, muchos retoques, no pocos afinamientos, así como una labor de integración complementadora”. (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. XIX-XX).

³⁴⁰ Anota nuestro autor: “[...] con el presente libro [...] conservo mucho de lo que aprendí de los iusfilósofos de los cuatro primeros decenios del siglo XX, no poco —incluso me atrevería a decir— la mayor parte de mi propia obra anterior. Pero en todo eso [...] ajeno y propio, que me parece debe ser conservado, modifíco en parte su perspectiva, y abro nuevos caminos [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 9).

trabajo de Castro Cid³⁴¹, que sobre estos aspectos nos sigue pareciendo bastante completo.

Finalmente, conviene advertir que no debe llamar la atención que en una Parte destinada a abordar la dimensión axiológica de la propuesta de Recaséns nos ocupemos de aspectos que en la sistemática del autor encontraron encaje en un tema iusfilosófico distinto al de la Axiología jurídica, en concreto, el de la Teoría fundamental del derecho. Hacia el final de esta Segunda Parte quedará claro cómo la dimensión estimativa y argumentativa del enfoque de Recaséns desborda por mucho el esquema temático original propuesto y defendido por nuestro autor.

³⁴¹ B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 73-209. Para una aproximación predominantemente crítica con la axiología jurídica recaseniana, Cfr. M. BUENO, *La axiología jurídica en Luis Recaséns*, México, UNAM, 1990. Para un estudio principalmente sociológico de su Teoría fundamental del derecho, Cfr. M. L. CONTRERAS HAUSER, *La teoría fundamental del derecho de Luis Recaséns...*, cit.

CAPÍTULO III: EL RACIOVITALISMO DE RECASÉNS

En este capítulo desarrollaremos —desde una perspectiva predominantemente sistemática— las características básicas del raciovitalismo recaseniano. En primer lugar, nos ocuparemos descriptivamente de la denominada “metafísica de la vida”, sobre todo como contexto existencial del descubrimiento de la realidad tridimensional del derecho. En segundo lugar, profundizaremos en la idea de “experiencia jurídica” y de sus diversos aspectos, con la intención de mostrar que Recaséns renovó en los últimos años su Filosofía jurídica de manera determinante, precisamente a través de dicha idea. Finalmente reflexionaremos sobre si es posible hablar de matices propios en la recepción que hizo nuestro autor del raciovitalismo orteguiano.

A. El derecho en el contexto de la metafísica de la vida

Para Recaséns —como para Del Vecchio³⁴², por ejemplo— el hombre común y corriente tiene una experiencia vital que le permite reconocer —sin poder dar razón suficiente de ello— que distintas realidades aparentemente contradictorias pertenecen igualmente al ámbito de lo jurídico. Si se busca mayores precisiones se debería dar paso a la pregunta propiamente iusfilosófica por el concepto del derecho, una pregunta que trate de encontrar su verdad cabal o plenaria³⁴³. Se trataría de un concepto esencial, genérico y universal³⁴⁴, es decir, que abarque todo el derecho que haya existido y el que es posible que exista³⁴⁵.

³⁴² Cfr. G. DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, cit., pp. 299-300.

³⁴³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 1-2; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 50-51.

³⁴⁴ Ha observado con acierto Castro Cid, que “[...] la terminología que utiliza en su planteamiento [Recaséns] refleja de manera suficiente que acepta conjuntamente los elementos característicos peculiares de cada una de las tres etapas por las que pasó el tema para alcanzar ese nivel que es asumido como punto de partida: etapa de la “Teoría general del Derecho”, con la *formalidad*; etapa del idealismo neocriticó, con la *aprioridad*; y etapa fenomenológica, con la objetividad o esencialidad [...]”. (B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 80. Cursivas en el texto).

³⁴⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 5. Para Recaséns: “Este concepto, tras del cual vamos, no ha de comprender dentro de sí [...] la teoría sobre los valores que el Derecho está llamado a realizar [...]. Es necesario distinguir entre *dos temas diferentes*. Uno de esos temas [...] es el del *concepto universal* del Derecho. Otro tema [...] es el que se refiere a las medidas o los *criterios valorativos* para enjuiciar el Derecho histórico [...]. Una cosa es lo *jurídico* y otra cosa lo *justo*; una cosa es el Derecho y otra cosa es la justicia [...].” (Ibíd, p. 6. Cursivas en el texto). Cfr. también: *Tratado general de Filosofía*

Con este propósito, en primer lugar, Recaséns aborda el problema de la localización del derecho en el universo, entendido éste último en tanto que “conjunto de todo cuanto hay”³⁴⁶. Para ello descarta que se ubique en alguna de las tres siguientes regiones del ser³⁴⁷: a) la del ser real objetivo (o de las cosas externas a mí, como las de naturaleza física orgánica e inorgánica); b) la del ser real psicológico o mental (o de las cosas que son en mí, como las de naturaleza psíquica); y c) la del ser ideal (o de las que ni son cosas externas, ni están sólo dentro de mí, como los principios matemáticos o los valores, que siendo de intrínseca validez son de naturaleza inmaterial e intemporal)³⁴⁸.

Para el profesor español el derecho no es un ser puramente ideal o mera idea de valor³⁴⁹. Siguiendo a Radbruch, entiende que el derecho es una realidad cultural, por lo que más que agotarse en un ser ideal, estaría más bien referido a unos valores ideales —en particular, como veremos, a la justicia³⁵⁰—. En concreto, para Recaséns, el derecho se ubica en una cuarta región del universo: aquella del ser real que entraña una participación en el ser ideal³⁵¹. En ese sentido, el derecho sería “[...] *algo que los hombres fabrican en su vida*, bajo el estímulo de unas determinadas necesidades; y algo

del derecho, cit., pp. 51-53. Sobre el problema de hasta qué punto esta idea se compagina con la tesis recaseniana respecto de que el derecho gravemente injusto no debe considerarse derecho, volveremos hacia el final de esta Segunda Parte. (Cfr. Cap. IV.B; y Balance de la Segunda Parte).

³⁴⁶ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 3. Castro Cid hace notar que: “Este procedimiento de localizar al Derecho dentro de un determinado sector del universo como momento previo a su definición, utilizado, entre otros varios filósofos del Derecho, por G. Radbruch, H. Coing, C. Cossio, H. Henkel, etc., encuentra su punto de contacto remoto con la filosofía en la distinción o clasificación que hace A. Meinong de los objetos por referencia al tipo de proceso psíquico en el cual aparecen. Y, ya en una proximidad mucho mayor, está la tesis husserliana de las ontologías regionales y la referencia de N. Hartmann a los cuatro estratos de ser en el orden del mundo”. (B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 84).

³⁴⁷ En L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., pp. 132-135, las regiones del ser en las que no se encontraría al derecho eran sólo dos: la del ser real —sin subdivisiones— y la del ser ideal.

³⁴⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 3-5 y 7-16; *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 53-58; y *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., pp. 491-493. Sobre la naturaleza específica de los valores tendremos oportunidad de profundizar más adelante. (Cfr. Cap. IV.A).

³⁴⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 70-71.

³⁵⁰ Cfr. G. RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, cit., p. 82. (Cfr. también: Cap. IV.A.3).

³⁵¹ Cfr. F. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 88, nota 51.

que lo viven en su existencia con el propósito de satisfacer[las], precisamente de acuerdo con pautas que realicen unos específicos valores [...]”³⁵².

En tanto que el hombre es quien debe configurar su conducta en cumplimiento de las exigencias regulativas que se derivan de los valores, el derecho se localizaría en la vida o existencia humana³⁵³.

1. La vida o existencia humana

Castro Cid ha señalado, con razón, que tanto en Recaséns Siches como en su maestro Ortega y Gasset³⁵⁴ —de quien toma el desarrollo de esta aproximación filosófica de base— la “vida humana” es una noción compleja, plurivalente y excesivamente ambigua³⁵⁵. En ese sentido, no cabe duda de que Recaséns asume el raciovitalismo orteguiano, incluso en su estilo de exposición³⁵⁶. Lo que queda por discutir —y sobre lo que volveremos en el último subcapítulo³⁵⁷— es con qué matices específicos lo incorpora a su propio sistema³⁵⁸.

Para nuestro autor la vida humana no sólo es un ámbito del ser distinto a todos los demás, sino que es “[...] la realidad primaria y básica, condicionante de todos los demás seres [...]”, dado que “[...] todo cuanto es, lo es en la vida humana, y como un

³⁵² L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 16. (Cursivas en el texto). Con menos precisión en: *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 71; o *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., pp. 492-493.

³⁵³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 16.

³⁵⁴ Sobre la complejidad de la idea orteguiana de “vida” a través de sus etapas, escritos e influencias, Cfr. C. MORÓN ARROYO, *El sistema de Ortega y Gasset*, Madrid, Ed. Alcalá, 1968, pp. 89-141.

³⁵⁵ Cfr. F. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 88-90.

³⁵⁶ Señala: “[...] me inspiraré en la doctrina de José Ortega y Gasset, quien ha sido el primero en meditar sobre este tema y esclarecerlo certeramente”. (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 72).

³⁵⁷ Cfr. Cap. III.C.

³⁵⁸ Afirma: “Como lo he manifestado en numerosas ocasiones (Cfr. la edición anterior de estos *Estudios de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1936; *Vida humana, sociedad y derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1939 (2^a ed. 1945) debo en parte muy principal a JOSÉ ORTEGA Y GASSET la inspiración básica para esta teoría [...] aunque después he proseguido ya por propia cuenta su prolongación y su reelaboración, hasta el punto de que me resultaría muy difícil determinar con exacta precisión donde acaba el pensamiento de aquél y donde comienza el mío [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Estudios de Filosofía del derecho*, cit., p. 165, nota 1). Recaséns reafirma esta idea después: Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Gaos y José Ortega y Gasset”, *Diánoia*, 16, 1970, pp. 279-280.

componente de ella [...]”³⁵⁹. Por lo que la describe afirmando que no es “biología”, sino más bien “biografía”; que abarca todo lo que yo soy y lo que me pasa; que es singular e intransferible; que es coexistencia dual, pues es conciencia simultánea —sin prelación— de mí mismo y de mi mundo, y así es también perspectiva o, más propiamente, perspectivismo³⁶⁰.

Para Recaséns, la vida humana no está ya hecha, sino que es un permanente y libre hacerse a sí misma; es decidir lo que se va a hacer —o más exactamente— lo que se va a “ser”; no consiste en la mera actividad de los procesos fisiológicos ni psíquicos que son una suerte de instrumentos al servicio de la decisión del sujeto, de “[...] su puro querer, que es previo al mecanismo volitivo [...]”³⁶¹, y en lo que realmente radica la vida humana³⁶².

En este “hacerse a sí mismo” que supone limitación y holgura, fatalidad y libertad, el hombre se justifica ante sí por sus preferencias y elecciones vitales. El derecho en concreto sería una forma particular de justificación, ya no de carácter subjetivo, sino, más bien, objetivo y social. Para el profesor hispano-mexicano, todo ello implica necesariamente estimaciones y valoraciones, por lo que —yendo, a su juicio, más allá de Ortega y de Scheler— propone la tesis de que la estimativa constituye una estructura esencial de la vida humana, “[...] un elemento condicionante de la metafísica

³⁵⁹ L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 72; y *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., p. 140. Cfr. también: J. ORTEGA Y GASSET, *¿Qué es Filosofía?*, cit., pp. 407 ss.

³⁶⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 16-17; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 72-73. Para él: “Eso que llamamos el mundo, en verdad es *mi mundo*, el cual se halla constituido desde luego por *ingredientes objetivos*, bien que *seleccionados y organizados* correlativamente a mi yo, en una especial perspectiva [...] resulta de una acción del yo, [...] que no implica una deformación de los objetos”. (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 17. Cursivas en el texto). Cfr. también: J. Ortega y Gasset, *El tema de nuestro tiempo*, cit., pp. 195 ss. Sobre el perspectivismo en Recaséns, regresaremos al final de este capítulo. (Cfr. Cap. III.C).

³⁶¹ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 18. (Cursivas en el texto). Cfr. *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 75; *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., pp. 130-131; o *Tratado general de Sociología*, cit., pp. 115 ss.

³⁶² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., pp. 130-131; o *Tratado general de sociología*, cit., pp. 115 ss. Cfr. también, J. ORTEGA Y GASSET, *¿Qué es Filosofía?*, cit., pp. 417 ss. Para Recaséns, la estructura del hacer humano consta de cuatro elementos: a) el motivo o la conciencia de la necesidad, b) El propósito o satisfacción de la misma, c) El fin u objetivo con el que se intenta satisfacerla, y d) Los medios que son las acciones y los objetos (causas) con que se va a producir el fin (efecto). (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 19; y más extensamente en *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 75-77).

general [...]”³⁶³; es decir, pretende insertar una renovada teoría de los valores en la raíz del humanismo trascendental recibido de Ortega³⁶⁴.

En el sentido señalado, la antigua discusión entre indeterministas y deterministas respecto de que si el hombre tiene o no tiene libre albedrío debería ser superada, básicamente por estar mal planteada. Para Recaséns, no se trata de tener o no tener libre albedrío —como si se tratase de una cosa o una facultad—, sino de que “*el hombre es libre albedrío*”³⁶⁵, idea que expresaría rigurosamente su inserción en su circunstancia o situación ontológica en el universo³⁶⁶. Dicha circunstancia, específica de cada hombre, sería variable, pero abarcaría en común, por lo menos, las siguientes dimensiones: a) el alma psicológica y el cuerpo (cambiantes) del propio sujeto, que no se identifican con su

³⁶³ L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 27. A su juicio: “[...] lo estimativo condiciona todas las demás maneras de ser, en suma, condiciona el universo entero en todas sus zonas y en todas sus categorías”. (ídem. Cursivas en el texto).

³⁶⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 20; *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 77-78; y *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., p. 142. Benito de Castro apunta al respecto: “Sin embargo, esta idea del carácter básicamente valorativo de la vida humana la ha recibido también Recaséns de su maestro Ortega, como expresa y espontáneamente reconoce él mismo”. (B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 92). Castro se refiere a la siguiente nota: “Debo estas sugerencias de tan decisiva importancia a DON JOSÉ ORTEGA Y GASSET”. (L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., p. 142, nota 233). Sin embargo, creemos que la deuda que paga en esta ocasión Recaséns con Ortega no es respecto de la idea de la vida humana como esencialmente valorativa —idea cuya originalidad reclama explícitamente—, sino respecto de otra que en el texto citado se hilvana seguidamente: la del derecho como una forma especial de justificación. Ha señalado Mantilla: “[...] es de cardinal importancia su descubrimiento de la estimativa o valoración como estructura de la vida. Complementando a Ortega y Gasset, Recaséns Siches nos ha hecho ver que la vida no es sólo convivencia intelectiva y volitiva con las cosas que nos rodean, sino también *un conjunto de valoraciones*. Con esta nueva determinación ontológica de la vida, el ratio vitalismo se enriquece y adquiere nuevas perspectivas. Por lo menos la perspectiva emocional”. (B. MANTILLA PINEDA, “La vida humana y la sociedad como fundamentos del derecho”, en F. E. RODRÍGUEZ GARCÍA (Coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, 1987, v. II, p. 436. Cursivas en el texto).

³⁶⁵ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 21. (Cursivas en el texto). Cfr. también, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 83-85; *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 525; L. RECASÉNS SICHES, “Individual Freedom under the Law”, en L. BRYSON et alii (Eds.), *Freedom and Authority in our Time. Twelfth Symposium of the Conference on Science, Philosophy and Religion*, New York, Harper & Brothers, 1953, pp. 109 ss. Más sintéticamente, también de nuestro autor: “El libre albedrío en el derecho penal”, en *Derecho penal contemporáneo. Suma y análisis*, México, UNAM, 1965, pp. 45 ss.

³⁶⁶ Para Rodríguez Iturbe: “[...] utilizar el término *albedrío* en lugar del término *libertad*, obscurece el planteamiento [...]. El albedrío es facultad. Lo que no es facultad, y que, por lo tanto, no puede tener o no tenerse, es la libertad”. (J. RODRÍGUEZ ITURBE, *El concepto de derecho en la doctrina española actual*, Pamplona, EUNSA, 1967, p. 221. Cursivas en el texto). Y añade: “La libertad está en la raíz misma del ser espiritual del hombre y envuelve el significado de su dimensión de futuro [...], estando en el origen, encierra potencialmente el fin. Es por esto que, sin la base de una teleología trascendente, la libertad no puede conceptualizarse y valorarse a plenitud”. (ídem).

yo (permanente)³⁶⁷; b) la circunstancia externa a él del mundo físico; c) la sociedad que a través de las ideas y formas culturales condiciona el ámbito de las posibilidades de la vida; y d) la realidad de los próximos circundantes al sujeto³⁶⁸. Por lo que queda claro que si bien el hombre sería libre albedrío, no todo en él lo sería³⁶⁹.

Para Recaséns, si el hombre actúa es porque la decisión del yo ha producido un hecho psíquico de la voluntad, que a su vez ha sido motor de un hecho físico del cuerpo, por el que “[...] esa decisión del yo ingresa en el mundo de la causalidad natural en forma de un nuevo fenómeno también natural [...]”³⁷⁰. Aunque desechando su idealismo trascendental como respuesta, el profesor español recoge de Kant dos ideas para explicar cómo el hombre que no es naturaleza, sin embargo, tiene naturaleza, y participa con su acción en los fenómenos de la misma. Dichas ideas son: “[...] la concepción del nexo causal como una categoría y el subrayar la duplicidad de regiones ontológicas que se cruzan en el hombre [...]”³⁷¹. A este hallazgo kantiano —que a juicio de Recaséns ha refinado en su planteamiento Hartmann³⁷²— lo llama: “plus de causalidad” e implica

³⁶⁷ Para Recaséns: “[...] Es el mismo sujeto al que se le desarrolla y transforma su cuerpo y cuya alma atraviesa por pensamientos, emociones y tendencias del más vario carácter [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 87). Y añade: “Que no se debe confundir el alma con la raíz íntima y esencial de la personalidad es algo que fue visto ya por los primeros pensadores cristianos en función del fin ético trascendente, religioso, del hombre, es decir, de su salvación. Si bien emplearon la expresión tosca “de salvar el alma”, resulta patente que bajo dicho vocablo de *alma* no se debe entender el conjunto de realidades, facultades o potencias psíquicas, sino algo diferente, la persona auténtica y entrañable, en suma, el yo, en la genuina y plenaria acepción que tiene el pronombre personal de primera persona en singular”. (Ídem. Cursivas en el texto). Recaséns con este “yo” parece referirse, a algo distinto del alma y del cuerpo: al espíritu humano. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 316).

³⁶⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 21-22; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 86 ss.

³⁶⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Meditaciones y análisis sobre el albedrío”, *Diánoia*, 7, 1961, pp. 24-28; e *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 23.

³⁷⁰ L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 93-94. (Cursivas en el texto). Recaséns señala respecto de su idea de “yo”: “[...] tengo que confesar con respecto a ese peregrino motor que es el yo, en tanto que éste decide sobre su conducta, que se trata de algo muy difícil de exponer, de algo inefable, pero, con todo, de máxima evidencia inmediata [...]”. (Ibíd, p. 96). Y luego agrega: “Esa decisión, ese “hágase”, ese *fiat*, que constituye la expresión del yo, resolviéndose como albedrío dentro del hueco que ocupa en el mundo, constituye el inicio radical del hacer humano [...]. Si examinamos nuestra vida, veremos que son relativamente pocas las decisiones. Estas suelen formar un pequeño repertorio, que sirve como de fuente permanente para la acción cotidiana”. (Ibíd, p. 97).

³⁷¹ Ibíd, p. 95. Sobre la idea de naturaleza humana en Recaséns, volveremos en el momento oportuno. (Cfr. Cap. III.B.3).

³⁷² N. HARTMANN, *Ética*, Trad. J. Palacios, Madrid, Encuentro, 2011, pp. 684 ss.

que a la causalidad propia de la naturaleza física ha de sumarse la de la libertad humana³⁷³.

2. La cultura o vida humana objetivada

Nuestro autor —intentando ir más allá de los aportes de Ortega³⁷⁴— entiende que en el mundo existen objetos que no son cosas producidas por la naturaleza, sino que son el resultado de actividades humanas; cosas tan diversas como los utensilios, las costumbres, las instituciones, etc. No obstante sus sustratos reales corpóreos o psíquicos, su ser esencial consiste en que poseen un sentido impreso por el hombre a través de sus valoraciones. Estos objetos no son vida humana “auténtica” o “viva”, sino que son huellas de ella, formas de vida. Se trata de objetos que, en tanto que están ya hechos, son “vida humana objetivada”; pero que, en la medida en que son revividos o reutilizados, se constituyen en vida humana “revivida” o “reactualizada”³⁷⁵. Recaséns se está refiriendo, con ciertos matices propios³⁷⁶, a lo que autores de la escuela sudoccidental alemana o escuela de Baden³⁷⁷ —con importante influencia sobre su

³⁷³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Meditaciones y análisis sobre el albedrío”, cit., p. 43. En contra de esta idea: M. L. CONTRERAS HAUSER, *La teoría fundamental del derecho de Luis Recaséns Siches...*, cit., pp. 249-250.

³⁷⁴ Señala Recaséns: “La teoría de la vida humana individual, que he desenvuelto inspirándome fundamentalmente, aunque no exclusivamente, en el pensamiento del gran filósofo José Ortega y Gasset, pero con algunas nuevas aportaciones mías, querría ahora completarla con otras meditaciones, también propias, sobre lo que llamo vida humana objetivada”. (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 97). Sobre la idea de cultura en Ortega, Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 96-99 y la bibliografía allí citada; en particular: J. ORTEGA Y GASSET, *Meditaciones del Quijote*, en *Obras completas*, Madrid, Revista de Occidente, t. I, 7^a ed., 1966, pp. 305-396.

³⁷⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 26-27.

³⁷⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 99. Sostiene Castro Cid: “En 1935, Recaséns Siches establece como próximamente equivalentes las denominaciones de cultura, espíritu objetivo y vida humana objetivada, si bien considera esta última expresión como la más precisa. Posteriormente, ya en 1952 y, luego, en 1959, perfila con más exactitud su pensamiento oponiéndose a esa “substancialización” del espíritu que la idea misma del espíritu objetivo supone, y matizando más la delimitación conceptual de la cultura. Desde un principio, se reconoce tributario de los hallazgos de la “teoría de las ciencias culturales” [...]. Lo único que sí se atribuye Recaséns a sí mismo es el intento de superación de los planteamientos precedentes, y una nueva elaboración dada al tema partiendo de las directrices de la metafísica orteguiana de la vida”. (B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 94-95). Sobre la crítica a la substancialización alemana de la cultura, Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 103-106.

³⁷⁷ Sobre la escuela, Cfr. K. LARENZ, *La Filosofía contemporánea del derecho y del Estado*, Trad. E. Galán Gutiérrez y A. Truyol y Serra, Madrid, Reus, 2008, pp. 137-144; y con mayor profundidad: *Metodología de la Ciencia del derecho*, cit., pp. 113-123.

pensamiento, como Rickert³⁷⁸ o Lask³⁷⁹ — han preferido llamar “cultura” y que él usa con cierto recelo por considerarlo un viejo término que trae muchos equívocos³⁸⁰.

Para el profesor español, el modo de conocer estos objetos difiere completamente del modo en que operan las ciencias naturales, pues escapan de una mera explicación causal, por lo que el método no puede ser sólo explicativo sino, sobre todo, interpretativo de sentidos³⁸¹. A su juicio, el hombre realizaría la cultura en su vida no por casualidad, sino porque experimenta un imperativo de hacerlo. No obstante ello, queda claro que la manera concreta de realizarlo puede depender de muchos factores frente a los cuales el hombre elige, sin que ello implique arbitrariedad³⁸². En ese orden de ideas, se podría afirmar que toda obra cultural tiene una significación circunstancial, en el sentido en que ha nacido en una situación histórica y vital concreta para la satisfacción de unas necesidades humanas también concretas. Existiría, pues, una relación recíproca entre, por un lado, los actos vitales, sus contenidos y resultados; y, por otro lado, el modo de ser de la estructura de los objetos culturales que han cristalizado dichos actos³⁸³.

Para Recaséns resulta claro que el derecho se encuentra en este reino de la vida humana objetivada. Señala en concreto:

“[...] El Derecho, en tanto que normas preconstituidas [...] se localiza en el Universo dentro de la región de las *objetivaciones de la vida humana*, o reino de la cultura. Pero, en tanto que las normas jurídicas son cumplidas o en tanto que son individualizadas por los funcionarios judiciales y los administrativos, el Derecho se present[a] como un *vivir de nuevo* como un *revivir*, como un *re-actualizar* esas normas en nuevas conductas reales, conductas que muchas

³⁷⁸ Cfr. H. RICKERT, *Ciencia cultural y ciencia natural*, Trad. M. García Morente, Madrid, Espasa Calpe, 4^a ed., 1965, pp. 41 ss.

³⁷⁹ Cfr. E. LASK, *Filosofía jurídica*, Trad. R. Goldschmidt, Montevideo, IBdeF, 2008, pp. 60 ss.

³⁸⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 137; y *Tratado general de Sociología*, cit., pp. 164 ss.

³⁸¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 100.

³⁸² Cfr. Ibídem, p. 101. Para Ortega, a quien cita explícitamente Recaséns: “Tiene, pues, el fenómeno del pensamiento doble haz; por un lado nace como necesidad vital del individuo y está regido por la ley de la utilidad subjetiva; por otro lado consiste precisamente en una adecuación a las cosas y le impone la ley objetiva de la verdad. Lo propio acontece con nuestras voliciones [...]”. (J. ORTEGA Y GASSET, *El tema de nuestro tiempo*, cit., p. 165).

³⁸³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 103; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 139-140.

veces van aportando novedades, modificaciones, supresiones, incrementos, correcciones, etc. [...]”³⁸⁴

Para el maestro hispano-mexicano, sin importar su origen, una “[...] norma jurídica es un pedazo de vida humana objetivada [...]”, por lo que “[...] para comprenderla cabalmente, deberemos analizarla desde el punto de vista de la índole y de la estructura de la vida humana [...]”³⁸⁵. La norma jurídica —en tanto que pensamiento cristalizado, tomado de manera independiente del acto mental que la produjo— participa de los seres ideales en su autonomía y objetividad, pero a la vez se diferencia de los principios matemáticos y de los valores puros en tanto que no tiene una consistencia y validez propia, independiente de la mente humana que la piensa³⁸⁶.

No obstante lo señalado, la norma jurídica positiva es también vida humana viva o revivida. En ese sentido, vale la pena recordar que para Recaséns nunca la interpretación de una norma jurídica en orden a solucionar un problema concreto es una mera reproducción de la misma³⁸⁷. Por lo que es posible ver a la regla de derecho desde dos perspectivas: a) la histórica, por la que la norma no vigente es un mero trozo inerte de vida humana objetivada; y b) la práctica o dinámica, por la que la norma vigente es fuente de nuevas consecuencias para la vida de los hombres³⁸⁸.

³⁸⁴ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 26. (Cursivas en el texto).

³⁸⁵ L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 135-136.

³⁸⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 108-109. Para Recaséns: “[...] Las significaciones que integran los preceptos jurídico positivos no tienen una entidad ideal absoluta, no tienen una validez eterna y necesaria —en la medida en que no sean purísima, rigorosa y exclusiva expresión de unos valores, y en la medida en que contengan otros ingredientes circunstanciales [...]”. (Ibíd, p. 109). Sobre la consistencia ontológica de los valores desde la Filosofía jurídica de Recaséns habrá oportunidad de volver en el siguiente capítulo.

³⁸⁷ Cfr. Cap. II.B.4.

³⁸⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 112-114; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., 140-144. Para una problematización de la idea de derecho como objeto cultural, Cfr. S. SOLER, *Las palabras de la ley*, México, FCE, 1969, pp. 107-117. Para Cossio, en explícita oposición a Recaséns, el derecho no es vida humana objetivada sino viviente u objeto egológico; más propiamente sería conducta, en vez de norma jurídica. (Cfr. C. COSSIO, *La Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2^a ed., 1964, pp. 243-246). Para una breve reseña de la polémica, Cfr. L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Horizontes del pensamiento jurídico (Estudios de Filosofía del derecho)*, Barcelona, Bosch, 1947, pp. 351-352. Para una defensa de la tesis recaseniana, Cfr. J. RODRÍGUEZ ITURBE, *El concepto de derecho...*, cit., pp. 208-209, nota 17. Para Castro Cid, Recaséns habría llegado a la versión definitiva de su planteamiento (la norma jurídica como vida humana objetivada y el derecho vigente como vida humana viva) probablemente por influjo de la crítica de Cossio. (Cfr. B. CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 105-106, nota 129). Por nuestra parte, entendemos que el derecho es propiamente conducta, pero lo hacemos desde una aproximación distinta a la de Cossio. Sobre ello tendremos oportunidad de volver en el último capítulo de nuestra investigación. (Cfr. Cap. VI.C.2).

3. Lo normativo y lo colectivo

Para el profesor español las proposiciones normativas se distinguen de las enunciativas en cuanto no describen la realidad de unos hechos empíricos (un ser), sino que determinan una conducta como debida (un deber ser). Dentro de lo normativo, distingue entre: a) proposiciones de forma normativa con un contenido elaborado por el hombre (el que puede ser más o menos correcto o valioso), y b) proposiciones normativas que poseen además normatividad material (cuyo contenido es expresión de las exigencias de un valor ideal puro y, por lo tanto, es intrínsecamente correcto o valioso: como los principios puros de la auténtica moral o los del valor justicia). Así, lo que haría formalmente válido al derecho elaborado por los hombres no sería su corrección material o axiológica, sino su procedencia de una autoridad. El derecho, pues, tendría forma normativa. Si la norma formalmente válida es además cumplida de facto, la norma sería también vigente³⁸⁹.

Por otro lado, Recaséns parte de la idea de que el único sujeto real es la persona individual —de donde se desprende que la sociedad es siempre un medio al servicio de ella³⁹⁰—, pero que ésta puede asumir diversos modos de vida o de conducta; lo que no debería llamar la atención, porque lo social es una nota esencial en la vida de todo hombre³⁹¹. Estos modos serían tres: a) los propiamente individuales o personales

³⁸⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 29-30; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 116-119. Más adelante tendremos oportunidad de ver hasta qué punto estas tesis son compatibles con su cambio de postura sobre el derecho injusto. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Revisión sobre el problema...”, cit.)

³⁹⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 39.

³⁹¹ Para Recaséns: “Lo colectivo es esencial al hombre, sobre todo por dos razones. *Primero*, porque el hombre precisa al iniciar su vida humana una interpretación del contorno, de la circunstancia, del mundo en que está, interpretación que toma de sus prójimos (pasados y presentes). *Segundo*, porque el hombre no puede satisfacer todas sus necesidades por sí mismo, en virtud de lo cual otorga una especie de crédito de confianza a sus prójimos”. (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 35). Luego añade: “Por otra parte, ningún individuo humano, solo, por sí mismo, podría afrontar y mucho menos resolver todos los problemas que la existencia le plantea [...]” y finalmente menciona otras razones: “[...] la percepción intuitiva del prójimo, de nuestros semejantes en tanto que semejantes; la esencial correspondencia entre el yo y el tú; la capacidad y necesidad de acciones transitivas (preguntar, comunicar, rogar, mandar, amar, detestar, etc.) [...]”. (Ibíd., p. 36). Cfr. también: *Tratado general de Sociología*, cit., pp. 146 ss. A juicio de Castro Cid, esta idea lo aleja de planteamientos negatorios de la autenticidad de la vida colectiva como los de Ortega y Gasset. (Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 104, nota 126).

(donde el individuo no sólo es autor del comportamiento, sino del contenido del mismo, como las emociones, las ideas originales o las decisiones unilaterales); b) los interindividuales (donde el sujeto copia a otro individuo o se relaciona con él en tanto que singular, como el amor o la amistad); y c) los colectivos (donde el individuo se relaciona como titular de un papel y toma como modelo un tipo o comportamiento general, como la costumbre o los usos)³⁹².

Para nuestro autor —si bien se debe reconocer que en la vida real no se dan estos tres tipos de manera “químicamente pura”³⁹³— el sujeto de las relaciones colectivas no sería el individuo entero —genuinamente hablando—, sino “[...] una especie de personalidad social, de personaje acuñado desde fuera por los modos colectivos de vida, una especie de sujeto genérico [...]”³⁹⁴.

Recaséns concluye situando al derecho no sólo dentro del reino la vida humana, sino dentro del ámbito de los modos y nexos colectivos de ella³⁹⁵. Se trataría así de una forma de vida humana colectiva —en su máxima intensidad y plenitud— y normativa³⁹⁶.

³⁹² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 30-33; y *Tratado general de Sociología*, cit., pp. 189-197. Recaséns sigue aquí explícitamente a Ortega, aunque con desarrollos propios. (Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, *El hombre y la gente*, en *Obras completas*, Madrid, Revista de Occidente, t. VII, 2^a ed., 1964, pp. 69-272). Para Benito de Castro: “[...] Para [Ortega], la vida social queda reducida, bajo la presión de su propio sociologismo rígido, a algo irracional y mecánico, a una casi-naturaleza [...]” Recaséns Siches refleja, por el contrario, y a pesar de que parece participar en ciertos momentos del “desalmado” sociologismo orteguiano, una concepción mucho más humanista y personalizada de la vida social [...].” (B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 103-104, nota 123).

³⁹³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 126. Señala: “En realidad, todo cuanto piensa, siente o hace el hombre tiene a la vez dimensiones individuales y dimensiones colectivas. Las conductas más personales son posibles y están influidas en mayor o menor medida por el medio social; y, por otra parte, en la práctica de las formas colectivas hay influencias de acentos individuales. Y es que la persona humana está integrada necesariamente por una raíz individual y por una serie de modos aprendidos en el medio social; es una mezcla íntima de ingredientes individuales y modos colectivos”. (Ibídem, p. 127).

³⁹⁴ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 33. Coincidimos con Castro Cid (*La Filosofía jurídica...*, cit., p. 103, nota 121) en destacar el mayor acierto de Legaz al dividir la vida en personal y social: “[...] Lo que llamamos vida social quiere decir vida socializada, que en ese sentido, pero sólo en ése, ha dejado de ser vida personal”. (Cfr. L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, cit., p. 269. Cursivas en el texto).

³⁹⁵ Para Recaséns: “Aunque el Derecho afecta gravemente la existencia de los seres humanos, no tiene que ver con la intimidad individual auténtica de éstos, antes bien, regula solamente aspectos externos de la conducta, y ciertamente de una conducta despersonalizada o impersonal [...].” (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 34).

³⁹⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 132 ss.

Para el profesor español, además, la vida humana sería esencialmente histórica debido a la combinación de lo social con lo individual. “[...] Porque es social el hombre no estrena su vida, sino que se apoya en lo que recibe como legado cultural de los otros. Por ser individual, rectifica, innova lo recibido [...]”³⁹⁷. Al ser esencialmente históricos todos los productos culturales, lo sería también el derecho. Pero, no obstante la aparente rotundidad de estas afirmaciones, Recaséns hace un matiz de mucha importancia:

“La esencial historicidad del hombre no implica que en él todo, absolutamente todo sea variado y cambiante. El ser humano es una combinación de dimensiones *mudables* con otras dimensiones *inmutables y permanentes*. Por virtud de esas características permanentes e inmutables, se puede hablar de una *esencia de lo humano* [...]. Lo que cambia no es la esencia de lo humano, sino las concreciones de ésta. El hombre hace siempre los mismos hacedores; pero [...] los hace siempre de diversas maneras”³⁹⁸.

Por ello Recaséns concluye —en la línea trazada por Ortega y Gasset³⁹⁹— que “la razón vital y la razón histórica” están constituidas por la experiencia práctica y cultural de lo humano: “[...] experiencias sobre cómo el yo en trato con el mundo va tejiendo la trama de la existencia humana”⁴⁰⁰. Como vimos en el capítulo anterior⁴⁰¹, para el profesor hispano-mexicano esta razón vital e histórica engendra el derecho en todos sus niveles⁴⁰² y, a su juicio, constituye un ingrediente de lo que él prefiere llamar “*logos de lo razonable*”⁴⁰³.

³⁹⁷ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 37. Cfr. también: *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 136-138; y *Tratado general de Sociología*, cit., pp. 160-161.

³⁹⁸ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 38. (Cursivas en el texto). Para Recaséns: “[...] Existe una homogeneidad de las almas y de los cuerpos, las más próximas capas del contorno del yo. Además, por lo que se refiere propiamente a la estructura de la vida humana en cuanto a tal [...], ésta se halla constituida por un sistema permanente de funciones esenciales (religión, conocimiento, técnica, economía, arte, etc.) Esas funciones son las constantes de la vida humana a lo largo de todos los tiempos [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 138). Cfr. también, *Tratado general de Sociología*, cit., pp. 161-162; y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 35.

³⁹⁹ Cfr. por ejemplo, J. ORTEGA Y GASSET, “La historia como sistema”, cit., pp. 20 ss.; o *El tema de nuestro tiempo*, cit., p. 178.

⁴⁰⁰ L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 141-142; o *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 32-34. Cfr. también: A. BECERRA BAZAL, *Dos facetas de la Filosofía del derecho de Recaséns Siches*, cit., pp. 116-127.

⁴⁰¹ Cfr. Cap. II.A.1 y 3.

⁴⁰² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “La experiencia jurídica”, cit., p. 35; y “Unidad en el método de interpretación...”, cit., p. 234.

⁴⁰³ Cfr. Ibídem, pp. 229 y 233; *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, pp. 82-84 y 290-291; y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 512 y 574 ss.

4. La tridimensionalidad del derecho

En base a todo lo desarrollado, Recaséns concluye que la realidad del derecho se presenta como un conjunto de normas positivas elaboradas por el estímulo de la satisfacción de necesidades existenciales y sociales, y con el objetivo de realizar unos valores específicos. Dicho de otro modo: se daría en la realidad del derecho la recíproca e indisoluble trazón de tres dimensiones: hecho, norma y valor⁴⁰⁴. Para Reale, dicha postura —a diferencia de otras, como la Teoría egológica de Cossio⁴⁰⁵— puede denominarse en estricto “tridimensionalismo jurídico específico o concreto”, al ser semejante a la original propuesta del profesor brasileño⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 40; y *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 501. Confiesa de sí mismo: “[...] Recaséns acepta sustancialmente, aunque con algunas leves modificaciones de matiz, la tesis tridimensional del eminentísimo iusfilósofo brasileño Miguel Reale [...].” (ídem.) Para Flores, sin embargo: “[...] la tridimensionalidad perspectivista y la tricotomía esencial ya estaban implícitas en su pensamiento [...]”. (I. B. FLORES, “La teoría integral del derecho de Luis Recaséns Siches (1903-1977)”, en L. J. MOLINA PIÑEIRO, J. F. OJESTO MARTÍNEZ P., F. SERRANO MIGALLÓN (Coords.), *El pensamiento filosófico-jurídico y político en Luis Recaséns Siches*, cit., pp. 76-77). Sobre los matices respecto de Reale señala: “[...] presenta algunas leves modificaciones y también algunos afinamientos con el objeto primero, de desligar la teoría tridimensionalista de los andamiajes neodialécticos, de los que se sirve Reale sin ser —en su parecer— necesario; y segundo, de ahondar en las vinculaciones recíprocas de mutua implicación entre las tres dimensiones, las cuales unitariamente trazadas entre sí integran la realidad del derecho [...].” (Ibídem, p. 77).

⁴⁰⁵ Cfr., por ejemplo, C. Cossio, *Radiografía de la Teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pp. 149-199.

⁴⁰⁶ Para Miguel Reale, Recaséns: “[...] elaboró, inicialmente, un tridimensionalismo perspectivístico, que ejerció larga influencia en el mundo jurídico latinoamericano, para, por fin, acoger la solución, por [él] propuesta, en términos de “tridimensionalismo específico [...]”. (M. REALE, *Teoría tridimensional del derecho*, Trad. J. A. Sardina-Páramo, Valparaíso, EDEVAL, 1978, pp. 78-79). García Belaúnde destaca la labor que cumplió Recaséns en la difusión en castellano de la teoría de Reale. (Cfr. D. GARCÍA BELAÚNDE, “Tridimensionalismo jurídico: balance y perspectivas”, *Themis*, 1, 1984, pp. 18-21). David Sobrevilla, coincidiendo con Belaúnde, destaca el tridimensionalismo jurídico específico —aún en semilla— de Carlos Fernández Sessarego ya en 1950, antes de que Reale elaborara su propuesta (1953) sin que el profesor peruano tuviera noticias del profesor brasileño. (Cfr. D. SOBREVILLA ALCÁZAR, “Prólogo”, en C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El derecho como libertad. Preliminares para una Filosofía del derecho*, Lima, Studium, 1987, pp. 17-21). Para Fernández Sessarego el derecho es una complejidad debido a que en él “[...] se dan tres elementos en íntima vinculación: conducta, valor realizado por la conducta, norma que es pensamiento de la conducta realizando valores —o desvalores— [...].” (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El derecho como libertad...*, cit., p. 93. El destacado en el texto). Sobre el tridimensionalismo de Fernández Sessarego, Cfr. A. ROMERO MUÑOZ, *La relación entre la persona y el derecho en la iusfilosofía de Carlos Fernández Sessarego*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2013, pp. 93 ss. Sobre el tridimensionalismo genérico o abstracto, Cfr. J. GARCÍA MEDINA, *Teoría integral del derecho en el pensamiento de Miguel Reale*, Valladolid, Ediciones Grapheus, 1995, p. 23-54. Para su diferencia con el específico, Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Reseña a *Filosofia do direito* de Miguel Reale”, *Diánoia*, 13, 1967, pp. 371-376.

Para Recaséns algunos autores han llamado equivocadamente “derecho” sólo al derecho justo. Otros lo han hecho sólo respecto de los preceptos elaborados e impuestos por la comunidad política, independientemente de que sean justos. Finalmente, algunos, sólo han llamado “derecho” a las reglas que efectivamente rigen la vida de la colectividad. A su juicio, no se trataría de tres acepciones diferentes de la palabra “derecho”, sino más bien de un indebido empleo unilateral del término⁴⁰⁷. Por el contrario, el derecho sería una realidad inseparable de “[...] *tres dimensiones recíprocamente unidas* [...]: a) validez formal otorgada por la autoridad política; b) referencia intencional a unos valores; c) realidad en cuanto a su origen en unos específicos hechos sociales, y en cuanto a su efectivo cumplimiento”⁴⁰⁸.

Para el profesor español, precisamente una de las notas características de la forma normativa del derecho, y que la distinguiría de otras como la religiosa, la moral, la del trato social y la de la arbitrariedad, sería su “impositividad inexorable” o “coercitividad”, es decir, el hecho de que su cumplimiento pueda ser impuesto por la fuerza, de ser necesario⁴⁰⁹.

B. La experiencia jurídica

Las ideas básicas sobre la metafísica de la vida, reseñadas en el subcapítulo anterior, habían acompañado a Recaséns prácticamente desde sus primeros escritos, como hemos tenido oportunidad de apreciar. Sin embargo, podemos decir que a partir

⁴⁰⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 44; y *Tratado general de Filosofía del derecho...*, cit., pp. 157-160. Sobre la idea de la radical heterogeneidad de las dimensiones del derecho, Cfr. E. GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 17^a ed., 1^a reimp., 2011, pp. 507-516.

⁴⁰⁸ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 45. Cfr. también: L. RECASÉNS SICHES, voz “Derecho”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1979, t. VI, pp. 893-895; y *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 501. A su juicio, ello genera que pueda ser estudiado desde tres perspectivas dependientes: la consideración sociológica, la normativa y la estimativa. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 46; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 160-163). Pérez Luño ha llegado a entender el derecho desde un “tetradimensionalismo”, incluyendo la dimensión histórica o diacrónica en su original punto de vista. (Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, “La Filosofía del derecho como tarea”, cit., pp. 553 ss.) Sobre el aporte de Pérez Luño, Cfr. F. H. LLANO ALONSO, *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del derecho...*, cit., pp. 239-244. Cossío echará en cara a Recaséns que su propuesta desintegre al derecho de la duración y erradique al ser humano del derecho. (Cfr. C. COSSÍO, *Radiografía de la Teoría egológica...*, cit., p. 198).

⁴⁰⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 41. Sobre estos aspectos diferenciadores entre las formas normativas no será posible ocuparnos en el presente trabajo, para ello Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 106-161.

de la década de 1960⁴¹⁰ comienza a abrirse paso en su iusfilosofía una renovada reflexión cuyas consecuencias es importante considerar con detenimiento. Refiriéndose al origen real de los contenidos de las normas jurídicas positivas, Recaséns dice de sí mismo en 1963 que:

“[...] ha insertado recientemente en su pensamiento la consideración de la “experiencia jurídica”, la cual es una experiencia mixta de datos reales, de necesidades, de aspiraciones, de ideales, de valores —captados intuitivamente y también racionalmente—, todo ello en relaciones de recíproca implicancia, así como también de mutua interacción efectiva”⁴¹¹.

1. De la experiencia a la experiencia jurídica

Recaséns constata la confusión a la que puede llevar el término “experiencia” por los diversos sentidos en que ha sido usado a lo largo de la historia de la Filosofía⁴¹². Percibe además que, en su época, el concepto se ha visto ensanchado trascendiendo la dimensión meramente empírica o sensible —de fenómenos internos o externos— que predominó en algunas facetas del pensamiento griego antiguo, pero sobre todo en la

⁴¹⁰ Cfr. por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, “Dos iusnaturalistas norteamericanos de nuestros días: Cahn y Bodenheimer”, *Diánoia*, 8, 1962, pp. 4-8; L. RECASÉNS SICHES, “En juego, nuestra vida, dignidad y libertad (Meditaciones sobre el derecho natural)”, (Sobretiro) *Mirador Cultural. Revista de la Universidad Ibero Americana*, 1, 1962, pp. 63-64; L. RECASÉNS SICHES, “Reflexiones sobre el método jurídico y sobre la experiencia jurídica de León Husson”, *Diánoia*, 9, 1963, pp. 40-41 y 45-57; o L. RECASÉNS SICHES, “Axiología jurídica y derecho natural”, en *Symposium sobre derecho natural y axiología jurídica. XIII Congreso Internacional de Filosofía*, México, UNAM, 1963, p. 127. Benito de Castro sitúa este giro en Recaséns a partir de 1963 en torno a la identificación más cabal entre axiología jurídica y derecho natural. (Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 51 ss.) Como veremos más adelante, el recurso a esta renovada idea de experiencia jurídica, está íntimamente vinculada a la incorporación de la noción de naturaleza humana aristotélico-tomista y al recurso al derecho natural.

⁴¹¹ L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 512. Hasta ese momento, Recaséns se refería a la “experiencia” básicamente en su aspecto sensible, por lo que el conocimiento *a priori* —y el consiguiente intelectualismo— se le presentaba como el único camino de salida frente al empirismo. (Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 77-78 y 255-257; y los trabajos de Recaséns allí citados).

⁴¹² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “La experiencia jurídica”, cit., p. 18. Castellano reconoce no menos de siete sentidos de “experiencia”: “[...] genérica, práctica específica, cognoscitiva de un solo hecho, acumulación (personal o histórica) de hechos vividos, gnoseológica, sistemática y vía inductiva al conocimiento [...] que no niegan su raíz etimológica, que indica un «pasar a través» [...]”, el que debe darse —a su juicio— “[...] de modo problemático, es decir, planteándose las preguntas que nacen de la misma experiencia y que imponen al sujeto, que tiene verdaderamente experiencia, una indagación sobre la realidad”. (Cfr. D. CASTELLANO, “De la experiencia jurídica al derecho”, en M. Ayuso (Ed.), *Utrumque ius. Derecho, derecho natural y derecho canónico*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 20).

modernidad⁴¹³. Esta noción contemporánea de experiencia rebasaría aun el sentido amplio que tuvo prístinamente⁴¹⁴ hasta alcanzar la experiencia de ideas evidentes o esencias, de valores; la experiencia metafísica, la moral o la jurídica⁴¹⁵.

El maestro hispano-mexicano destaca claramente que en este nuevo sentido que entraña con la noción original⁴¹⁶, la experiencia no consistiría en la elaboración de objetos a través de la mente del sujeto, sino en el conocimiento de objetos “dados” a nuestra conciencia, verdaderamente “pre-existentes” a la interpretación que la inteligencia del sujeto pueda darles y, evidentemente, no construidos o elaborados por ella⁴¹⁷.

⁴¹³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 49. Menciona explícitamente tanto al empirismo de Locke o Hume, como al criticismo de Kant. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “La experiencia jurídica”, cit., p. 19).

⁴¹⁴ Para nuestro autor: “[...] originariamente, experiencia denotó [...] el conocimiento directo de algo que nos es *dado* ante nuestra mente. Ese algo *dado* puede ser un dato sensorial, un estado de conciencia, una idea o principio evidente, una realidad trascendente —como, más tarde, Dios en la contemplación de los místicos—, unas estructuras finalistas, o cualquier otro objeto que se nos presente de manera directa. Por otra parte, también es antigua la acepción de la palabra experiencia como indicadora de las enseñanzas que el ser humano va sacando de lo vivido por él mismo y de lo vivido por sus prójimos [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 31. Cursivas en el texto).

⁴¹⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 50. Entre los autores que menciona están: Husserl, Gaos, James, Bergson y Kant. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 37-47). Lamas señala que “[...] para Recaséns el concepto de experiencia es idéntico al de “intuición”, en el sentido más amplio [...]. Por consiguiente [...] la experiencia tendría como objeto también las esencias universales. Así amplificada la experiencia, su estudio apenas puede tener utilidad a fin de poner un punto de partida firme y seguro a la ciencia acera del Derecho. Por el contrario, hay una reducción y una confusión que, sumadas, invalidan esta posición. De una parte, se acepta sin críticas el concepto moderno de *percepción* como conocimiento sensible de un “dato”, al cual es ajeno el valor. De otra, se confunden en la “intuición experiencial” las facultades superiores con las inferiores, los actos de percepción con la abstracción y el discurso racional, los actos de conocimiento y los actos afectivos, etc., sin discriminarse la formalidad específica de la experiencia”. (F. A. LAMAS, *La experiencia jurídica*, cit., p. 36. Cursivas en el texto). Por su parte, Villoro no deja de ver ventajas en este enfoque fenomenológico existencial. (Cfr. M. VILLORO TORANZO, “Reseña a *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica «razonable»*”, *Jurídica*, 5, 1973, p. 855-856). Sobre este asunto regresaremos en el Balance de la Segunda Parte.

⁴¹⁶ Para Recaséns la filosofía de Aristóteles “[...] trata de un realismo omnicomprensible de todas las realidades. Hay *intuiciones inmediatas* que nos *dan* sus objetos correspondientes [...] éste no fue un empirista en el sentido de la experiencia sensorial, antes bien, admitió la experiencia de realidades ultrasensibles, metafísicas, la experiencia de datos, que en terminología moderna debieran ser llamados *a priori*”. (Ibíd, p. 30. Cursivas en el texto). Y luego señala: “[...] parece que el punto primario de partida tiene que ser siempre una “experiencia”, claro es que en el sentido lato de esta palabra, es decir, como algo dado de una manera inmediata o directa; pues, a la postre, lo que Aristóteles llama inducción se basa en datos de experiencia. Pero no se olvide [...] que la experiencia no es sólo la sensible, sino que hay también experiencia de otros tipos, por ejemplo, de índole metafísica, cual aparece constatada en la filosofía de Aristóteles”. (Ibíd, p. 345. Cursivas en el texto).

⁴¹⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “La experiencia jurídica”, cit., p. 20; *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 50; y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 37 y 46.

Antes de ofrecer su punto de vista sobre la experiencia específicamente jurídica, Recaséns expone la variedad de sentidos con la que algunos de sus predecesores y contemporáneos se han referido a ella. El recorrido lo lleva a través de Holmes y Petrazycki⁴¹⁸, pasando por Stammler, Kelsen, Sander y Cossio —en cuyo sentido neokantiano de experiencia jurídica no se ve reflejado⁴¹⁹— hasta Gurvitch, Capograssi, Cornelutti, Battaglia, Giuliani, Perticore, Bagolini, entre otros⁴²⁰.

El profesor español destaca explícitamente los aportes de dos autores de los que toma elementos para configurar su nueva y aún incompleta noción de experiencia jurídica⁴²¹. Sobre Husson llega a decir, por ejemplo, que ha producido “[...] la contribución más sustanciosa para establecer el concepto de experiencia jurídica [...]”⁴²²; y sobre Reale subraya, entre otras cosas, la idea de la tridimensionalidad del derecho y el hecho de que el profesor brasileño asuma la descripción que nuestro autor hiciera de la experiencia jurídica ya en 1965⁴²³.

⁴¹⁸ Cfr. Ibídem, pp. 48-50; y L. RECASÉNS SICHES, “La experiencia jurídica”, cit., p. 27.

⁴¹⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 50-57; y “La experiencia jurídica”, cit., pp. 20-22 y 26-27.

⁴²⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 51 y 58-98; y “La experiencia jurídica”, cit., pp. 22-26 y 27-32. Mención aparte merecen para él otros autores que sin ocuparse explícitamente de la “experiencia jurídica”, aportan en la dirección que quiere destacar, como García Márquez, Terán Mata, Legaz y Lacambra, Loening, Cahn, Czerna, Pound, Fechner, entre otros. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 51; y “La experiencia jurídica”, cit., pp. 32-33). Al hilo de la constatación de Recaséns, pero intentando superar su clasificación, Llano Alonso propone tres lecturas doctrinales sobre la experiencia jurídica: a) la considerada (críticamente) en sentido kantiano (de Stammler, Kelsen y Radbruch); b) la concebida en sentido neoviquiano (de Capograssi, Battaglia y Fassò); y c) las visiones axiológico-sociológicas (de Dilthey, Ortega y Gurvitch). (Cfr. F. H. LLANO ALONSO, *El formalismo jurídico y la teoría experiencia del derecho...*, cit., pp. 56-110).

⁴²¹ Señala: “Declaro muy categóricamente que yo no creo poder presentar en este libro ya una concepción madura y total de la “experiencia jurídica” en el nuevo sentido que podamos dar a esta expresión [...]. Sin embargo, quizá pueda ofrecer algunas aclaraciones y puntualizaciones, que contribuyan a una mejor inteligencia de este campo”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 100).

⁴²² Ibídem, p. 71. Le dedica también el primer artículo que publicó explícitamente sobre el tema: “Reflexiones sobre el método jurídico y sobre la experiencia jurídica de León Husson”, cit. Además de un largo desarrollo en *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. II, cit., pp. 852-862. Sobre la idea de experiencia jurídica en Husson, Cfr., por ejemplo, L. HUSSON, “L’Expérience juridique”, en *Nouvelles études sur la pensé juridique*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 121-143.

⁴²³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 94-98. La idea recaseniana de experiencia jurídica a la que se refiere es: “[...] Si hablamos de “experiencia” en este caso, es porque nos hallamos ante algo *dado*. Ahora bien, *eso dado*, que constituiría la “experiencia jurídica”, es un conjunto *muy complejo, pero unitario*, de diversos datos, los cuales están recíprocamente entrelazados [...].” (L. RECASÉNS SICHES, “La experiencia jurídica”, cit., p. 34. Cursivas en el texto). Cfr. M. REALE, *O direito como experiência (Introdução à Epistemologia jurídica)*, São Paulo, Saravia, 2^a ed., 1992, pp. 34-35.

Al ofrecer esta noción de experiencia jurídica, Recaséns Siches intenta averiguar sobre la especificidad de una experiencia que se distinguiría de las demás en cuanto que es: a) factor de la génesis y del desenvolvimiento del derecho en general, es decir, de la producción de las normas jurídicas genéricas, particulares e individualizadas; b) estímulo y directriz en la teoría y en la crítica estimativa jurídica; y c) estímulo en la elaboración de la Teoría fundamental del derecho y de la Ciencia jurídica⁴²⁴.

Para Recaséns la experiencia jurídica versa sobre “algo dado”: un conjunto muy complejo, pero unitario, de datos o hechos inmediatos que consisten en relaciones interhumanas que encarnan una dimensión conflictiva o problema práctico. Se refiere a la tensión dramática entre aspiraciones humanas, y entre éstas y los límites propios de la realidad; aspiraciones relacionadas con necesidades y deseos, pero también con valoraciones que se esgrimen como concordantes con valores objetivos e intrínsecamente válidos y que requieren un tratamiento adecuado y una solución ejecutiva, al menos relativa, en base a pautas de justicia⁴²⁵.

Pero esta idea global de experiencia jurídica, requiere —a juicio de nuestro autor— un análisis de los diversos datos que la integran, los que sin perjuicio de su unidad, podrían abstraerse y mirarse separadamente⁴²⁶.

⁴²⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 100 y 103.

⁴²⁵ Cfr. Ibídem, pp. 101-103; L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 50-53; “Logos de lo humana, experiencia jurídica...”, cit., pp. 31-33; y “La experiencia jurídica”, cit., pp. 34-35. Para Recaséns, como vimos (Cfr. Cap. II.B): “[...] dentro del marco de la experiencia jurídica, la cual es un caso especial de la experiencia de problemas humanos de conducta práctica, hallamos el hecho de la *discusión*, de la *deliberación*, de la *argumentación*, así como la referencia a criterios estimativos, entre los cuales parece predominar el hecho de que los hombres en tales debates, buscan directrices de *prudencia* [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 325. Cursivas en el texto). Pérez Luño llega incluso a identificar derecho con la experiencia jurídica: “[...] la experiencia de la acción humana en su plenaria relación con la justicia”. (A. E. PÉREZ LUÑO, *Lecciones de Filosofía del derecho. Presupuestos para una Filosofía de la experiencia jurídica*, Lima, Jurista Editores, 2008, p. 80). Sobre su opción teórica a favor de una filosofía de la experiencia jurídica, Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, “La Filosofía del derecho como tarea”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 552-553. Lamas matiza —sobre las posturas de Capograssi, Gurvitch y Tarello— que el derecho no se reduce a la experiencia jurídica. (Cfr. F. A. LAMAS, *La experiencia jurídica*, cit., pp. 41-43). Por su parte, Massini Correas destaca como notas de la experiencia jurídica: a) la complejidad y la unidad, b) la dimensión práctica, y c) la dimensión social. (Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, “Entre reductivismo y analogía. Sobre el punto de partida de la Filosofía del derecho”, *Persona y derecho*, 67, 2012, pp. 366-369).

⁴²⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 108.

2. La experiencia de la justicia y otros datos de la experiencia jurídica

No obstante este explícito interés clarificador por parte de Recaséns, los desarrollos que ofrece en *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, distan mucho de ser claros, como lo ha notado Lamas⁴²⁷. Pero debemos señalar al mismo tiempo que la exposición en su *Introducción al estudio del derecho* nos parece más clara y sintética⁴²⁸. Y ello sin perjuicio de reconocer que en ésta última obra Recaséns no distingue entre los datos inmediatos de experiencia —el sentido de la justicia y de la injusticia— y los otros datos de experiencia —que lo serían en sentido lato, pues sin ser inmediatos, serían por lo menos pre-científicos⁴²⁹—. En ese orden de ideas, seguiremos sobre todo los desarrollos de la segunda de las obras mencionadas,

⁴²⁷ Llega a decir que Recaséns “[...] identifica la experiencia de la justicia con el *sentimiento*, o al menos convierte a éste en el contenido primario y central de aquélla [...]” lo cual se inscribe en el irracionalismo axiológico [...]. En particular, Recaséns confunde “sentimiento jurídico” con la percepción inmediata, o con el conocimiento inmediato, de lo justo y de lo injusto [...]. El sentimiento, como acto o realidad emocional, no es lo mismo que la percepción misma —que, por más vueltas que se quiera darle, es de naturaleza cognoscitiva, aunque no se afirma que siempre sea *sólo y puramente cognoscitiva*— con la disposición afectiva que puede agudizar la atención perceptiva, o con el acto afectivo que “tiñe” de afectividad o practicidad el conocimiento. Ocurre, sí, que la reacción o movimiento de la esfera tendencial suele ser concomitante, en la conciencia, con el conocimiento del objeto *sub ratione boni*, o aún precederlo; sin dudas, también, cabe una experiencia del sentimiento (experiencia interna y, por lo tanto, refleja); ésta, sin embargo, ha de ser consiguiente a una experiencia externa en la cual el objeto aparece ya revistiendo determinadas características [...].” (F. A. LAMAS, *La experiencia jurídica*, cit., p. 40. Cursivas en el texto). Por ejemplo, Recaséns, comentando los antecedentes del “sentimiento jurídico”, señala que “Cuando Aristóteles, en su *Política*, quiere definir lo que distingue al hombre de todos los demás animales, dice ser específicamente propio del ser humano el sentido de lo justo y de lo injusto”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 115. Cfr. también: ARISTÓTELES, *Política*, I, 1235a 12 ss.) Luego identifica la sindéresis de los primeros principios morales según Tomás de Aquino, con la experiencia jurídica. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 116. Cfr. también: T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 1, ad. 2). Por su parte, Villoro ha matizado: “En realidad, por “sentimiento jurídico”, Recaséns Siches entiende mucho más que las reacciones emotivas: entiende las vivencias integrales, como factores intelectuales, axiológicos y psíquicos, que tienen los hombres ante determinadas complejas situaciones concretas, dadas de una manera inmediata o directa [...].” (M. VILLORO TORANZO, “Reseña a *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*”, cit., p. 856). Por nuestra parte, abordaremos las críticas de Lamas hacia el final de este acápite.

⁴²⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 53-83.

⁴²⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 143-144.

centrándonos en los datos de experiencia jurídica —o factores y condiciones en la producción del derecho⁴³⁰— más importantes para el profesor español⁴³¹:

a) La urgencia y el deseo de paz y de orden.— la búsqueda de la seguridad a través del derecho como orden pacífico y garantizado sería indispensable, pero no sería suficiente, pues debería corresponder también a unos principios éticos y de justicia⁴³².

b) Los datos antropológicos.— serían los temas fundamentales de la metafísica de la vida humana, como que el hombre no tendría instintos, sino imaginación, o como que el ser humano crearía el derecho para satisfacer necesidades vitales básicas⁴³³.

c) El sentimiento jurídico.— aludiría a experiencias estimativas a modo de vehículo emocional de intuiciones y criterios sobre: 1) el respeto para el orden establecido; 2) el respeto para las personas, sus posesiones y su esfera de acción; 3) lo que debiera ser el derecho; y 4) el rechazo frente a las acciones que sentimos como injustas. Sería un medio para el hallazgo del derecho justo, aunque la mera existencia de ese sentimiento jurídico no tendría, por sí mismo, fuerza creadora de derecho⁴³⁴.

d) El “sentimiento de la injusticia”.— sería el hecho inmediato a nuestra conciencia de la reacción emotiva de repudio frente a una situación injusta. Se trataría de una mezcla indisoluble de

⁴³⁰ Quizá valga la pena señalar que en *Introducción al estudio del derecho*, tanto los datos inmediatos como los mediatos son llamados alternativamente “factores y condiciones en la producción del derecho”, mientras que en *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...* son llamados así sólo los datos mediatos o de experiencia jurídica en sentido lato. Por otro lado, no hay total coincidencia en las dos obras en la consideración de algunos de estos datos como inmediatos o mediatos. Estas idas y venidas entre dos libros escritos casi en simultáneo, nos confirman en la idea de que la noción de “experiencia jurídica” ingresó en la iusfilosofía recaseniana con importantes consecuencias, pero sin llegar a encontrar su lugar acabado. Nos ocuparemos de este asunto al final de este capítulo. (Cfr. Cap. III.C).

⁴³¹ Por su fuerte impronta sociológica, estos datos nos recuerdan el “contenido mínimo de derecho natural” de H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, cit., pp. 239-247.

⁴³² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 53-54.

⁴³³ Cfr. Ibídem, pp. 54-55.

⁴³⁴ Cfr. Ibídem, pp. 55-57. Recaséns advierte que no intenta “[...] fundar la estimativa o axiología jurídica [...] sobre la base de un sentimiento; pues el mero hecho de una emoción no puede cimentar doctrinalmente el criterio de la justicia y de los demás valores por ésta implicados [...]”. (Ibídem, p. 56. Cfr. también, L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 112-113). Menciona como antecedentes de la noción de sentimiento jurídico, por ejemplo, a Grocio, Kant, Schopenhauer, Esser, Cahn, Bodenheimer, Fuller, Brecht, Feinberg y Scheler. (Ibídem, pp. 116-142). Para Verdross: “[...] el sentimiento y la conciencia del derecho no se forman en el devenir histórico, sino que pertenecen a las cualidades fundamentales del hombre. Pero esta conclusión es, a su vez, la demostración de que la conciencia y el sentimiento de lo jurídico son elementos esenciales subjetivos, por lo que no es posible deducir de ellos las normas jurídicas objetivas fundamentales”. (Cfr. A. VERDROSS, *La Filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, Trad. M. de la Cueva, México, UNAM, 1962, p. 360).

sentimiento y razón, pero lo que tendría de injusto, no le vendría de su dimensión sentimental o psíquica, sino de su no coincidencia con una pauta objetiva de justicia⁴³⁵. Por otro lado, no habría que confundir el sentimiento inmediato de merecimiento o de injusticia con la experiencia jurídica, que abarcaría más elementos⁴³⁶.

e) Los datos biológicos y los datos psíquicos.– para Recaséns ninguna norma podría dejar de contar con los hechos básicos de la biología humana, como la diferencia entre sexos, la reproducción, la diferencia de edades, la herencia de caracteres físicos y psíquicos, o la necesidad de la alimentación. Por otro lado, existirían además del sentido de la injusticia y de la justicia otros resortes emocionales constantes, como el sentimiento de lo merecido o del estar autorizado a realizar algo. **f) Algunos deseos sociales básicos.**– como los de seguridad; de nuevas experiencias y de progreso; de reconocimiento; de ayuda y de ser libre; de poder y de obediencia. **g) El factor de poder político.**– independientemente del juicio estimativo que merezca un fenómeno concreto de poder político —que debería siempre regirse por la justicia y sustentarse en el consenso social—, en sí mismo este factor sería valioso porque evitaría la anarquía. **h) Las estructuras sociales pre-existentes al derecho y co-existentes con él.**– habría algunas realidades sociales previas a su institución o regulación jurídica, como la familia, los hechos de paternidad y filiación, las relaciones de trabajo, etc. **i) Las enseñanzas de la experiencia histórica.**– constituidas por la memoria colectiva humana, sumamente aleccionadora respecto del derecho que se ha de fraguar en un momento determinado, intentando encarnar los valores jurídicos permanentes en su circunstancia, lo que se lograría —como vimos⁴³⁷— mediante el *logos* de lo razonable⁴³⁸.

⁴³⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 57-58; y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 114. Cfr. también: E. BODENHEIMER, *Treatise on Justice*, New York, Philosophical Library, 1967.

⁴³⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 139. Para Pérez Luño: “El sentimiento jurídico, o el sentimiento de la justicia o de la injusticia, se entiende que es la experiencia humana inmediata de lo que debe ser conforme a derecho [...].” (A. E. PÉREZ LUÑO, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Colaboradores: C. Alarcón Cabrera, R. González-Tablas y A. Ruiz de la Cuesta, Madrid, Tecnos, 8^a ed., 2009, p. 21).

⁴³⁷ Cfr. Cap. II.A.3.

⁴³⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 59-79; y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 153-185.

j) Las intuiciones de valor.- para Recaséns toda norma jurídica positiva presupondría una elección, y ésta, a su vez, una preferencia, y ésta última, asimismo, un juicio de valor⁴³⁹. **k) Los datos de razón.**- además de las intuiciones estimativas, los contenidos de derecho se darían muchas veces por estructuras de razón, razonables o prudenciales, como tuvimos oportunidad de apreciar en su momento⁴⁴⁰. **l) El factor religioso.**- aunque podría haber excepciones, la mayoría de las veces el derecho se tejería a partir de la creencia social en un Ser Supremo. Incluso si se negase la existencia de éste, se endiosarían otras entidades, como la razón, la clase social o el Estado⁴⁴¹. Finalmente, cabe señalar que, para el profesor español, todos los datos señalados son una reafirmación, desde la experiencia jurídica, de la tridimensionalidad del derecho⁴⁴².

Para cerrar este acápite, quizá valga la pena ocuparnos en conjunto de las agudas críticas que le hiciera Lamas a la noción recaseniana de experiencia jurídica. El profesor argentino le hace por lo menos tres observaciones que intentaremos sintetizar seguidamente. a) Si la noción de experiencia jurídica resulta ser tan amplia que incluye la captación directa de esencias universales e implica la confusión de las facultades cognoscitivas superiores con las inferiores, y la de los actos de percepción con la abstracción y el discurso racional; dicha noción, por su confusión, no resulta útil como punto de partida para la reflexión iusfilosófica⁴⁴³. b) Si la noción de experiencia jurídica como conocimiento implica en parte la construcción de los datos que se conocen, el planteamiento recaseniano resultaría por lo menos contradictorio, porque si los datos son también construidos, ¿cómo se denominaría aquello a partir de lo cual se los construye?⁴⁴⁴ c) Finalmente, si el sentimiento jurídico o de injusticia termina

⁴³⁹ Cfr. Cap. III.A.2. Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 79; y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 187-191. Para Recaséns: "Los valores son hallados como datos de una peculiar intuición intelectual, aunque ésta advenga cabalgando, por así decirlo, a lomos de una emoción". (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 79).

⁴⁴⁰ Cfr. Cap. II.A.2. Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 79-80; y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 185-187.

⁴⁴¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 80; y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 187.

⁴⁴² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 80-82; y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 143-147.

⁴⁴³ Cfr. F. A. LAMAS, *La experiencia jurídica*, cit., p. 36.

⁴⁴⁴ Cfr. Ibíd, pp. 38-39. Señala Lamas: "[...] Digo que [...] es contradictorio hablar de un "dato" que a la vez sea "construido", que es lo que surge en el contexto de la exposición de ambos [se refiere a Husson y a Recaséns], como herencia del kantismo oculto de la Fenomenología [...]" (Ibíd, p. 39).

identificándose con la noción misma de experiencia jurídica recaseniana o, por lo menos, ocupa la centralidad de su contenido, no sólo la confusión sobre la noción se agravaría aún más, sino que estaríamos en realidad frente a una propuesta de irracionalismo axiológico⁴⁴⁵.

Por una cuestión metodológica, convendrá ocuparnos de las críticas en el orden inverso en el que fueron formuladas en el párrafo anterior. Respecto de la tercera observación, creemos que Recaséns no identificó la experiencia jurídica con el sentimiento jurídico, ni si quiera a éste con el contenido central de aquella. Si bien puede dejar esa impresión en la equívoca ilación de temas que desarrolla en el libro en que sobre todo repara Lamas⁴⁴⁶, si la contrastamos con la exposición del trabajo que se publica poco antes —cuya secuencia expositiva hemos seguido preferentemente aquí— nos daremos cuenta de que el sentimiento jurídico, ni es el elemento más importante en la configuración de la experiencia jurídica de Recaséns —pues posterga su desarrollo frente a otros dos datos—, ni ha querido nuestro autor señalar con él esferas única o predominantemente emotivas —y por lo tanto, irrationales— de tal experiencia⁴⁴⁷.

Respecto de la segunda crítica, nos parece que no queda claro que Recaséns adopte la idea de construcción o creación de los datos de la experiencia qué él mismo reseña respecto de Husson. Si bien en la exposición que hace en 1963 podría parecerlo⁴⁴⁸, realmente lo parece mucho menos en la que desarrolla en 1971⁴⁴⁹. Finalmente, cuando ofrece su propia idea de experiencia jurídica —no obstante tomar mucho del sentido amplio en el que se refería a ella Husson— no menciona la idea de “construcción” de la realidad experimentada, más bien parece distanciarse claramente de ella⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ Cfr. Ibídem, pp. 40-41.

⁴⁴⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 109-142.

⁴⁴⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 53-82. En el mismo sentido: M. VILLORO TORANZO, “Reseña a *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*”, cit., p. 856. Nos parece que Castro Cid básicamente coincide con nuestra opinión. (Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 170-171).

⁴⁴⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. II, cit., pp. 853-854.

⁴⁴⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 74.

⁴⁵⁰ Cfr. Ibídem, pp. 37, 46 y 99-103. Cfr. también: Cap. III.B.1. Antes bien, Recaséns declara explícitamente coincidir con Husson en la idea de otra dualidad acerca de la experiencia: a) como encuentro con lo real o enriquecimiento que proviene de un dato externo (un saber de algo); y b) como actividad sobre la realidad o tentativa (un saber hacer algo). (Cfr. Ibídem, p. 74). Dualidad que si bien está emparentada con

Finalmente, respecto de la primera de las críticas, ciertamente es difícil justificar la existencia de un conocimiento directo o experiencial de esencias ideales como el que admite nuestro autor, aun cuando se insista en que dicha experiencia se da en el contexto de la vida humana⁴⁵¹. Por otro lado, parece innegable que en Recaséns se da una confusión de los diversos aspectos del conocimiento, como la percepción y la abstracción⁴⁵²; incluso llega a equiparar —sin justificación suficiente— la experiencia metafísica aristotélica con la idea moderna de conocimiento *a priori* asumida por él⁴⁵³. En ese sentido, resulta evidente que la exposición de su inacabada noción de experiencia jurídica no tiene la virtud de distinguir sus aspectos ni de explicar su interrelación adecuadamente⁴⁵⁴.

Sin embargo, compartimos la idea de Villoro, en el sentido de que el método “fenomenológico existencial” utilizado por el profesor español tiene aspectos valiosos que se puede destacar⁴⁵⁵. A nuestro modo de ver, Recaséns logra transmitir de manera

aquella otra (dato recibido-dato construido) criticada con razón por Lamas y admitida por Husson según el relato de Recaséns, no necesariamente se identifica con ella. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. II, cit., p. 853).

⁴⁵¹ A nuestro juicio, desde otra perspectiva, Pérez Luño criticará dichas ideas como incompatibles incluso con el propio raciovitalismo orteguiano asumido por nuestro autor, como veremos en el subcapítulo próximo. (Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, “Ortega y las libertades”, en *Kelsen y Ortega. Positivismo jurídico y raciovitalismo desde la cultura jurídica actual*, Lima, Jurista Editores, 2009, pp. 88-95).

⁴⁵² Por ejemplo, mientras que al principio rechazaba la noción de inducción —si bien circunscribiéndola a la experiencia meramente empírica— como método para la Filosofía del derecho (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 11-12 y 386-392), luego dirá, refiriéndose a la experiencia de índole metafísica de Aristóteles que él mismo asume: “[...] parece que el punto primario de partida tiene que ser siempre una “experiencia”, claro es que en el sentido lato de esta palabra, es decir, como algo dado de una manera inmediata o directa; pues, a la postre, lo que Aristóteles llama inducción se basa en datos de experiencia [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 345. Cursivas en el texto).

⁴⁵³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 30. Quizá esta sea una señal del interés de Recaséns por reconducir su apriorismo axiológico anti-empirista hacia tesis más clásicas o metafísico-realistas del conocimiento estimativo. Sobre ello volveremos más adelante. (Cfr. Cap. III.B.3 y C; Cap. IV.B).

⁴⁵⁴ Para una presentación rigurosa de dichos aspectos, Cfr., por ejemplo: F. A. LAMAS, “Percepción e inteligencia jurídicas...”, cit., pp. 20-36.

⁴⁵⁵ Para Villoro “[...] Recaséns no enfoca estos temas como lo haría un neoescolástico —distinguiendo cada diferente plano y examinando el lugar que corresponde al fenómeno jurídico en su respectivo planteamiento— sino que procede al modo fenomenológico existencial, seguramente inspirado por Husserl: el Derecho se le presenta antes que nada como una “experiencia jurídica” [...]. Su obra consiste en el análisis de esos datos y en el examen de las diferentes relaciones que se dan entre ellos. Este enfoque no deja de ser original, ni tampoco carece de ventajas [...].” (M. VILLORO TORANZO, “Reseña a *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*”, cit., pp. 855-856). También Rodríguez Iturbe ha destacado su metodología fenomenológica. (Cfr. J. RODRÍGUEZ ITURBE, *El concepto de derecho...*, cit., pp. 207-208).

vital —y por lo tanto, cercana al hombre común y corriente— la riqueza y unidad de una experiencia jurídica que no se reduce a lo meramente empírico. Y si bien no es posible sostener que este intento de síntesis entre elementos clásico-realistas de fondo y una metodología de raigambre fenomenológica haya resultado satisfactorio⁴⁵⁶, creemos que no se puede decir lo mismo de los intentos de otros autores con influencias teóricas semejantes a las de Recaséns, y que lograron avances promisorios también en el terreno de la razón práctica⁴⁵⁷.

Por ello, más allá de las imprecisiones anotadas, nos parece plausible el intento de explorar la vía fenomenológica en un sentido semejante al de Recaséns: más como un método, que como una ontología o gnoseología. En concreto, se trataría de ensayar una vía existencial de superación del reductivismo experiencial propuesto tanto por el empirismo como por el criticismo kantiano⁴⁵⁸, y que en ese sentido podría ser útil en la tesisura en que se encuentra hoy la teoría de la argumentación jurídica, como trataremos de evidenciar en el último capítulo de nuestro trabajo⁴⁵⁹.

3. La naturaleza de la cosa y la naturaleza humana

Dentro de su nueva reflexión sobre la experiencia jurídica, Recaséns introduce como punto culminante la idea de “naturaleza de la cosa”, la que —bajo diversos

⁴⁵⁶ Aunque debemos recordar que para el mismo Recaséns se trataba apenas de “[...] ofrecer algunas aclaraciones y puntualizaciones, que contribuyan a una mejor inteligencia [...]” de una nueva manera de entender la experiencia jurídica. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 100). Para Lamas: “Muchos otros ejemplos podríamos poner de esta preocupación contemporánea por la experiencia jurídica que, sin embargo, apenas si ha echado alguna luz sobre el concepto de experiencia jurídica en sus tres momentos constitutivos: el sujeto, el objeto (el fenómeno jurídico) y el acto (y el esquema o disposición habitual consiguiente). Lejos de ello, hasta podría decirse que esta temática ha profundizado las confusiones que han llegado a poner en crisis los saberes acerca del Derecho”. (F. A. LAMAS, *La experiencia jurídica*, cit., p. 41).

⁴⁵⁷ Cfr. por ejemplo, los trabajos de S. COTTA, *El derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*, Trad. I. Peidró, Pamplona, EUNSA, 1987, pp. 13-79; y *¿Qué es el derecho?*, Trad. J. J. Blasco, Madrid, Rialp, 3^a ed., 2000, pp. 9-48; o los de K. WOJTYLA, *Max Scheler y la ética cristiana*, Trad. G. Haya, Madrid, BAC, 1982, pp. 214-219; y *Persona y acción*, Trad. R. Mora, Madrid, Palabra, 2011, pp. 31-109.

⁴⁵⁸ Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, “Entre reductivismo y la analogía...”, cit., pp. 373-380.

⁴⁵⁹ Cfr. Cap. VI.C.1.

terminos— considera muy discutida en su contexto iusfilosófico⁴⁶⁰, y la que —a nuestro juicio— sigue teniendo hoy plena relevancia doctrinal y jurisprudencial⁴⁶¹.

Como es costumbre en el maestro hispano-mexicano, antes de darnos su versión sobre la noción, emprende una erudita revisión de la misma en la historia de la Filosofía jurídica⁴⁶². Respecto de los clásicos, una vez más, Aristóteles y Tomás de Aquino ocupan un lugar preponderante. Del Estagirita destaca su idea de “entelequia”⁴⁶³ que —sin considerarla completamente satisfactoria por su falta de claridad y de justificación científica⁴⁶⁴— expresaría mejor que algunas teorías contemporáneas lo que se indica con “naturaleza de la cosa”. Del Aquinate pone de relieve su doctrina de la “naturaleza

⁴⁶⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 193. Vale la pena tomar en cuenta que no es que Recaséns no se hubiera ocupado nunca del tema (Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 327; o *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 511), sino que lo hace ahora en un estudio riguroso y con clara intención renovadora. Para un estado de la cuestión en la época inmediatamente previa a la incursión decidida de Recaséns en el tema, Cfr. F. PUY MUÑOZ, “El derecho y la naturaleza de las cosas”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 12, 1966, pp. 75-93.

⁴⁶¹ Así lo confirman, por un lado, quienes consideran que a ella se alude mucho implícitamente y que por lo menos en su sentido de “naturaleza pura” u ontológico-ética debiera desecharse (Cfr., I. MASSA PINTO, “Derechos e interpretación: la argumentación ambigua de “naturaleza de las cosas” en la jurisprudencia constitucional italiana y la cuestión del reconocimiento jurídico de la unión homosexual”, *Derechos y libertades*, 30, 2014, pp. 71-102), y por otro lado, quienes piensan más bien que se trata de un tema imprescindible de justicia a profundizarse. (Cfr. M. I. LORCA MARTÍN DE VILLODRES, “La experiencia jurídica actual desde la clásica doctrina filosófica de la naturaleza de las cosas. Una posible vía para la reconciliación entre el derecho natural y el derecho positivo”, *Persona y derecho*, 68, 2013, pp. 39-75).

⁴⁶² A diferencia de, por ejemplo, Garzón Valdés, que se restringe al origen alemán del término en singular (Cfr. E. GARZÓN VALDÉS, “La naturaleza de la cosa”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, 7, 1970, pp. 59 ss.), Recaséns entronca la idea con el origen clásico de “naturaleza de las cosas” o *rerum natura*. Para un desarrollo histórico de dicha idea, Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de las leyes*, Madrid, Revista de derecho privado, 1991, pp. 476 ss. Los mencionados desarrollos históricos llevan críticamente a Recaséns a través de Anaximandro, Aristóteles, Aquino, Montesquieu, Kant, Gény, Deguit; hasta Del Vecchio, Reinach, Villey, Husson, Legaz, Brunner, Radbruch, Coing, Fechner, Larenz, Maihofer, Welzel, Engisch, Brecht, Tammelo, Northop, Dreier, Bobbio y Garzón Valdés; entre muchos otros. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 194-308).

⁴⁶³ Cfr. ARISTÓTELES, *Metafísica*, VIII, 3, 1044a 5-10; IX, 1, 1045b 30-35 y 3, 1047a 30 ss.; 8, 1050a 15 ss.; XI, 9, 1065b 15 ss.; etc. Para Recaséns: “Por *entelequia* se entiende las interiores fuerzas actuantes de todos los seres, especialmente de los seres vivos, que les conducen a que cobre realidad el grado máximo de sus posibilidades, a que se actualicen todas sus potencialidades [...].” (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 199).

⁴⁶⁴ Le parece además que “No sirve [...] porque, cuando en Derecho se habla de ésta, no se piensa nunca única y exclusivamente en una cosa, en sí misma, antes bien siempre, en una cosa *en relación con los fines y con los valores humanos* [...].” (Ibíd, p. 203. Cursivas en el texto).

de las cosas” como parte integrante de su concepción iusnaturalista⁴⁶⁵, pues aquella sería la fuente fundamental tanto del derecho natural como del positivo⁴⁶⁶.

Respecto de Kant, se ocupa principalmente de la oposición de su idea de naturaleza humana a la aristotélico-tomista⁴⁶⁷, postura que haría que las fuentes morales del derecho ya no sean las determinadas por Dios o por la naturaleza, sino unas leyes producidas por los hombres co-existencialmente, como actos de autodeterminación libre⁴⁶⁸.

Pero Recaséns hace también referencia a autores contemporáneos. A pesar de que no se ocupó explícitamente del tema, subraya positivamente de Del Vecchio su doctrina metafísica de la naturaleza como teleología y como medida del deber ser, aunque le reprocha la inspiración kantiana y fichteana de su iusnaturalismo que haría que su idea implícita de “naturaleza de la cosa” no tenga carácter objetivo, sino que sea más bien “[...] la proyección de una teleología idealista del “yo racional”, quien, en función de su libertad, se proyecta y se desenvuelve en el reino de los fines [...]”⁴⁶⁹. En nuestra opinión, esta crítica reviste particular importancia, pues matiza la relevancia de la impronta kantiana en la idea recaseniana de naturaleza humana y por lo tanto —como veremos más adelante— en el fundamento de la dimensión axiológica de su Filosofía de la interpretación del derecho⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ Recaséns se refiere a T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, q. 9, 14, 15, 18, 19, entre otras. Sin embargo, parece que en el sentido que él destaca, la idea está más clara en *Suma Teológica*, II-II, q. 57, a. 3. Siguiendo en la interpretación de Villey, señala que para Tomás de Aquino y para toda la tradición que recoge: “En la expresión “naturaleza de las cosas”, la palabra “cosas” debe entenderse en el sentido más extenso, incluyendo por tanto, no sólo lo material y la causalidad, sino también el espíritu y los valores”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 204).

⁴⁶⁶ Cfr. Ibídem, p. 205.

⁴⁶⁷ Cfr. I. KANT, *Metafísica de las costumbres*, <237 ss.>. Señala Recaséns: “Según Kant, la base natural de todo orden humano no es la naturaleza cósmica de la cual el hombre es una parte, como *homo sensibilis* (*homo phaenomenon*), determinada por leyes naturales de causalidad, antes bien se trata de la naturaleza humana como *homo intelligibilis* (*homo neoumenon*), que se determina libremente a sí misma. No es la necesidad cósmica, antes bien la libertad humana, autónoma, indeterminada, que se determina por sí propia”. Y continúa: “Esa naturaleza humana en tanto que fundamento y medida de todo Derecho natural no está predeterminada por el acto de la creación del hombre hacia una finalidad preconcebida [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 208-209).

⁴⁶⁸ Cfr. Ibídem, p. 209.

⁴⁶⁹ Ibídem, p. 226.

⁴⁷⁰ Recordemos que Recaséns si bien reconoce haber aprendido mucho del neo-kantismo (L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento...*, t. I, cit., p. 489), no se entiende a sí mismo como kantiano ni como neokantiano (*Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 326). Sin perjuicio de lo señalado, por lo

Con una preocupación semejante, el profesor español subraya los aportes de Villey, quien interpretando agudamente el iusnaturalismo aristotélico-tomista habría evidenciado que la idea de naturaleza de las cosas es plenamente compatible con la de derecho natural, sin perjuicio de que muchos de los que admiten la primera, terminen negando la segunda⁴⁷¹. Sobre Legaz, por otro lado, destaca que se refiera a una “naturaleza de la cosa” en tanto que naturaleza del hombre —con sus facultades y su teleología— y a la legalidad objetiva que es propia de la actividad y convivencia humanas⁴⁷².

Respecto de Radbruch, Recaséns resalta que en su última etapa de pensamiento se dedicó especialmente a la “naturaleza de la cosa” poniéndola nuevamente en discusión en el mundo iusfilosófico⁴⁷³. Por ello, su valor no estaría tanto en la idea —a su juicio, correcta, aunque imprecisa— de que el derecho tiene que tomar en cuenta la

menos hasta 1959, la impronta kantiana en su antropología fue bastante evidente. (Cfr., por ejemplo, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 92-95). Para Gil Cremades, refiriéndose a varios autores, entre ellos, Recaséns: “[...] La recepción del neokantismo jurídico en España [...] tiene una doble complejidad. De una parte se arranca del neotomismo, del que no se abjura abiertamente. De otra, la filosofía del derecho neokantiana pasa por el tamiz del «orteguismo» [...]”. (J. J. GIL CREMADA, “«Derecho natural» en la Universidad de Zaragoza”, en *Discordia Concors. Estudios de Historia del pensamiento jurídico español*, Granada, Comares, 2015, v. II., p. 293).

⁴⁷¹ Recaséns señala además que Villey ha destacado en esta doctrina una dimensión de historicidad y de apertura a los cambios, remozándola e inyectándole vitalidad, lo que, dicho sea de paso, no implica que él se identifique totalmente con ella. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 230). Cfr. M. VILLEY, *Filosofía del derecho. I. Definiciones y fines del derecho. II. Los medios del derecho*, Trad. E. Palomar Maldonado, Barcelona, Scire Universitaria, 2003, pp. 210-223. Para un análisis crítico de la idea de naturaleza de las cosas en Villey, Cfr. D. A. HERRERA, *La noción de derecho en Villey y Kalinowski*, Buenos Aires, EDUCA, 2005, pp. 68-92.

⁴⁷² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 235-236. Señala Legaz: “Ciertamente, no se trata de nada que sea radicalmente original. La doctrina griega del *physei dikaios*, la doctrina de la jurisprudencia romana sobre la *rerum natura*, las deducciones escolástico-medievales sobre la *natura rei* o las escolástico-tardías (españolas) sobre la *natura objecti* están en absoluto en la misma línea que la preocupación moderna, específicamente jurídica, sobre la naturaleza de las cosas, como base para la afirmación de un “derecho natural concreto” como distinto del Derecho natural abstracto expresado en los principios jurídicos fundamentales basados en la naturaleza ética del hombre”. (L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, cit., pp. 206-207).

⁴⁷³ Cfr., G. RADBRUCH, “La naturaleza de la cosa como forma del pensamiento jurídico”, en *Relativismo y derecho*, Trad. L. Villar Borda, Bogotá, Temis, 2009, pp. 53-68; y G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del derecho*, Trad. W. Roces, Bogotá, FCE, 1997, pp. 25-30. En la polémica sobre la radicalidad del cambio en la iusfilosofía de Radbruch, Recaséns se inclina por la tesis del cambio drástico (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., pp. 240-241; o *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 285), mientras que otros, como Martínez Roldán, prefieren hablar de una lenta evolución. (Cfr. L. MARTÍNEZ ROLDÁN, “Radbruch y el arco gótico”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 40, 2006, pp. 205-226).

objetividad de unos datos concretos y unas situaciones sociales determinadas, sino más bien en haber sido una oportuna llamada de atención sobre el tema⁴⁷⁴.

El profesor español desarrolla también el enfoque de Coing⁴⁷⁵. De sus aportes destaca el hallazgo de que la “naturaleza de la cosa” consiste en la naturaleza del hombre y del mundo en el cuál vive, y que se trata de un orden inmanente a las cosas mismas que le ofrece a la justicia la materialidad o el contenido de la que ésta carece para su concreción⁴⁷⁶. De Engisch pone de relieve que si bien rechaza la idea de “naturaleza de la cosa” tanto por su equivocidad como por su remisión al iusnaturalismo, por otro lado acepta que el derecho ha de tener en cuenta siempre la realidad de los hechos⁴⁷⁷.

Finalmente Recaséns encomia el trabajo de Garzón Valdés sobre la naturaleza de la cosa y da cuenta de su crítica. Para el profesor argentino, la naturaleza de la cosa no sería ni fuente del derecho, ni superaría la discusión entre iusnaturalismo y iuspositivismo, ni se podría usar como término técnico al no vencer la llamada “falacia

⁴⁷⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 243-246.

⁴⁷⁵ Benito de Castro destaca la coincidencia de Recaséns con Coing sobre este tema. (Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 167-168).

⁴⁷⁶ Afirma Recaséns: “A mí, este estudio de Coing [...] me parece brillantísimo y fascinante, por lo menos a primera vista. Pero analizándolo bien, se da uno cuenta de que en última instancia lo decisivo radica en juicios estimativos, fundados en valores con intrínseca validez. La consideración minuciosa de este estudio muestra también que, cuando se habla de la “naturaleza de las cosas”, lo que definitivamente viene en cuestión no es la mera índole de las cosas, antes bien, la índole [...] de la naturaleza humana, interpretada ésta metafísicamente”. Y luego añade, coincidiendo con Coing: “En fin de cuentas, en esta materia, el punto más importante es la cuestión sobre el valor de la persona humana. El fundamento radical de toda la estimativa jurídica es la idea de la dignidad de la persona humana”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 250). Cfr. H. COING, *Fundamentos de Filosofía del derecho*, Trad. J. M. Mauri, Barcelona, Ariel, 1^a ed., 1^a reimp., 1976, pp. 131-161. Sobre la importancia decisiva de la dignidad, regresaremos en el siguiente capítulo. (Cfr. Cap. IV.B.1).

⁴⁷⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 267-270. Cfr. K. ENGISCH, *La idea de concreción en el derecho y en la Ciencia jurídica actuales*, Trad. J. J. Gil Cremades, Granada, Comares, 2004, pp. 200-206.

naturalista”⁴⁷⁸; sin embargo, a su juicio, podría admitirse que dicha idea tiene un valor argumentativo emotivo para el derecho⁴⁷⁹.

Pero una vez terminada esta breve reseña sobre algunos de los interlocutores de nuestro autor sobre el tema, es preciso preguntarnos detenidamente ¿qué entiende Recaséns por “naturaleza de la cosa o de las cosas”? El profesor español está convencido de que no se trata de una experiencia meramente empírica de las cosas, sino antes bien de una interpretación de éstas a partir de la naturaleza metafísica y teleológica del hombre y, por lo tanto, siempre en relación con unos criterios de valor⁴⁸⁰. A su juicio, más allá de la distinción formal entre valor y realidad, entre el deber ser y el ser, existen conexiones reales entre las estructuras esenciales de la vida humana y los valores, los que estarían en cuanto a su fundamentación y vocación de realización, condicionados hasta cierto punto por las mismas⁴⁸¹. Recaséns advierte que dicha postura asumida lo hace no sólo colindar con la idea de “naturaleza humana” que Aristóteles usó como base para su teoría moral y de derecho natural, sino que lo hace ser, en realidad, un “renovador” de la misma⁴⁸².

⁴⁷⁸ Sobre la respuesta a la objeción de cometer “falacia naturalista”, nos hemos referido ya en otro trabajo. (Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Lima, Palestra, 2012, pp. 114-116, y la bibliografía allí citada). En todo caso, algo más diremos más adelante. (Cfr. Cap. VI.C.1).

⁴⁷⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 303-308. Cfr. también: E. GARZÓN VALDÉS, “Naturaleza de la cosa”, cit., pp. 74 ss. En realidad, nos parecen más interesantes las cuatro preguntas que se formula Garzón Valdés que las respuestas que alcanza. Por otro lado, llama la atención que Recaséns no formule una crítica directa de las conclusiones del profesor argentino siendo evidente que no opinan ni siquiera de manera semejante.

⁴⁸⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 193 y 312; Cfr. también, L. RECASÉNS SICHES, “El problema de «la naturaleza de las cosas»”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 87-88, 1972, pp. 645-646.

⁴⁸¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 27; e *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 291.

⁴⁸² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 27. Para él también se trataría de una naturaleza humana que fundamenta una axiología (Ibidem, pp. 265 y 315). Decía de sí mismo en 1963: “[...] en los dos posteriores años, su doctrina estimativa o axiológica ha ido derivando en parte hacia una revivificación de una tesis iusnaturalista, depurada y refinada, que admite una experiencia ontológica de la finalidad, a través de una revaloración de algunos temas aristotélicos y neo-escolásticos, gracias a los cuales se puede lograr una más honda inserción de los valores en la vida humana”. (L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 490). Sobre el sentido analógico del término *physis*, Cfr. ARISTÓTELES, *Metafísica*, V, 3, 1014b 16 ss. Cfr. también, por ejemplo, T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, q. 29, a. 1, ad. 3 y III, q. 2., a. 1; o T. DE AQUINO, *El ser y la esencia*, c. I y II.

Se trataría de volver la mirada a la naturaleza humana como base o fundamento para la ética, tanto para el problema moral en sentido estricto —el que tiene que ver con el destino del individuo— como también para el jurídico. Por lo que “[...] la expresión *naturaleza* humana significaría los principios internos estructurales y de finalidad insertos en el hombre, lo mismo en tanto que persona individual, como también en tanto que ser esencialmente social”⁴⁸³. Una estructura teleológica que nos llevaría a captar objetivamente los criterios ético-jurídicos que nos permitan llenar de contenido el principio formalista de la justicia que consiste en dar a cada uno lo suyo⁴⁸⁴.

Recaséns quiere dejar en claro que no entiende “naturaleza humana” como un conjunto de fenómenos meramente sensibles concatenados entre sí por leyes de causalidad; de tal modo que su idea sería más bien aristotélica —en tanto que realista u omnicomprendedora de toda realidad— y no empirista⁴⁸⁵. Está hablando de una naturaleza humana concebida y experimentada metafísicamente⁴⁸⁶, es decir:

“[...] la naturaleza de un sujeto, esencialmente permeable a la llamada de los valores, de un sujeto que se propone finalidades basadas sobre esos valores, de un sujeto que es libre albedrío (en la medida en que tiene siempre que decidirse, eligiendo entre alguna de las varias posibilidades y potencialidades que, en número plural aunque limitado, le depara su entorno, su mundo, en cada uno de los momentos); de un sujeto que constituye un fin en sí mismo, o, lo que es igual, de un sujeto dotado de dignidad personal”⁴⁸⁷.

El profesor hispano-mexicano se está refiriendo a la naturaleza humana “primaria” —por distinción con lo que se conoce como “segunda naturaleza” o el conjunto de los hábitos adquiridos por el hombre—; en concreto: de las dimensiones innatas, permanentes y universales de todos los seres humanos, tanto en el cuerpo y el

⁴⁸³ L. RECASÉNS SICHES, “En juego, nuestra vida, dignidad y libertad...”, cit., p. 64.

⁴⁸⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 292; *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 320; y “En juego, nuestra vida, dignidad y libertad...”, cit., p. 63.

⁴⁸⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 28-29.

⁴⁸⁶ Aclara Recaséns Siches: “[...] Ese estudio metafísico, para los aristotélico-tomistas, consiste en la estructura teleológica del compuesto biológico, psíquico y espiritual del ser humano. Para quienes partimos de un análisis metafísico de la vida o existencia humana, la naturaleza del hombre consiste en la estructura de su hacer (motivo-fin), así como en el sistema de funciones que integran su vida (religión, conocimiento, técnica, política, derecho, economía, arte, etcétera), las cuales apuntan a la realización de unos valores”. (L. RECASÉNS SICHES, *Iusnaturalismos actuales comparados*, Madrid, Universidad de Madrid, 1970, p. 38).

⁴⁸⁷ L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 315-316. (Cursivas en el texto).

alma, como en lo específicamente humano: el espíritu⁴⁸⁸; dimensiones que son independientes de cualquier realidad histórica mudable⁴⁸⁹.

Como se podrá apreciar, esta idea hace su aparición en la última etapa de su pensamiento y trae consecuencias decisivas tanto para la concepción global de su propuesta raciovitalista, como para algunos de los tópicos fundamentales de la dimensión axiológica de su Filosofía de la interpretación del derecho. En seguida nos ocuparemos de lo primero. Lo segundo tendrá que esperar hasta el siguiente capítulo, en el que abordemos los principales aspectos axiológicos de su propuesta.

C. Matices de la recepción recaseniana del raciovitalismo orteguiano

Está fuera de discusión el hecho de que con su propuesta raciovitalista, Ortega intentó superar tanto el realismo antiguo y medieval, como el idealismo moderno⁴⁹⁰. Sobre el logro cabal de dicho intento, ya la cuestión parece ser más debatida⁴⁹¹. En ese sentido, si consideramos que los perfiles mismos del raciovitalismo orteguiano no terminan de ser del todo claros, podemos concluir que lo será mucho menos aun la versión asumida por Recaséns, quien no se ocupó en general del esclarecimiento de sus

⁴⁸⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Axiología jurídica y derecho natural”, cit., p. 140; *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 294; y *lusnaturalismos actuales comparados*, cit., p. 37. Cabe señalar que Recaséns a veces distingue tanto la dimensión físico-psíquica, por un lado, y la espiritual, por otro, que podría entenderse que la persona se reduce sólo al “libre albedrío”, al “sujeto”, al “yo” o al “espíritu”, en desmedro de los aspectos “instrumentales” (corporales y psicológicos) de la misma, que serían, en el sentido más propio del término, “naturaleza” y parte más bien de la “circunstancia”. (Cfr., por ejemplo, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 87; *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 21; *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 313 y 316; y “El problema de «la naturaleza de las cosas»”, cit., p. 646). En esta suerte de dualismo de corte cartesiano se deja sentir, sin duda, la influencia de Ortega. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “José Ortega y Gasset: algunos temas capitales de su filosofía”, cit., p. 358). Para una defensa de la idea de naturaleza unitaria del hombre, Cfr. R. SPAEMANN, “Sobre el concepto de una naturaleza del hombre”, en *Lo natural y lo racional*, Trad. D. Innerarity y J. Olmo, Santiago de Chile, IES, 2011, pp. 17-36.

⁴⁸⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 323.

⁴⁹⁰ Cfr., por ejemplo, J. ORTEGA Y GASSET, *El tema de nuestro tiempo*, cit.; L. RECASÉNS SICHES, “José Ortega y Gasset. Su metafísica, su sociología y su filosofía social”, *La Torre. Revista general de la Universidad de Puerto Rico*, 15-16, 1956, pp. 310-315; C. MORÓN ARROYO, *El sistema de Ortega y Gasset*, cit., pp. 27 ss.; o A. RODRÍGUEZ HUÉSCAR, *La innovación metafísica de Ortega. Crítica y superación del idealismo*, Madrid, Biblioteca nueva, 2002, pp. 45-59.

⁴⁹¹ Cfr., por ejemplo, A. GIACCHETTI PASTOR, *La persona como “ser en relación” en el pensamiento de Julián Marías*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, pp. 159-173, y la bibliografía allí citada.

detalles, y casi se limitó a reproducir los desarrollos de su maestro Ortega sobre la metafísica de la vida⁴⁹².

Lo señalado podría llevarnos a pensar que en nuestro autor se da un raciovitalismo orteguiano sin matices ni fisuras⁴⁹³. Sin embargo, nos parece que lo más cercano a la realidad es más bien pensar en un raciovitalismo de alguna manera mitigado o moderado⁴⁹⁴.

Lo anterior se puede proponer, por lo menos, a través de tres razones complementarias. En primer lugar, porque Recaséns mismo lo admite, en particular, cuando toma distancia explícita del historicismo de Ortega y Gasset, elemento fundamental de su aproximación filosófica⁴⁹⁵. En segundo lugar, porque asume componentes de una metafísica realista —aristotélico-tomista— que no asumió el maestro, y que parecen incompatibles con su perspectivismo, como por ejemplo, la noción de experiencia y de conocimiento inmediato de datos pre-existentes a la interpretación del sujeto y, en concreto, del dato metafísico de una naturaleza humana universal, permanente e inmutable⁴⁹⁶. En tercer lugar, porque en vez de suscribir

⁴⁹² Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 88-91. Para Recaséns: “[...] mientras que para el pensamiento antiguo y el medieval (realismo ingenuo) el punto de partida básico, primario, radical, que busca la Filosofía, estaba en los objetos [...], y para el pensamiento moderno, que fue idealismo, estaba en el sujeto, en cambio, para la teoría de la vida no está ni en lo uno ni en lo otro, sino en la inescindible relación entre ambos, es decir, en la vida”. (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 80). Luego añade: “[...] El sujeto forma su mundo, seleccionando de los múltiples objetos existentes aquellos en que se fija su atención preferente, los articula en la perspectiva determinada por el orden de sus intereses. Esto no entraña que tales objetos queden deformados. He aquí en esquemático resumen la tesis perspectivista de Ortega y Gasset”. (Ibídem, p. 81).

⁴⁹³ Para Rivaya la Filosofía jurídica de Recaséns sería “una aplicación afortunada de la raciovitalista al análisis del fenómeno jurídico”. (Cfr. B. RIVAYA, “Biografía política de Luis Recaséns Siches (1930-1936)”, *Revista de las Cortes generales*, 52, 2001, p. 196). Para Castro Cid los principales puntos de influencia de Ortega en la doctrina de Recaséns son el raciovitalismo, el perspectivismo y la tesis de la vida como punto cero de la Filosofía jurídica. (Cfr. B. DE CASTRO CID, “Notas de la influencia de Ortega en la Filosofía jurídica de Recaséns Siches”, en F. H. LLANO ALONSO y A. CASTRO SÁENZ (Eds.), *Meditaciones sobre Ortega y Gasset*, Madrid, Tébar, 2005, pp. 433 ss.)

⁴⁹⁴ Lo cual parece posible, sobre todo si consideramos las referencias que hace Recaséns a que Ortega era un maestro que siempre dejó andar a sus discípulos con sus propias ideas. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Gaos y Ortega y Gasset”, cit., pp. 281 ss.)

⁴⁹⁵ Para Recaséns: “[...] el reconocimiento de la capital función que la experiencia vital e histórica tiene en el logos de lo humano, no consiste necesariamente, de ningún modo, en reducir la realidad humana a mera historia, como quisieron hacerlo José Ortega y Gasset y Collingwood”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 512).

⁴⁹⁶ Cfr. Cap. III.B.3. Incluso matiza explícitamente a Ortega al hablar de la potencialidad humana. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 376). Para Ortega: “[...] el hombre no

llanamente la razón vital e histórica de su maestro, Recaséns Siches opta por asumirla pero para perfilar su propio *logos* de lo razonable en busca de una herramienta lógica nueva —y a la sazón, en sintonía con la prudencia y la equidad clásicas— que sea capaz de dar cuenta con mayor fidelidad de la ontología de los problemas humanos prácticos⁴⁹⁷.

Por otro lado, en la única ocasión en que Recaséns se plantea hacer un brevísimo paralelo entre la metafísica de la vida y la aristotélico-tomista respecto de la noción de “naturaleza humana”, se refiere a un estudio metafísico que puede abordarse tanto desde el aristotélico-tomismo, como desde un análisis metafísico de la vida o existencia⁴⁹⁸. Con lo cual, podríamos interpretar que la metafísica de la vida de Recaséns, con el tiempo, terminó siendo una manera distinta de abordar la realidad, aunque compatible, con la de los maestros clásicos. Lo que matizaría la idea originalmente asumida de que su versión raciovitalista se plantee también como una superación —en sentido estricto— del realismo de estos autores⁴⁹⁹.

tiene naturaleza, sino que tiene... historia [...]. Es sobremanera cómico que se condene el historicismo porque produce en nosotros o corrobora la conciencia de que lo humano es, en todas sus direcciones, mudadizo, y nada concreto es en él estable [...]. (J. ORTEGA Y GASSET, “Historia como sistema”, cit., p. 41. Cursivas en el texto). Para Legaz: “[...] Ortega se niega a hablar de “naturaleza humana” porque está persuadido de la plasticidad del hombre y se niega a aceptar una imagen fija, estática, de rasgos adquiridos de una vez para siempre [...].” (L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, cit., p. 117).

⁴⁹⁷ Cfr. Cap. II.A.3. Para Castro: “Así como Ortega, para poder pensar rectamente la nueva realidad de la vida, hubo de crear la nueva lógica de la razón vital, así Recaséns [...] al dotar al Derecho de una radical y problemática dimensión vital, tiene que configurar también consecuentemente la lógica de la creación y de la interpretación de ese Derecho como una especial lógica de lo humano, [...] como una lógica vital”. (B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 244). Pero recordemos que para Recaséns la razón vital e histórica no se identifica con su *logos* de lo razonable. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Unicidad en el método de interpretación...”, cit., p. 229; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 82-84).

⁴⁹⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Iusnaturalismos actuales comparados*, cit., p. 38.

⁴⁹⁹ Lo cual no llama la atención si recordamos que Recaséns había abordado en su tesis doctoral a un autor metafísico-realista. Decía en 1947: “*Aunque mi pensamiento filosófico no se desenvuelve por los cauces de la neo-escolástica, siempre he considerado y sigo considerando que los logros conseguidos en Filosofía del Derecho por la obra tomista en general y de modo muy especial por la producción de los autores españoles de los siglos XI y XVII —entre los que Suárez destaca como cumbre eminentísima— representan una aportación de muy alto valor [...].*” (L. RECASÉNS SICHES, *La Filosofía del derecho de Francisco Suárez...*, cit., pp. 7-8. Las cursivas en el texto). Así lo constata J. L. KUNZ, *La Filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX*, Trad. L. Recaséns Siches, Buenos Aires, Losada, 1951, p. 53. En 1971, luego de aceptar cierta tensión entre los insumos con los que fue elaborando su propuesta, señala Recaséns: “[...] jamás se me ocurrió adoptar una postura ecléctica, o [...] elaborar una mescolanza o un cóctel con Suárez, Ortega y los iusfilósofos neokantianos. Esto habría sido insensato y estéril. Lo que intenté fue otra cosa: partiendo de la metafísica de la vida, así como también de algunas inspiraciones de la filosofía fenomenológica de los valores, proceder a una revisión crítica del pensamiento filosófico-jurídico de los grandes epígonos del neokantismo”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 18).

Por todo lo señalado, creemos que es posible hablar en Recaséns de un historicismo y de un perspectivismo moderados o atenuados, en suma, de una metafísica de la vida de base, aunque con ciertos rasgos —no completamente asimilados— de un realismo metafísico⁵⁰⁰.

Parece que Benito de Castro no llega a un planteamiento como el nuestro⁵⁰¹, no obstante aceptar en 1974 que la nueva idea de naturaleza de la cosa asumida por Recaséns —centrada, como vimos, en las dimensiones axiológicas de la naturaleza humana— podría haber tenido una repercusión importante en su iusfilosofía en general y en particular en su estimativa⁵⁰². Independientemente de esta posible discrepancia, coincidimos con él en que a este raciovitalismo orteguiano asumido —en su totalidad o en parte— por Recaséns se le puede reprochar que:

“[...] supone una muy sutil mezcla, casi imperceptible, de dos problemas en sí muy distintos, aunque siempre relacionados entre sí: el crítico del conocimiento de las cosas, y el metafísico del ser de la realidad. Al afirmar que tanto el sujeto como las cosas son en la vida, es decir, que ni el sujeto es sin las cosas, ni éstas son sin aquél, se hace una afirmación tan radical, tan de base, que comprende tanto la explicación gnoseológica como la metafísica: las cosas no son *ser*, sino en cuanto que están en relación con el sujeto y, asimismo, no son *verdad*, sino en cuanto y del modo que caen en el ámbito de la actividad atencional de un sujeto”⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Decía de sí mismo en 1963, incluso antes de que se produjese el impacto “realista” de *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*: “Recaséns Siches incorpora a su pensamiento, y como base de él, la metafísica de la razón vital, es decir, la filosofía de la vida elaborada por José Ortega y Gasset, bien que dando a ésta en algunos puntos nuevos matices y prolongaciones”. (L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 493). Aunque queda claro que Recaséns está más dispuesto a decirnos en qué no consiste su raciovitalismo que en esclarecer unitariamente el conjunto de sus matices y prolongaciones. Benito de Castro constata también esta nueva impronta aristotélica, tomista y suareciana. (Cfr. B. DE CASTRO CID, “Yusnaturalismo y realismo en Luis Recaséns Siches”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 15, 1970, pp. 287 ss.)

⁵⁰¹ Señala Castro Cid: “[...] la postura [...] definitoria de Recaséns es un raciovitalismo [...] matizado por un cierto perspectivismo, como se aprecia, sobre todo, en ese problema nuclear del conocimiento que es la determinación del alcance funcional que desempeñan en él el sujeto y el objeto”. (B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 261). Y continúa: “Cuando habla de la vida en cuanto punto fundamental de la Filosofía, Recaséns lo hace recogiendo totalmente el sentido orteguiano [...]. La vida, pues, en cuanto unidad yo-mundo no es la unión de dos cosas, sino la unidad primaria en la cual la reflexión descubre los elementos de la dualidad [...]. El conocimiento brota en la vida, que es interexistencia del yo y el mundo, como un “contar con” y se desarrolla en un segundo momento de reflexión en que el yo y el mundo son captados como distintos”. (ídem).

⁵⁰² Cfr. Ibídem, pp. 167-168.

⁵⁰³ Ibídem, pp. 261-262, nota 20. (Cursivas en el texto). Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 79 ss.

Creemos que esta ambigüedad ha de tener su correlato en el ámbito de la teoría de la verdad. ¿Hasta qué punto los aspectos ontológicos y gnoseológicos metafísico-realistas calaron en la aproximación raciovitalista de Recaséns hasta lograr reestructurarla? Resulta difícil responder a esta pregunta con claridad⁵⁰⁴. Ello nos lleva a poner en duda que la idea de verdad en Recaséns coincide plenamente con la teoría de la correspondencia en su versión metafísico-realista, es decir, con la tesis básica de que el “[...] correlato extralingüístico que debe darse para que el enunciado sea verdadero, se dé de manera independiente de la mente [...]”⁵⁰⁵.

Otro problema distinto sería indagar hasta qué punto las modificaciones aludidas en la propuesta de Recaséns, de haber sido profundizadas y completamente asimiladas, hubiesen terminado siendo compatibles con la postura original orteguiana. Dicho de otra manera: las reformas introducidas por Recaséns hacia el final, y que lo venían acercando a planteamientos ontológicos y gnoseológicos cada vez más compatibles con el realismo metafísico clásico, no necesariamente hubiesen terminado llevándolo hacia un raciovitalismo mitigado consolidado, sino que hubiesen podido significar que su propuesta —evidentemente, más allá de sus deseos— concluyese dejando de ser raciovitalista y más bien arribando a una filosofía de base completamente original elaborada, en parte, con los valiosos aportes metodológicos del raciovitalismo⁵⁰⁶.

En todo caso, lo que importa en el siguiente capítulo es sopesar cómo afectaron directamente estas nuevas ideas la postura de nuestro autor sobre la dimensión axiológica de su Filosofía de la interpretación jurídica.

⁵⁰⁴ Insistía en 1970: “Eso que llamamos el mundo, en verdad es *mi mundo*, el cual se halla constituido desde luego por *ingredientes objetivos*, bien que *seleccionados y organizados* correlativamente a mi yo, en una especial perspectiva. El mundo de cada sujeto, tal y como éste lo tiene *ante sí*, resulta de una acción del yo, seleccionadora y organizadora de una perspectiva; acción que no implica una deformación de los objetos”. (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 17. Cursivas en el texto).

⁵⁰⁵ G. SUCAR, *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, cit., p. 128.

⁵⁰⁶ Parece que para Rodríguez Iturbe, por ejemplo, Recaséns en 1967 estaba próximo a deshacerse del “lastre” que consistía la visión orteguiana y a asumir el realismo metafísico, el que —a su juicio— sería más consecuente con sus personales intuiciones radicales. (Cfr. J. RODRÍGUEZ ITURBE, *El concepto de derecho...*, cit., pp. 215-216). Para él: “Mientras Recaséns continúe tomando como propias las aseveraciones del racio-vitalismo de Ortega [...] es indudable que su concepción no puede librarse de un idealismo subjetivista”. (Ibíd, p. 217).

CAPÍTULO IV: LOS PRINCIPALES ASPECTOS AXIOLÓGICOS DEL DERECHO EN RECASÉNS

En este capítulo nos ocuparemos, en primer lugar, de describir y analizar la naturaleza, justificación, historicidad y especificidad de los valores jurídicos en la propuesta de Recaséns. En segundo lugar, ahondaremos en el núcleo material y fundamental de su axiología jurídica, lo que nos permitirá defender la tesis de que es posible entender el derecho, en la sistemática de nuestro autor, como una práctica social eminentemente valorativa y específicamente ética o moral.

A. Los valores jurídicos

Para Recaséns, la remisión al estudio de los valores jurídicos se justificaría en tanto que la misma forma normativa del derecho positivo, como vimos, nos remitiría a unos criterios estimativos o ideas de valor, puesto que la norma positiva: a) sería fruto de una elección, y ésta, de una valoración; y b) siempre apuntaría a un fin valioso⁵⁰⁷.

1. La objetividad y la validez intravital de los valores

Para nuestro autor, las “ideas puras” serían objetos ideales que sin tener existencia “real” —es decir, espaciotemporal— tendrían una consistencia objetiva o validez necesaria e intrínseca, independiente del acto intelectual que las aprehende. Dentro de los seres ideales se encontrarían los valores, los que serían distintos a las cosas o conductas que, al coincidir con esas esencias ideales, sólo las manifiestan. A diferencia de los demás seres ideales —como las matemáticas, por ejemplo—, con los valores ocurriría que las conductas reales les pueden resultar indóciles, es decir, en principio no existiría necesariamente una correlación entre los valores y las estructuras de lo real⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 380-382.

⁵⁰⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 11-12; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 58-59. Para Recaséns, los valores tendrían algunas características formales que valdría la pena señalar, por ejemplo: a) se darían siempre en pareja antagónica (valor-disvalor); b) la realización del valor en una cosa sería sólo relativa a la misma, es decir, se daría por la comparación entre la cosa y el valor; y c) los valores guardarían entre sí relaciones de rango o jerarquía (por ejemplo, los

Para el profesor español, como el empirismo radical es incapaz de fundar una Estimativa jurídica⁵⁰⁹, toda estimativa tendría su raíz y la condición de su posibilidad en ideas de valor necesariamente *a priori*: “[...] es decir, que no proceden de la experiencia externa, aunque las más de las veces las intuyamos con ocasión de la experiencia, y aunque en alguna manera estén condicionadas por la experiencia [...]”⁵¹⁰. Así, al partir en un primer momento de una idea bastante restringida de experiencia de la realidad (ser) —casi reduciéndola a la meramente fáctica o sensible—, Recaséns no ve otra forma de concebir el conocimiento de los valores (deber ser) sino como un *a priori*. Castro Cid advierte que en esto se deja sentir la fuerte influencia neokantiana de Radbruch⁵¹¹.

Respecto de la pregunta por la objetividad o subjetividad de estos valores *a priori*, nuestro autor niega, por un lado, su carácter meramente subjetivo: con Frondizi piensa que no serían el resultado de procesos psíquicos, de deseos, intereses o placeres subjetivos⁵¹². Pero, por otro lado, tampoco piensa en una objetividad ideal “abstracta” o “astronómica” de los mismos —a lo Scheler⁵¹³ o Hartmann⁵¹⁴—, sino más bien en una “objetividad intravital”. Esto significa para él:

“[...] que los valores no son emanación del sujeto [...] sino que, por el contrario, el sujeto se encuentra con ellos [...] cuando [...] le son dados en una intuición. Pero por otra parte, hemos de comprender que la objetividad de los valores es

valores éticos valdrían más que los utilitarios) y cierta gradación, a diferencia de la naturaleza donde no habría grados de realidad. (Cfr. Ibídem, pp. 62-65; y L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 528-529).

⁵⁰⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 387-389.

⁵¹⁰ Ibídem, p. 390.

⁵¹¹ Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 164-167. Para Radbruch: “La filosofía kantiana nos ha aleccionado sobre la imposibilidad de deducir de lo que es, lo valioso, lo justo, lo que debe ser. Nunca algo es justo por el solo hecho de que es, de que fue o, también, porque será [...]”. (G. RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, cit., p. 47).

⁵¹² Cfr. R. FRONDIZI, *¿Qué son los valores?*, México, FCE, 3^a ed., 23^a reimp., 2010, pp. 141-147. Cfr. también: L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 59 y 400 ss. Recaséns defiende la objetividad de los valores jurídicos en particular contra los embates del subjetivismo escéptico o nihilismo axiológico positivista (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Crítica del subjetivismo en la Estimativa jurídica”, *Diánoia*, 18, 1972, pp. 210 ss.), en concreto en la versión de Ross. (Cfr. A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Trad. G. R. Carrión, Buenos Aires, EUDEBA, 3^a ed., 1^a reimp., 2006, pp. 333 ss.)

⁵¹³ Cfr. M. SCHELER, *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, Trad. H. Rodríguez Sanz, Madrid, Caparrós, 2001, pp. 369 ss.

⁵¹⁴ Cfr. N. HARTMANN, *Ética*, cit., pp. 176 ss.

algo que se da en la existencia humana y [...] tienen sentido precisamente en relación con la vida del hombre, referidos a la existencia de este [...]”⁵¹⁵.

A juicio de Recaséns, si bien la esencia de los valores es independiente de su realización, éstos poseen una “vocación de ser realizados”. Por eso le parece correcto distinguir entre ser y valor como categorías sólo formalmente independientes⁵¹⁶. Desde una Filosofía de la vida humana como la suya, el valor no sólo sería tan primario como el “ser real”, sino que, en un sentido, sería “más primario”⁵¹⁷.

Siguiendo a Frondizi⁵¹⁸, Recaséns completa la idea de la validez intravital de los valores con la de su validez “en el contexto de situaciones concretas”, en la que se conjugarían ingredientes tanto subjetivos como objetivos, el yo y su mundo. Por lo que no se podría separar radicalmente el valor de la valoración del sujeto⁵¹⁹. Así la validez no sólo sería “intravital”, sino también “relacional” o “pluri-relacional”⁵²⁰, pero con un matiz sustancial: “El aspecto objetivo [...] se destaca más en el plano ético, porque a medida que se asciende en la escala de valores se acrecienta el elemento objetivo [...]”⁵²¹.

⁵¹⁵ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 14. (Cursivas en el texto). Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Reafirmación de la Estimativa moral y jurídica (Análisis crítico del relativismo escéptico de Kelsen en Axiología)”, *Diánoia*, 4, 1958, pp. 41 ss.; y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 16. Para Recaséns: “Tal vez —aunque yo no me atreva a afirmarlo categóricamente— las verdades lógicas, las matemáticas y otras similares, aquéllas dotadas de evidencia inmediata, o justificadas por demostraciones rigorosamente deductivas, tengan validez ideal independientemente del sujeto. Pero, en cambio, los valores y las razones del logos de lo humano, poseen una objetividad, que es inmanente a la existencia humana, una objetividad intravital [...]. Son objetivos, porque no dependen del sujeto; pero objetivamente están referidos a la vida del hombre [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, “Argumentación, logos de lo humano...”, cit., p. 180). Para una defensa de un relativismo axiológico “relativo”, Cfr. M. BUENO, *La Axiología jurídica en Luis Recaséns Siches*, cit., pp. 47-54.

⁵¹⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 14-15.

⁵¹⁷ Para Recaséns: “Seguramente —a la luz del humanismo trascendental (filosofía de la vida)— reconoceremos que, puesto que las cosas se presentan para el hombre en función servicial, y puesto que las cosas son ingredientes de la vida del hombre, elementos en su vida y para su vida, y puesto que la vida humana está constituida por una serie de actos de preferir, que suponen juicios de valor, resultará que lo estimativo condiciona todas las demás maneras de ser; en suma, condiciona el Universo entero con todas sus zonas y categorías”. (L. RECASÉNS SICHES, “La objetividad intravital de los valores”, *Humanitas*, 1, 1959, p. 212. Cursivas en el texto).

⁵¹⁸ Cfr. R. FRONDIZI, *¿Qué son los valores?*, cit., pp. 190 ss.

⁵¹⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 69.

⁵²⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “La objetividad intravital de los valores”, cit., p. 216; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 404-405.

⁵²¹ Ibídem, p. 70. Cfr. también: L. RECASÉNS SICHES, voz “Estimativa jurídica”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1977, t. XI, p. 173. Por otro lado, para Recaséns, no debe confundirse la tesis objetivista de los valores con la idea de que todos los seres humanos conozcamos sin problema todos los valores: “La tesis objetivista dice otra cosa; dice que, cuando una conciencia descubre claramente un

Si de la fundamentación última de los valores se trata, cabe señalar que el profesor hispano-mexicano llega a hacer una afirmación que resulta un tanto críptica. A su juicio “[...] Se podría decir que Dios piensa esos valores como objetivamente válidos para el campo de la vida humana; pero no como entidades abstractas sin relación con los hombres”⁵²². Afirmación que Miguel Bueno interpreta —criticándola— en el sentido en que Recaséns admitiría que los valores son creados por Dios⁵²³.

Llegados a este punto, creemos que vale la pena ocuparnos de la aguda crítica que Pérez Luño formula a nuestro autor respecto de su intento de conciliar el raciovitalismo orteguiano con la Fenomenología material de los valores. A su juicio, el trabajo en el que Ortega asumiría las ideas de Scheler al respecto⁵²⁴ —y que serviría de base para la propuesta recaseniana— sería un texto escrito por Ortega, pero no sería un texto propiamente “orteguiano”. Para el profesor de la Universidad de Sevilla, Recaséns se equivocaría al intentar formular una Estimativa jurídica: “[...] un imposible

auténtico valor, entonces, tal valor se le presenta como *evidente* [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 14. Cursivas en el texto).

⁵²² Ibídem, p. 289. Antes había sostenido: “[...] si queremos dar un fundamento teológico a los valores — lo cual probablemente sea indispensable para una Axiología completa—, entonces habremos de decir que Dios reconoce los valores como válidos para la vida del hombre [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 405). Y en otro lugar: “Claro que yo no rechazo otras razones para justificar la estimativa jurídica o el Derecho natural como, por ejemplo: la referencia a Dios, la intuición intelectiva de los valores, los datos de la razón, etc. Lejos de desdeñar esos fundamentos, los acepto plenamente [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Iusnaturalismos actuales contemporáneos*, cit., p. 31). Cfr. también L. RECASÉNS SICHES, “Lineamientos de Axiología jurídica”, en *Law, State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville, The University of Tennessee Press, 1964, p. 249. Lo que no debe llamar la atención dado que Recaséns admitió sin problemas que su propuesta axiológica es plenamente compatible con la fe cristiana. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Juridical Axiology in Ibero-America”, *Natural Law Forum*, 3, 1958, p. 148).

⁵²³ Cfr. M. BUENO, *La Axiología jurídica de Luis Recaséns Siches*, cit., p. 56. Creemos que —a pesar de la crítica de Bueno en el sentido en que Recaséns no da razones de su recurso a este fundamento último de su Estimativa— al profesor español no le interesó justificar racionalmente la existencia de Dios, sino que, juzgando probablemente que no se trataba de un problema estrictamente iusfilosófico, la tomó como premisa, como otros toman como premisa su negación. Por su parte, para Guardini, refiriéndose a los valores como “figuras de sentido”: “[...] Tales figuras existen realmente en las cosas, pero su vigencia no depende de éstas. Es más: tanto para las cosas como para la razón que las piensa, estas figuras tienen carácter de ley o norma. Cuando hablamos de ellas, hablamos al mismo tiempo de las cosas que en ellas encuentran su norma de sentido. En sí mismas, estas figuras de sentido sólo se piensan; tras ellas está la metafísica. La mejor expresión de esta situación la encontró San Agustín al decir que las ideas son pensamientos de Dios sobre el mundo; normas-sentido que hunden sus raíces en el Logos y de acuerdo con las cuales Dios creó el mundo”. (R. GUARDINI, *Ética. Lecciones en la Universidad de Múnich*, Texto elaborado a partir de su legado, por H. Mercker, Madrid, BAC, 1999, p. 26).

⁵²⁴ Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, “Introducción a una estimativa ¿Qué son los valores?”, en *Obras Completas*, Madrid, Revista de Occidente, t. VI, 6^a ed., 1964, pp. 315-335.

sincretismo entre la concepción fenomenológica de la estimativa para la cual “los valores son esencias ideales, *a priori*, con dimensión objetiva” [...], con la axiología raciovitalista “[...] en la que los valores son siempre entidades experienciales, vitales e históricas con dimensión intersubjetiva [...]”⁵²⁵.

Sin embargo, nos parece que Recaséns llega a ser consciente del problema que plantea Pérez Luño, pues se refiere explícitamente a cómo Ortega se entusiasmó en un primer momento por la filosofía de los valores de Scheler y cómo luego, aparentemente, la dejó de lado sin intentar superarla⁵²⁶, tarea que él mismo habría asumido a través de la tesis de la “objetividad intravital” y “pluri-relacional” de los valores. Por lo que vale la pena preguntarse ¿realmente es incongruente el raciovitalismo con la fenomenología de los valores?

Por nuestra parte, vemos en el intento de respuesta a esta pregunta una razón adicional para afirmar nuestra tesis sobre el raciovitalismo moderado de Recaséns⁵²⁷. Sin duda, desde el perspectivismo e historicismo netamente orteguianos, no hubiera habido posibilidad de congruencia con unos valores materiales *a priori* y objetivos, en el sentido fuerte de los términos. Pero sucede que, al parecer, Pérez Luño no advierte del

⁵²⁵ A.E. PÉREZ LUÑO, “Ortega y las libertades”, cit., p. 95. A su juicio: “[...] La superación del subjetivismo y el relativismo de los valores por la filosofía de la razón histórica no debe conducir, por tanto, a una recaída en un objetivismo axiológico, esencialista, ideal y abstracto, sino a unos valores vertebrados en experiencias vitales e intersubjetivamente discernidos”. (Ídem). Para profundizar en la crítica y la propuesta de Pérez Luño, Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 9^a ed., 2005, pp. 186, nota 217, y pp. 581-595. Sobre hasta qué punto Recaséns toma de Ortega su estimativa, Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 260.

⁵²⁶ Señala Recaséns: “Con algunas manifestaciones del humanismo trascendental —sobre todo con la metafísica de Ortega y Gasset—, ha sucedido respecto de los valores algo muy curioso. Primeramente, de 1920 a 1925, Ortega y Gasset echó las campanas al vuelo con gran entusiasmo anunciendo la filosofía de los valores de Max Scheler, como una de las más grandes conquistas del pensamiento del siglo XX; pero después, pareció haber dejado a un lado, casi como olvidada, esa axiología. Ahora bien, lo raro es que Ortega y Gasset no se enfrentó críticamente con la misma con el propósito de lograr una superación de ella. Se limitó sencillamente a prescindir de ella —por lo menos en apariencia—, diríamos que a desviar de ella la atención. Los temas que hace treinta años estaban en el centro del pensamiento contemporáneo fueron sustituidos por otros en el pensamiento de Ortega y Gasset; pero sin que desarrollase una suficiente explicación de ello, a pesar de que años antes hubo de vivir muy próximamente el influjo de aquella filosofía de los valores. Queda, por consiguiente, como urgente tarea, [...] revisar la filosofía de los valores y determinar sobre cuál pueda ser su situación en las doctrinas del humanismo trascendental”. (L. RECASÉNS SICHES, “La objetividad intravital de los valores”, cit., p. 210).

⁵²⁷ Cfr. Cap. III.C.

todo⁵²⁸ que Recaséns ensaya esta congruencia desde dos polos que había intentado acercar previamente: por un lado, unos valores con una objetividad (sólo intravital) y un conocimiento *a priori* (supuestamente compatible con la experiencia realista metafísica aristotélica) y, por otro lado, una versión atenuada del raciovitalismo de su maestro, menos historicista y menos perspectivista. No obstante ello, parece claro que el ensayo de síntesis por parte de Recaséns no termina de cuajar.

A nuestro modo de ver, esta tesis débil del conocimiento *a priori* de los valores ideales, debería haber cedido —o, por lo menos, haber tenido un replanteamiento radical— al haber incorporado Recaséns la idea de “experiencia metafísica” de la realidad a través de la noción de naturaleza humana⁵²⁹. Quizá podamos encontrar un primer esbozo de ese replanteamiento en el intento recaseniano —evidentemente infructuoso— de asimilar sin más dicha renovada idea de experiencia a su tesis primera de conocimiento *a priori*⁵³⁰.

Por nuestra parte, creemos que es posible plantear una experiencia como punto de partida para la aprehensión intelectual de los valores, que ni se reduzca a la mera experiencia sensible, ni implique asimilarla forzadamente a algún tipo de conocimiento *a priori*. En ese sentido, hubiera sido de singular importancia asumir con todas sus consecuencias axiológicas las nociiones aristotélicas de inducción⁵³¹ y de abstracción⁵³²

⁵²⁸ En todo caso, en un diálogo con el profesor de la Universidad de Sevilla, pudimos comprobar que era claramente consciente de que Recaséns fue menos historicista que su maestro, lo que, a su juicio, no habría sido un acierto del profesor hispano-mexicano.

⁵²⁹ Escribía en 1963, sobre sí mismo: “[...] en los dos posteriores años, su doctrina estimativa o axiológica ha ido derivando en parte hacia una revivificación de una tesis iusnaturalista, depurada y refinada, que admite una experiencia ontológica de la finalidad, a través de una revaloración de algunos temas aristotélicos y neo-escolásticos, gracias a los cuales se puede lograr una más honda inserción de los valores en la vida humana”. (L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 490).

⁵³⁰ Para Recaséns: “[...] las experiencias intelectuales de objetos ideales y las experiencias metafísicas pertenecen al plano de lo *a priori*, es decir, de lo necesario, de lo intrínsecamente fundado”. Luego añade: “Por lo tanto, todo lo dicho en rechazo de los empirismos tradicionales queda en pie. Así como también sigue justificada la afirmación de que la base primaria o raíz fundamental de la estimativa es *a priori*”. (L. RECASÉNS SICHES, “Lineamientos de Axiología jurídica”, cit., p. 251). Cfr. también, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 30.

⁵³¹ Cfr. ARISTÓTELES, *Tópicos*, I, 12. Recordemos que Recaséns, tras negarla (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 11-12 y 386-392), luego intentó asumirla. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Lineamientos de Axiología jurídica”, cit., pp. 250-251).

⁵³² Cfr. ARISTÓTELES, *Analíticos segundos*, 2, 19, 100a 1-10; y para su relación con la inducción: 1, 18, 81b 1-5. Al respecto, Cfr. I. MIRALBELL, “La teoría aristotélica de la abstracción y su olvido moderno”, *Sapientia*, 63, 2008, pp. 3-27.

—por otro lado, compatibles con una metodología fenomenológica de la experiencia vital o existencial de los valores de carácter metafísico⁵³³—, pero ello hubiese implicado renunciar en definitiva a la tajante separación de raigambre kantiana entre ser y deber ser⁵³⁴, entre realidad y valor⁵³⁵ —y concebir el valor como un aspecto o dimensión del bien⁵³⁶—, paso que Recaséns no terminó de dar⁵³⁷.

Esta tensión al interior de la propuesta recaseniana se deja sentir también si indagamos por el instrumento lógico adecuado para su Estimativa. Como advierte Castro Cid⁵³⁸, mientras que no hay dudas de que la lógica de lo racional es la adecuada para la Teoría fundamental del derecho y de que el *logos* de lo razonable lo es para el objeto de la Filosofía de la interpretación jurídica⁵³⁹, respecto de la Estimativa jurídica tendríamos

Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/teoria-aristotelica-abstraccion-olvido-moderno.pdf>

⁵³³ Cfr. K. WOJTYLA, “El problema de la experiencia en la ética”, en *Mi visión del hombre*, Trad. P. Ferrer, Madrid, Palabra, 4^a ed., 2003, pp. 321-352. Wojtyla incorpora también —a nuestro juicio, acertadamente— la dimensión emocional en el conocimiento experiencial de los valores morales, sin reducirlo a ella: “[...] El sentimiento, la experiencia emocional, parece poseer un significado orientativo para la comprensión de los rasgos específicos de la moralidad. Se podría decir que, de algún modo, los valores morales quedan “evidenciados” en la esfera emocional [...]. En cambio, la comprensión de estos valores —y por tanto, el acceder a la moralidad en su propia especificidad— pertenece a la esfera de una determinada observación intelectiva”. (Ibídem, p. 352).

⁵³⁴ Cfr., por ejemplo, I. KANT, *Critica de la razón práctica*, <73-74>.

⁵³⁵ Para Guardini “[...] los valores son propiedades objetivas del ser, lo que justifica que el ser sea en lugar de no ser. Desde el punto de vista subjetivo son indicadores para la conducta humana; maneras de ordenarse bien y tener sentido dicha conducta”. (R. GUARDINI, *Ética...*, cit., p. 23). Aquí “ser” no significa mera existencia (o “realidad”, en el reductivo sentido recaseniano), sino más bien *esse* o “acto de ser” en el sentido tomasiano. (Cfr. G. SOAJE RAMOS, “Elaboración del problema del valor”, *Ethos. Revista de Filosofía práctica*, 1, 1973, pp. 121-129). Basave, por ejemplo, no obstante asumir como Recaséns que los valores no son “reales”, defiende la idea de que “son aspectos del ser de los entes”. (Cfr. A. BASAVER FERNÁNDEZ DEL VALLE, *Filosofía del derecho. Fundamentos y proyecciones de la Filosofía jurídica*, México, Porrúa, 2001, pp. 687-691).

⁵³⁶ Cfr. J. G. PORTELA, *Una introducción a los valores jurídicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 38 ss. Para Finnis, el valor es “[...] una forma general de bien que puede ser participado o realizado de maneras indefinidamente variadas en un número indefinido de situaciones [...].” (J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 93). Para Massini Correas, por su parte, el “[...] “valor” no es sino aquella cualidad o formalidad accidental de los actos humanos —como asimismo, analógicamente, de las realidades a ellas relacionados— que los constituye como “buenos”, es decir, estimables positivamente desde el punto de vista de la perfección humana [...].” (C. I. MASSINI CORREAS, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, cit., p. 194).

⁵³⁷ A juicio de Castro, la propuesta de Recaséns —a pesar de los diversos matices que asume por épocas en virtud de sus diferentes influencias—, no pudo librarse de su intelectualismo o racionalismo moderado (Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 255-259), por lo que no es posible establecer claramente las consecuencias de las nuevas ideas de “experiencia jurídica” y “naturaleza de la cosa” en el conjunto de su estimativa. (Cfr. Ibídem, p. 168, nota 43).

⁵³⁸ Cfr. Ibídem, p. 258.

⁵³⁹ Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 233-234; y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 501.

que inferir que, en tanto que se ocupa de valores *a priori*, le correspondería la lógica deductiva, pero en cuanto dicho conocimiento es fruto también de una experiencia metafísica, le correspondería de igual forma el *logos de lo razonable*⁵⁴⁰. Sobre estas tensiones regresaremos una vez concluido de este capítulo⁵⁴¹.

2. Los valores y la historia

Recaséns Siches se refiere al “drama entre razón e historia”, a su juicio: el tema central de la Filosofía del derecho a lo largo de la historia y, en particular, en su tiempo. Un problema que no se reduciría a la constatación de que el derecho es cambiante en las diversas circunstancias, sino que se centraría en dos preguntas axiológicas fundamentales: a) si los hechos cambiantes de la historia deben ser tomados en cuenta para la valoración del derecho positivo, y para trazar programas ideales jurídicos; y, dado que sería así⁵⁴²; b) sobre cómo deben ser armonizados los principios jurídicos puros de validez necesaria con los requerimientos concretos de las variables circunstancias temporales⁵⁴³.

Sobre la segunda pregunta, nuestro autor se refiere a la “puesta en práctica de las exigencias de los valores”, no a las esencias de los valores o a los ideales jurídicos

⁵⁴⁰ Recaséns llega a referirse a una “argumentación metafísica”: “[...] En metafísica se opera en parte sobre la base de intuiciones directas e inmediatas que suministran una patente evidencia objetiva. Éste es el caso de múltiples —no de todas— intuiciones de valores. Es también el caso de conexiones esenciales presentes de manera directa e inmediata en la conciencia. Pero, por otra parte, en los desarrollos de todas las metafísicas lo que encontramos son variados razonamientos de tipo *argumentativo*, en el sentido de Perelman [...]. Las argumentaciones suministran razones [...] que conducen a resultados de probabilidad, los cuales operan a veces con suficiente fuerza persuasiva; pero que no entrañan la necesidad del reconocimiento ineluctable”. (L. RECASÉNS SICHES, “Crítica del subjetivismo en la Estimativa jurídica”, cit., p. 211. Cursivas en el texto).

⁵⁴¹ Cfr. Balance de la Segunda Parte.

⁵⁴² Señala nuestro autor: “Recuérdese que los valores se realizan en la vida humana; y recuérdese también que la vida humana es *esencialmente histórica*. La historicidad no se predica de los valores, sino que se reconoce como una dimensión esencial de la vida humana, y por tanto, también muy especialmente de la vida humana social”. (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 300. Cursivas en el texto).

⁵⁴³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 422-426. Para Recaséns: “[...] Por una parte, uno siente [...] que respecto del Derecho hay exigencias ideales de carácter necesario y universal, conectadas con la misma esencia de lo humano [...]. Por otra parte, sin embargo, uno siente también [...] que el Derecho positivo debe estar adecuado a las condiciones concretas de tiempo y lugar [...]”. (Ibidem, p. 425).

puros, sino a las “orientaciones normativas que lógicamente se derivan de ellos”⁵⁴⁴, a los “ideales jurídicos particulares” y a los “programas de derecho justo”⁵⁴⁵, sin especificar con claridad —como ha evidenciado Benito de Castro⁵⁴⁶— cuál es la relación entre los valores y su dimensión normativa o deóntica: ya sea como ideales jurídicos generales o particulares, ya sea —dicho en un lenguaje contemporáneo— como reglas o principios⁵⁴⁷.

Recaséns elabora sus reflexiones, sobre todo, en base a los aportes de Scheler, Hartmann, Ortega y Gasset, Stammler, Tomás de Aquino y —especialmente— Suárez⁵⁴⁸, llegando a la formulación de cinco “fuentes”, “formas” o “tipos” de la historicidad,

⁵⁴⁴ Ídem.

⁵⁴⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 300.

⁵⁴⁶ Para Castro Cid: “[...] parece que deberían identificarse estos “principios” [los que dimanan de la dignidad moral del hombre] con “las normas ideales de carácter general” [...]. Asimismo, tanto los “principios” como las “normas ideales” parecen identificarse con los “ideales jurídicos”, que no son sino el resultado de la confluencia de las ideas a priori o valores jurídicos y los elementos aposteriori o elementos surgidos en el cambiante proceso de la historia”. (B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 161-162, nota 21).

⁵⁴⁷ Para Alexy, por ejemplo, los valores y los principios tendrían una igual estructura, no obstante se diferenciarían en el carácter axiológico de los primeros (referido a lo bueno) y el deontológico de los segundos (referido al deber ser). (Cfr. R. ALEXY, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Trad. M. Atienza, en *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 3^a reim., 2006, p. 16; o con más detalle en *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 117-126). Por su parte, Atienza y Ruiz Manero ven entre los juicios de valor y los principios sólo una distinción de “énfasis” relativo a su dimensión valorativa-justificativa o directiva. (Cfr. M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2^a ed., 2^a imp., 2012, pp. 151-160 y 190). Pérez Luño entiende que los valores funcionan como meta-normas respecto de los principios y como normas de tercer grado respecto de las reglas jurídicas. (Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., p. 298). Por último, para Vigo, los principios jurídicos pueden ser entendidos como determinaciones aun genéricas o proyecciones de los valores al campo del derecho. (Cfr. R. L. VIGO, *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 93). Sobre este asunto, tendremos oportunidad de volver en la Tercera Parte de esta monografía. (Cfr. Cap. V.D y E; Cap. VI.A.1).

⁵⁴⁸ Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 175, nota 65; y la bibliografía recaseniana allí citada. Por ejemplo, refiriéndose a *Ética Nicomáquea*, V, 7, Recaséns destaca que Aristóteles considere “[...] que en el Derecho hay *una parte que es justa por naturaleza y otra por determinación de la ley positiva*. Pero, incluso, lo que es justo por naturaleza es mudable, en la medida en que cambian las realidades a que este criterio de justicia es referido [...]” (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 428. Cursivas en el texto). También destaca de Suárez su filiación tomista, aunque con desarrollos originales. En concreto refiere que para él: “Hay materias sobre las cuales el Derecho natural impone taxativamente una única solución [...] —como sería, por ejemplo, las materias que afectan a la dignidad humana, y a la libertad que de esta misma se deduce. Pero hay, en cambio, otras respecto de las cuales el Derecho natural [...] deja a los hombres una amplia esfera de libertad para que elijan la solución que estimen más útil, conveniente y oportuna [...]” (Ibidem, p. 431). Para Recaséns, no obstante deba ser superada, “[...] la solución de Suárez constituye una de las más felices entre todas las que el pensamiento ha producido con respecto al conflicto entre Razón pura e Historia [...]” (L. RECASÉNS SICHES, *La Filosofía del derecho de Francisco Suárez...*, cit., p. 149). Cfr. también: *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 433; y F. SUÁREZ, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, lib. II, caps. 13-16.

cuatro que se derivarían de las condiciones de realización de los ideales jurídicos y la última, de la diversidad misma de los valores⁵⁴⁹.

A criterio del maestro hispano-mexicano éstas serían: **a) la diversidad y el cambio en materia social**.- pues influirían tanto la realidad social particular y sus problemas, como las posibilidades que la situación cultural ofrezca para remediarlos⁵⁵⁰; **b) la diversidad y el cambio en los medios y en los obstáculos para la realización de un fin**.- pues intervendrían también, no sólo las necesidades cambiantes que trazan fines sociales diversos, sino también la naturaleza de las cosas y de los obstáculos a vencer para realizar los fines propuestos; **c) las lecciones suministradas por la experiencia práctica**.- aquellas que consistirían en la modificaciones que dimanan del aleccionamiento social de la experiencia práctica, vital e histórica; **d) la prelación en las necesidades que cada situación plantea**.- pues cada una plantearía prioridades distintas, ya sea porque el rango del valor lo exige, porque la necesidad resulta ser más urgente o porque la realización del valor de rango inferior condiciona la realización del valor superior; y **e) la pluralidad de los valores vocacionales y situacionales**.- los valores en su misma materia esencial se referirían a determinadas situaciones de la existencia para las que originarían o normas generales de necesaria validez ideal (como los valores que fundan la dignidad ética del hombre y sus normas de libertad individual) o normas singulares o particulares (como los valores vocacionales o situacionales concretos, suscitados sólo para algunos, respecto de su vocación específica o de la particularidad de cada tiempo histórico)⁵⁵¹.

En definitiva, Recaséns no plantearía ni un objetivismo estimativo “duro” ni un subjetivismo axiológico. A su juicio, sería tan indebido imponer a pueblos de cultura diferente lo que en Occidente se considera un esquema de derecho justo, como creer

⁵⁴⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 462-476; e *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 301-310.

⁵⁵⁰ Recaséns reivindica esta fórmula como original y superadora de las de Stammler y Suárez. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 464).

⁵⁵¹ Para Recaséns, si bien los valores jurídicos básicos o genéricos son de necesaria prelación en su realidad y forman una especie de mínimo indispensable para todos, “[...] no constituyen el criterio suficiente para orientar estimativamente todas las instituciones del Derecho [...]”, ni “[...] son suficientes para esclarecer la misión preferente que un pueblo debe realizar en determinado momento [...]”. (Cfr. Ibídem, pp. 472-476; y L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 307-310).

que quienes no comparten la cultura occidental no tienen derecho alguno al reconocimiento, por ejemplo, de su libertad individual. La razón la encuentra nuestro autor en el hecho de que, tras la diversidad histórico-cultural, existiría siempre “un fondo humano común”⁵⁵². Sobre este acendrado humanismo recaseniano volveremos en breve.

3. La justicia y la seguridad jurídica

Ha llegado el momento de abordar los principales valores jurídicos en la propuesta recaseniana. En primer lugar, cabe mencionar que Recaséns se refiere ante todo al sentido estricto de justicia, en tanto que valor jurídico-político, y no al sentido lato de “valor universal” o de “virtud total o perfecta”⁵⁵³. Hay que darle la razón a Castro Cid en que la justicia, en el sentido estricto señalado, es para nuestro autor no sólo un valor jurídico, sino el valor jurídico supremo, no obstante no se refiera a ello suficientemente⁵⁵⁴.

Para Recaséns habría una fundamental coincidencia en la historia del pensamiento sobre la idea formal de justicia⁵⁵⁵, aunque no sobre su contenido⁵⁵⁶. La

⁵⁵² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Crítica del subjetivismo en la Estimativa jurídica”, cit., p. 214. Añade: “[...] la experiencia misma muestra cómo, a pesar de tanta variedad y diversidad de opiniones, se manifiesta un consenso general sobre determinados valores básicos, una especie de opinión común en la que participan diversos individuos que, sin embargo, están sometidos a un condicionamiento cultural diferente”. (Ibídem, p. 215).

⁵⁵³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 479-480; e *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 311. Cfr. también, G. DEL VECCHIO, *La justicia*, Trad. F. P. Laplaza, Buenos Aires, Depalma, 1952, pp. 29-54.

⁵⁵⁴ Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 181. Para Recaséns se trata del “[...] principal criterio ideal del Derecho [...] la idea básica sobre la cual debe inspirarse [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 479). Cfr. también: *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 311. Para Puy, por ejemplo: “[...] la Justicia Valor es el primero de los Valores jurídicos superiores”. (F. PUY MUÑOZ, *Teoría dialéctica del derecho natural*, Buenos Aires, EDUCA, 2012, p. 545. Cursivas en el texto). Para el iusfilósofo peruano Alzamora Valdez —de quien nuestro autor afirma que se inspira en la axiología recaseniana (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 486)— “La justicia es el supremo valor del derecho [...]”. (M. ALZAMORA VALDEZ, *Introducción a la Ciencia del derecho*, Lima, EDDILI, 10^a ed., p. 310).

⁵⁵⁵ Este acento recaseniano en la justicia como forma, parece ser de raigambre stammleriana. (Cfr. R. STAMMLER, *Tratado de Filosofía del derecho*, Trad. W. Roces, México, Coyoacán, 2008, pp. 222).

⁵⁵⁶ Desarrolla una apretada síntesis en ese sentido, donde destacan Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino, Suárez, Kant, Stammler, Del Vecchio, Brunner, Coing, entre otros. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Justicia”, (Extrait) *Revue internationale de Philosophie*, 41, 1957; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 482-488). Para Sandel, por ejemplo: “[...] Una sociedad justa [...] da a cada uno lo suyo. Lo difícil empieza

justicia, formalmente hablando, sería “[...] una regla de armonía, de igualdad proporcional [...] entre lo que se da y se recibe en las relaciones interhumanas, bien entre individuos, bien entre el individuo y la colectividad”⁵⁵⁷; por lo que dicha armonización, requeriría “criterios de medida” o “pautas de valorización” para concretar “lo suyo de cada uno”, problema de valoración material que constituiría, a su modo de ver, el principal de la Filosofía política y de la Axiología jurídica⁵⁵⁸.

Para nuestro autor, si bien la justicia es el valor jurídico supremo, su formalidad exigiría que los criterios para una verdadera conmutación equivalente o una auténtica distribución proporcional dependan más bien de los valores materiales concretos con los que la norma o la sentencia logre regular cada situación particular, pues, a su juicio, se trataría de “[...] esclarecer *cuáles son las igualdades que deben ser relevantes* para el Derecho; *cuáles las desigualdades que no vienen en cuestión* para el ordenamiento jurídico; y *cuáles las desigualdades que éste debe tomar en cuenta*”⁵⁵⁹.

cuando nos preguntamos qué es lo de cada uno, y por qué lo es”. (M. J. SANDEL, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Trad. J. P. Campos, Barcelona, Debolsillo, 2012, p. 29).

⁵⁵⁷ L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 481. Para Recaséns: “El mismo pensamiento se ha expresado también muchas veces [...] diciendo que justicia consiste en “dar a cada uno lo suyo””. (Ídem). Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, V, 2-4; y T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 58, art. 1, en donde se insiste en su sentido de virtud. Para una defensa de este sentido de justicia, de su objetivación en la conducta justa, y donde se realiza un examen de compatibilidad con otros sentidos como el de valor, Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, “De la virtud de la justicia a lo justo jurídico”, en *En torno al derecho natural*, Madrid, Sala Editorial, 1973, pp. 73 ss. Para una defensa de la compatibilidad, sin descartar sus peligros, Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *La idea de justicia, hoy ¿Crisis? ¿Apogeo?*, Madrid, Reus, 1964, pp. 48 ss. En todo caso, el peligro de que se dé una relativización de la justicia si se le inserta en el mundo fenomenológico de los valores no se daría en Recaséns, para quien la justicia sería el valor supremo. Para un planteamiento diverso, pero coincidente con la idea de que los principios de justicia son un tipo de igualdad, Cfr. J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, Trad. M. D. González, México, FCE, 2^a ed., 1^a reimp., 1997, pp. 24 ss.

⁵⁵⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 311-312; y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 24-25. Destaca Recaséns, entre los que han reconocido esto, el aporte de E. BRUNNER, *La Justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, Trad. L. Recaséns Siches, México, CEF UNAM, 1961, pp. 33-40, pero, sobre todo, la originalidad de su propia propuesta, haciendo referencia a *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., pp. 94 ss. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 482). Por su parte, Castro Cid hace notar que Tomás de Aquino, Suárez y Radbruch señalaron con anterioridad la necesidad de las valoraciones materiales sociales para la determinación concreta de la justicia. (Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 186).

⁵⁵⁹ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 317. (Cursivas en el texto). Para Recaséns: a) debe haber indiscriminada igualdad entre todos respecto de los valores materiales de la dignidad humana y de los derechos básicos; y b) debe haber desigualdad de trato respecto de algunas desigualdades como la condición física o las aptitudes mentales o el mérito. (Cfr. Ibídem, pp. 316-317).

Para el profesor español, la tarea estimativa material que completa la justicia implicaría determinar: a) los valores que siempre deben inspirar el derecho (como la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad); b) los valores que pueden y deben regular el derecho supuestas ciertas condiciones y sus conexiones con los primeros (por ejemplo: los valores de carácter económico, científico, sanitario); c) los valores que no obstante ser de la mayor jerarquía axiológica, en ningún caso deben transcribirse en normas jurídicas (por ejemplo: la santidad, la fe religiosa y los de la estricta moralidad individual), pues requieren para su cumplimiento la libre decisión de la persona, y porque intentar imponerlos por la fuerza sería un agravio a la dignidad humana; d) las leyes de relación, combinación e interferencia de las valoraciones en los casos concretos; y e) los modos de realización de los valores jurídicos; entre otros⁵⁶⁰.

Por último, en su etapa final de reflexión, Recaséns incorpora los “cinco postulados universales de la justicia” de Brecht⁵⁶¹, en concreto: a) el acuerdo con una verdad objetiva; b) la generalidad del sistema de valores que sean aplicables; c) tratar como igual lo que es igual bajo el sistema de valores aceptado; d) ninguna restricción de la libertad, más allá de los requerimientos del orden de valores aceptados; y e) respeto a los valores de la naturaleza, en el sentido más estricto de esta expresión⁵⁶². Sin embargo, añade lo que parece ser un matiz al quinto postulado: “la imposibilidad ética”, que a su juicio “[...] se define como la violación de aquellas leyes éticas cuyo olvido hace imposible la existencia de la sociedad [...]”⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 493-495; e *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 317-318. Cabe recordar que en *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 532-533, incluye entre los valores que el derecho siempre debe tomar en cuenta, además de los mencionados, los que tradicionalmente suelen ser englobados dentro de lo que se denomina “prudencia”. Menciona, por ejemplo: la adecuación, la congruencia histórica, la viabilidad de las normas, la ponderación y estimación de los efectos ulteriores, la armonía entre el anhelo de progreso y las posibilidades reales, la legitimidad de medios éticos en orden a fines justos, etc. Sobre la relevancia de estos aspectos de jerarquía axiológica respecto del derecho, volveremos en el Balance de la Segunda Parte.

⁵⁶¹ Cfr. A. BRECHT, *Teoría política. Los fundamentos del pensamiento político del siglo XX*, Trad. J. M. Mauri, Buenos Aires, Depalma, 1963, pp. 409-415.

⁵⁶² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 320; y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 132-135.

⁵⁶³ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 321. Pone como ejemplo el hecho de que ninguna sociedad ha permitido el homicidio libre o ha negado el derecho a la legítima defensa.

El profesor hispano-mexicano deja en claro que el derecho —en tanto que medio— buscaría realizar los valores éticos superiores de la justicia y los implicados por ella, y sólo en la medida en que los alcanzase —en tanto que fines— se encontraría realmente justificado⁵⁶⁴. Sin embargo, el derecho surgiría primeramente tras el impulso urgente de la certeza y de la seguridad práctica, un valor de rango inferior vinculado a una perentoria necesidad humana, y que constituiría una “finalidad funcional” o “función” del derecho⁵⁶⁵, la de “[...] saber que esto tendrá forzosamente que ocurrir, porque será impuesto por la fuerza, si es preciso, inexorablemente”⁵⁶⁶. En ese sentido, a su modo de ver, lo esencialmente jurídico no se encontraría “[...] en el contenido de la norma, sino en la especial forma de imperio inexorable, que es lo que caracteriza al Derecho [...]”⁵⁶⁷.

No obstante lo señalado, para Recaséns este valor no debe entenderse en términos absolutos, pues lo que importa no es cualquier certeza y seguridad jurídicas, sino en lo que los hombres “[...] entienden como pautas de justicia, libertad y bienestar social”⁵⁶⁸. En ese sentido, el profesor español advierte que es común que se den

⁵⁶⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Las funciones del derecho”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 17, 1974, p. 114.

⁵⁶⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “La seguridad como motivo radical de lo jurídico”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, 3, 1939, pp. 281-288; *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 220; y “Unidad en el método de interpretación...”, cit., pp. 238-239. En un sentido semejante, A. E. PÉREZ LUÑO: “Seguridad jurídica”, en E. GARZÓN VALDÉS y F. J. LAPORTA (Eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 483 ss. Para Recaséns: “[...] la realización de un mínimo de seguridad constituye una condición para que pueda haber justicia [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 298).

⁵⁶⁶ L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 221. Ahora bien, para Recaséns, esta búsqueda de certeza y de seguridad habría de equilibrarse con la necesidad social complementaria de cambio y de progreso, conformando ambas dimensiones una única función social. Pero además existirían otras funciones del derecho: a) la de resolver los conflictos de intereses; y b) la de organización, legitimación y limitación del poder político (Cfr., por ejemplo, Ibídem, pp. 226-231; *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 115-120; y *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., p. 77). Cabe anotar que en L. RECASÉNS SICHES, “La finalidad del derecho”, *Humanitas*, 2, 1962, p. 563; y antes en “Situación presente y proyección...”, cit., p. 144, nuestro autor incluía también dentro de las funciones del derecho la orientación a la justicia. Sin embargo, coincidimos con Castro en que la posición definitiva de la justicia en su sistemática es en los valores superiores. Sobre el desarrollo cronológico de su pensamiento y los debates sobre este punto, Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 122-131.

⁵⁶⁷ L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 224. (Cursivas en el texto). Cfr. “Unidad en el método de interpretación...”, cit., p. 239. Sobre la compatibilidad de esta idea con la Estimativa jurídica de Recaséns en el estadio en que la dejó al morir, volveremos una vez terminado este capítulo. (Cfr. Balance de la Segunda Parte).

⁵⁶⁸ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 114. Cfr. L. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, “Justicia y seguridad”, en *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, 1960, t. I, cit., p. 368. Para Lifante Vidal, por ejemplo: “[...] no es cierto que la seguridad jurídica pueda desarrollarse en igual medida (es decir generar el mismo grado de previsibilidad) independientemente de

conflictos entre justicia y seguridad, pues un derecho perfectamente justo —en el que no se den ciertas injusticias— sería imposible⁵⁶⁹. Sentado ello —y siguiendo a Tomás de Aquino⁵⁷⁰— se debería tolerar las imperfecciones del derecho positivo con el objeto de evitar el caos, pero tal tolerancia tendría un límite: no se debería soportar un régimen tiránico que desconozca la dignidad humana y sus corolarios básicos, lo que justificaría una resistencia no sólo pasiva sino también activa por parte de la población⁵⁷¹.

Pero salvo ese caso extremo, los conflictos entre justicia y seguridad no podrían ser resueltos de una manera unívoca⁵⁷². Para Recaséns —siguiendo en parte a Radbruch⁵⁷³, y coincidiendo con Alexy⁵⁷⁴— se trataría de una cuestión de grado:

“[...] allí donde la injusticia del Derecho positivo alcance tal tamaño que la seguridad garantizada por el Derecho positivo no represente ya nada importante en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el orden político injusto debería ceder el paso a la justicia. Sin embargo, por regla general, la seguridad jurídica que el Derecho positivo confiere justificará también, precisamente en cuanto forma menor de la justicia, la validez del Derecho positivo en cierta medida injusto”⁵⁷⁵.

la justicia o injusticia del derecho del que se predica”. (I. LIFANTE VIDAL, “Seguridad jurídica y previsibilidad”, *Doxa*, 36, 2013, p. 104).

⁵⁶⁹ Para Basave no existe propiamente un conflicto entre Justicia y seguridad, pues “[...] la verdadera seguridad no puede estar exenta de justicia, porque sería una pseudo-seguridad [...]”. (A. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, *Filosofía del derecho...*, cit., p. 698).

⁵⁷⁰ Por ejemplo, Cfr. T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 4, y II-II, q. 42, a. 2, ad. 3.

⁵⁷¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 138.

⁵⁷² Massini Correas ofrece una manera alternativa de leer el problema, en su opinión: “[...] no se trata de que exista conflicto o prelación entre distintos valores, sino entre las diversas formas de justicia, donde adquiere un papel preponderante aquella que se ordena directamente al bien común político [se refiere a la justicia general o legal]. No existe, por lo tanto, una multiplicidad de valores jurídicos; sólo la justicia puede ser forma o “valor” del derecho [...]. Si el derecho exige seguridad, ello es porque, en ese caso, resulta justa; se impone un orden, éste debe ser el instrumento de la justicia; si garantiza una cierta libertad, es sólo porque resulta justa; si otorga a alguien un poder, será para el logro de una situación justa y así sucesivamente [...]”. (C. I. MASSINI CORREAS, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, cit., pp. 219-220). Sobre este tema volveremos en la Tercera Parte de nuestro trabajo. (Cfr. Cap. V.E.1; y Cap. VI.C.2).

⁵⁷³ Cfr. G. RADBRUCH, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, en *Relativismo y derecho*, Trad. L. Villar Borda, Bogotá, Temis, 2009, pp. 34-35.

⁵⁷⁴ Cfr., por ejemplo, R. ALEXY, “Maurschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, Trad. E. R. Sodero; y, del mismo autor: “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, Trad. J. A. Seoane, en R. L. VIGO (Ed.), *La injusticia extrema no es derecho. (De Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, La Ley, 1^a ed., 1^a reimpr., 2006, pp. 167-170 y 227-235, respectivamente.

⁵⁷⁵ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 138-139. Y desde un acento jurisprudencial: “[...] Debe pensarse siempre la certeza y seguridad [...] como medios garantizantes de la justicia. Cuando los intereses que se hallen en juego estén directa e inmediatamente relacionados con los supremos valores, tales como los de dignidad y libertad de la persona individual, los de los derechos fundamentales del hombre, los de las más elementales exigencias de la justicia social, entonces, parece

Esta última tesis exige adentrarnos en el humanismo de nuestro autor y en los valores superiores materiales del derecho que la justicia implicaría necesariamente.

B. El humanismo recaseniano

El que fuera para Recaséns el principal problema de la Axiología jurídica —la jerarquía entre los valores— lo lleva, como a Radbruch⁵⁷⁶, a preguntarse por el valor de la persona individual en el mundo del derecho. Frente a esta cuestión, en su opinión, habría dos posibles respuestas absolutamente incompatibles: **a) el humanismo o personalismo**, para el que el derecho tiene sentido y justificación en la medida en que sea medio para cumplir valores que pueden realizarse en la persona espiritual (la persona individual sería, así, el fin de todo Estado y cultura)⁵⁷⁷; o **b) el transhumanismo o transpersonalismo**, para el que los hombres serían concebidos como meros medios para la realización de los fines estatales⁵⁷⁸.

Recaséns —como acostumbra— hace un recuento de las posturas transhumanistas y humanistas a lo largo de la historia⁵⁷⁹. A su modo de ver, se encontrarían concepciones antihumanistas en tiempos primitivos, en algunas doctrinas

que sin duda en el caso concreto debe darse primacía a la justicia sobre la certeza y seguridad formales. En cambio, cuando los intereses en juego están fundados en valores relativamente secundarios [...] la corrección de una minúscula injusticia tal vez no amerite quebrantar el mínimo de certeza y de seguridad convenientes para el buen funcionamiento del orden social [...] sin embargo, [...] este problema debe considerarse y resolverse en cada situación singular a conciencia, esto es, ponderando minuciosamente todos los aspectos y las circunstancias del caso". (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 308).

⁵⁷⁶ Cfr. G. RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, cit., pp. 113-124.

⁵⁷⁷ Cfr. L. LEGAZ Y LACAMBRA, "Humanismo y derecho", en *Humanismo, Estado y derecho*, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 13 ss. Para Welzel, por ejemplo: "[...] el reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social, si éste no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho [...]" (H. WELZEL, *Introducción a la Filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, Trad. F. González Vicén, Montevideo, IBdeF, reimpr., 2011, p. 324. Cursivas en el texto).

⁵⁷⁸ Recaséns lo plantea también de esta manera: "[...] Se trata, en definitiva, de saber si el hombre tiene *dignidad moral*, es decir, si constituye en sujeto con fines propios; o si, por el contrario, pueden sólo tener *precio*, es decir, *valor relativo*, en la medida en que realice un servicio para fines ajenos a él [...]" (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 323. Cursivas en el texto). Para la cronología de sus tesis al respecto, Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 186-187, nota 104.

⁵⁷⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 502-531.

del siglo XIX y en los Estados totalitarios del siglo XX⁵⁸⁰. Por otro lado, la concepción humanista se encontraría en el pensamiento chino muy antiguo, en el Antiguo Testamento, pero sobre todo, en la civilización cristiana⁵⁸¹.

Ante esta disyuntiva, Recaséns toma partido claramente por el humanismo⁵⁸². En su opinión, éste no implicaría adherir a un determinado ideario político, pues cabrían en él “[...] todas las concepciones de estimativa jurídica que *concuerdan en señalar que el fin supremo de las instituciones sociales y, entre ellas, también el del Estado*, consiste en el servicio de los seres humanos [...]”⁵⁸³.

Por otro lado, deja claro que esta opción no implicaría tampoco exaltar el egoísmo material e individualista ni negar la solidaridad social, pues el humanismo sería compatible con la tesis de que el interés individual debe ceder ante el interés común⁵⁸⁴. A su modo de ver, si bien los valores individuales son superiores a los colectivos o institucionales —en el sentido en que, siendo perfectamente armonizables, los segundos tienen un carácter más bien instrumental frente a los primeros—, por otro

⁵⁸⁰ Entre los primeros menciona a Platón y Aristóteles; entre los segundos al tradicionalismo francés, el romanticismo social alemán y a Hegel; y entre los últimos a los realizados por Lenin, Mussolini, Hitler y Mao. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 324).

⁵⁸¹ Afirma nuestro autor: “Cuando se habla de civilización cristiana no se trata de mezclar la religión con la filosofía ni con la política, ni de referirse al Cristianismo sólo como fe religiosa; antes bien, se apunta sobre todo a las repercusiones profundas que el Evangelio produjo en todos los sectores de la vida [...]. Aquí a lo que se apunta es a todo el complejo de una civilización y cultura, que se basan sobre todo en el reconocimiento de la dignidad de la persona individual como supremo valor político y jurídico”. (Ídem). Cfr. también: *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 511.

⁵⁸² Para ello esgrime por lo menos cinco razones fundantes: a) la conciencia personal sería el soporte de todas las demás realidades; b) la vida humana individual constituye la realidad primaria y radical; c) la vida individual es la única vida auténtica y no la colectiva; d) la cultura en tanto que intención de acercarse a los valores tendría sentido sólo para el hombre concreto; y e) los valores que se cumplen en la conciencia individual serían de más alto rango que los que se cumplen en las instituciones: la cultura estaría al servicio del perfeccionamiento del hombre. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 329-331; *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 531-533; y *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., pp. 532-534).

⁵⁸³ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 324. (Cursivas en el texto). Se refiere en concreto al individualismo liberal ya caduco; la tesis democrática; el intervencionismo; el neoliberalismo; y el socialismo como ideal ético-jurídico de índole humanista y no materialista; y muchos otros matices intermedios. Sus diferencias serían sólo en cuanto a los medios en orden a lograr la realización del ideal humanista. (Ibídem, pp. 324-325).

⁵⁸⁴ Cfr. H. R. HORN, “Bases sociales del humanismo de Recaséns Siches...”, cit., pp. 456-457.

lado, los intereses individuales deben ceder frente al bienestar general o bien común⁵⁸⁵, pues los valores no se identificarían con los intereses⁵⁸⁶. El bienestar general consistiría en la mayor suma de bienes para los individuos —con el mínimo de sacrificio posible—, en un repertorio de condiciones sociales que faciliten beneficios personales y en el conjunto de los bienes objetivos comunes de todos⁵⁸⁷. Así la preeminencia del bienestar general sobre el individual se daría precisamente en orden a que puedan realizarse los valores individuales que son los supremos, por lo que no podría justificarse con la excusa del bien común, por ejemplo, la violación de la libertad de conciencia del individuo⁵⁸⁸.

Dicha opción humanista lleva a Recaséns a defender a la dignidad de la persona humana y a sus corolarios axiológicos como los principales elementos estimativos materiales para la concreción del valor formal de la justicia —que implica “dar a cada uno lo suyo”— en las diversas circunstancias concretas⁵⁸⁹.

1. La dignidad y los derechos humanos

Para el profesor español, la idea de dignidad supone reconocer el valor supremo del hombre en tanto que es un ser que tiene fines propios que cumplir por sí mismo, o, dicho de otra forma: reconocer que a la persona no debe degradársele como un mero

⁵⁸⁵ Recaséns prefiere el término “bienestar general” a “bien común”, pues entiende que este último ha sido utilizado muchas veces para encubrir una perspectiva más bien transpersonalista. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 611).

⁵⁸⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Algunas directrices de la axiología jurídico-política”, *Diánoia*, 5, 1959, pp. 16-19; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 534-535. Aunque no profundiza en esta distinción.

⁵⁸⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 326; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 613. Para una idea de bien común semejante, pero con matices propios, Cfr., R. PRECIADO HERNÁNDEZ, *Lecciones de Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1^a reimp., 2011, pp. 177-185.

⁵⁸⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 326. En otro lugar, aludiendo a los que se negaron a partir de la Primera Guerra Mundial a rendir el servicio militar, dice: “[...] la institución más noble en la historia jurídica de la humanidad es la del reconocimiento de los objetantes de conciencia [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, “La sociedad: su realidad y valoración”, (Folleto), Madrid, Estudios sindicales, sociales y corporativos, 1966, p. 12). Cfr. también: *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 535.

⁵⁸⁹ Para Recaséns: “[...] El “suyo primario” de todos y cada uno de los seres humanos se funda en que el hombre es persona, es un centro espiritual de actos cognitivos, valorativos y de decisiones. Ese centro espiritual, que puede reflexionar sobre sí mismo, permite al hombre desligarse en alguna medida del mundo circundante, en el que estaría irremisiblemente inmerso y atado, si fuese una mera naturaleza animal. Ese centro espiritual le permite al hombre establecer una distancia entre él y las cosas, y hacer a éstas objeto de su conocimiento y de su valoración; y le permite decidir libremente sobre el contenido que dé a su propia vida dentro de las posibilidades y potencialidades concretas que le ofrece su circunstancia, contorno o mundo particular [...]. Es ese valor el que se llama dignidad eminente del ser humano [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 333).

medio para la realización de fines extraños a ella. El ser humano sería así “un fin en sí mismo”, un “autofin”⁵⁹⁰.

Recaséns es consciente de que la fórmula escogida por él es semejante a la que hiciera célebre Kant⁵⁹¹, sin embargo —en su opinión— ella no estaría de ninguna manera ligada a su doctrina, “[...] porque Kant, al definir la dignidad del hombre no expresó una peculiaridad de su sistema [...]”, sino que presentó sintética y claramente una idea generalmente aceptada, “[...] una idea que aparece en el Viejo Testamento y que adquiere máximo relieve y posición central en el mensaje cristiano del Evangelio”⁵⁹². Lo que habría hecho el filósofo de Königsberg es “[...] dar una expresión filosófica a este pensamiento cristiano”⁵⁹³.

En ese sentido, creemos que la idea de dignidad en Recaséns tiene sin duda influencia kantiana, pero no coincide sin más con la idea kantiana de dignidad estrechamente vinculada a la autonomía⁵⁹⁴, menos aun con la tesis contemporánea común de entender la dignidad como una mera autonomía variable, casi empírica o fenoménica que requiere ser complementada en su formalidad con contenidos materiales extraños a ella, más bien consensuales o de carácter sociológico⁵⁹⁵. Por ello,

⁵⁹⁰ Cfr. Ibídem; y L. RECASÉNS SICHES, *Iusnaturalismos actuales comparados*, cit., p. 42.

⁵⁹¹ Sintéticamente: “[...] lo que constituye la única condición bajo la cual puede algo ser fin en sí mismo, no posee simplemente un valor relativo, o sea, un precio, sino un valor intrínseco: la *dignidad*”. (I. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, <435>. Cursivas en el texto).

⁵⁹² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 548. En el mismo sentido, C. STARCK, “La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial en el derecho alemán”, Trad. A. Oehling de los Reyes, en *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 137ss. Desde su propia perspectiva, también coincide: J. HABERMAS, “Idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. 116.

⁵⁹³ L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, p. 550. Para Recaséns: “[...] por las vías de la pura reflexión filosófica se puede llegar a establecer el mismo principio de la dignidad de la persona individual humana. Esto es lo que hizo Kant [...]”, pero no sólo Kant, sino Scheler, Hartman y él mismo con la fundamentación filosófica del humanismo. Luego añade: “[...] por otra parte, creo que todas esas elaboraciones puramente filosóficas no habrían sido posibles sin haber contado previamente con la idea cristiana de la dignidad del individuo humano [...]”. (ídem.) Cfr. también: L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 331.

⁵⁹⁴ Para Kant: “[...] la *autonomía* es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”. (I. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, <436>).

⁵⁹⁵ Cfr., por ejemplo, G. PESES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del derecho*, Madrid, Dykinson, 2^a ed., 2005, p. 68.

puede decirse que para Recaséns la dignidad implica necesariamente autonomía⁵⁹⁶, pero ni se reduce a ella, ni se explica principalmente a partir de ella⁵⁹⁷.

A nuestro modo de ver, para el profesor hispano-mexicano, la dignidad tendría su soporte más bien en una naturaleza humana teleológica⁵⁹⁸, por lo menos en cierta sintonía con la metafísica clásica de la escolástica —la que depende materialmente de las inclinaciones naturales que tienden hacia sus propios fines⁵⁹⁹ o de lo que Finnis ha llamado “bienes o valores humanos básicos”⁶⁰⁰—. Dice explícitamente nuestro autor:

“Por medio de la experiencia metafísica de las estructuras finalistas de la realidad humana, podemos hallar el camino que nos lleve a captar objetivamente criterios éticos; y, entre éstos, aquéllos pertinentes para la orientación del Derecho. El análisis del orden finalista o teleológico de la realidad humana nos proporcionará las normas de contenido para llenar con auténtica significación el principio formalista de que se debe atribuir o dar a cada quien lo que es suyo. Así pues, el Derecho natural debe tomar en cuenta la finalidad esencial de la existencia humana que está inserta en la misma estructura de la vida humana”⁶⁰¹.

⁵⁹⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Iusnaturalismos actuales comparados*, cit., pp. 41-42; e *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 334.

⁵⁹⁷ Señala Recaséns Siches: “El valor supremo de la persona no debe ser confundido con los valores que el hombre pueda realizar [...]. Lo suyo primario de la persona no se funda sobre lo que el hombre haga o rinda, sino que se basa en lo que el hombre es”. (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 333).

⁵⁹⁸ Para Recaséns: “[...] La expresión “naturaleza humana” significaría los principios internos estructurales y de finalidad insertos en el hombre, lo mismo en tanto que persona individual [...], como también en tanto que ser esencialmente social [...]”. (Ibídем, p. 292). En otro lugar: “Estas características esenciales al hombre [se refiere a la razón y a la conciencia moral] —todos los seres humanos en tanto que tales las poseen— constituyen la base sobre la cual se fundan los siguientes principios: a) dignidad; b) libertad; c) igualdad; y d) solidaridad. La dignidad más que un principio al lado de los otros tres [...] constituye la base y compendio de éstos”. (L. RECASÉNS SICHES, “La dignidad del individuo y la estabilidad de la familia en el presente derecho internacional de protección de los derechos del hombre y en algunas Constituciones”, (Extrait) en *Problèmes contemporains de droit comparé*, t. I, Tokio, Institut Japonais de droit comparé. Université Chuo, 1962, p. 346). Son defensores de una idea ontológica de dignidad, por ejemplo, R. P. GEORGE y P. LEE, “La naturaleza y fundamento de la dignidad humana”, en R. P. GEORGE, *Moral pública. Debates actuales*, Trad. M. Rabinovich, Santiago de Chile, IES, 2009, pp. 65-99; o R. SPAEMANN, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en *Lo natural y lo racional*, Trad. D. Innerarity y J. Olmo, Santiago de Chile, IES, 2011, pp. 61-81.

⁵⁹⁹ Cfr., por ejemplo, F. SUÁREZ, *Tratado de la ley y de Dios legislador*, lib. II, cap. 2 y 8.

⁶⁰⁰ Cfr. J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 91-129.

⁶⁰¹ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 292. Cabe señalar que Recaséns también utiliza el término “fines” para aludir a los propósitos singulares que se traza libremente cada uno. (Cfr. Ídem). Ahora bien, incluso estos fines personales de carácter psicológico, para estar justificados, deben coincidir con los valores objetivos que, recordemos, guardan conexión con estructuras esenciales de la realidad. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 319-320). Para revisar la extensa gama de sentidos del término “finalidad” que maneja nuestro autor, Cfr. L. RECASÉNS SICHES, voz “Finalidad”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1977, t. XII, pp. 236 ss.

Sobre la tensión entre las ideas de dignidad como mera autonomía y de dignidad como ontología o referida al ser⁶⁰², y sobre la propuesta de solución a la misma a través del concepto de “libertad ontológica”, nos hemos ocupado ya pormenorizadamente en otro lugar⁶⁰³. En todo caso, parece relevante destacar aquí los límites de la influencia de la idea kantiana de dignidad en la dimensión axiológica de la Filosofía de la interpretación jurídica de Recaséns, en orden a lograr mejor el contraste con lo que proponen algunas de las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica al respecto. Sobre ello tendremos ocasión de regresar en el siguiente capítulo⁶⁰⁴.

Por lo pronto, dejemos constancia de que para nuestro autor, de “[...] la idea de la dignidad de la persona humana derivan los principios de estimativa jurídica conocidos como “derechos fundamentales del ser humano” [...]”⁶⁰⁵, “derechos humanos”⁶⁰⁶, “derechos naturales”⁶⁰⁷ o “derechos del hombre”⁶⁰⁸.

Para Recaséns, los derechos humanos o naturales —en su sentido técnico positivo— no serían propiamente derechos subjetivos, sino más bien exigencias ideales, imperativos de axiología jurídica o juicios de valor intrínsecamente fundados. Se situarían de suyo no en el orden jurídico positivo, sino en el campo del derecho “[...] que se debe establecer, esto es, en el plano de *iure condendo* o de *lege ferenda*”⁶⁰⁹. Se trataría de: “[...] requerimientos al legislador, y también, en su caso, al juez, [...] para que

⁶⁰² Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 1992, pp. 447-453; e I. M. HOYOS, *De la dignidad y de los derechos humanos. Una introducción al pensar analógico*, Bogotá, Temis, 2005, pp. 168-173.

⁶⁰³ Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos...*, cit., pp. 67-184. Para Legaz, por ejemplo: “[...] Al hombre, por naturaleza, le conviene el autoseñorío y la libertad [...]”. (L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Derecho y libertad*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1952, p. 196).

⁶⁰⁴ Cfr. Cap. VI.B.1.

⁶⁰⁵ L. RECASÉNS SICHES, “La pena de muerte, grave problema con múltiples facetas”, (Folleto), Coímbra, 1967, p. 7.

⁶⁰⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Los derechos humanos”, cit., pp. 127 ss.

⁶⁰⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 334 ss.

⁶⁰⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 551 ss. Estos términos son usados por él casi como sinónimos. Para un estudio de las distintas teorías jurídicas que se expresan en cada uno de ellos, Cfr. B. DE CASTRO CID, “Humanismo jurídico y derechos del hombre en la obra de Luis Recaséns Siches”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 12, 1972, pp. 268-275. Para una breve síntesis histórica, Cfr. A. TRUYOL Y SERRA, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 4^a ed., 2000, pp. 21-108.

⁶⁰⁹ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 336.

el orden jurídico positivo pueda no solamente ser justo, sino constituir propiamente Derecho”⁶¹⁰; puesto que si las reglas positivas desconocen la dignidad de la persona, no serían propiamente normas jurídicas⁶¹¹.

Pero esta dependencia del elemento autoritativo o institucional para su plena juridicidad, no debería entenderse, a su modo de ver, como falta de validez intrínseca y universal, pues tales principios axiológicos no dependerían del reconocimiento de los hombres, al constituir “[...] la proyección sobre el mundo del derecho, de la esencia misma de lo humano [...]”⁶¹². Para nuestro autor, la mayor o menor necesidad de regulación positiva, dependería de la naturaleza de cada derecho⁶¹³, puesto que no todo en los derechos humanos sería absoluto: si bien su raíz axiológica sería necesaria, su concreción no sólo dependería de dicha raíz, sino también de sus proyecciones a la contingencia de las distintas circunstancias históricas⁶¹⁴.

Como ha destacado Castro Cid⁶¹⁵, Recaséns no presenta una clasificación uniforme de los derechos humanos, pero sí un esquema que puede considerarse más o menos definitivo, el que ofreceremos aquí de forma bastante sintética:

⁶¹⁰ Ídem. (Cursivas en el texto.) Cfr. también: L. RECASÉNS SICHES, “La libertad religiosa, derecho de la persona humana”, *Atlántida. Revista de pensamiento actual*, 24, 1966, pp. 604-605; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 552-553.

⁶¹¹ Cfr. Cap. II.B.4. Sentado lo anterior, Recaséns reconoce que hoy, cuando se habla de violación de derechos humanos, se haría alusión no sólo a un desvío del derecho frente a la axiología, sino al incumplimiento de textos de derecho constitucional positivo. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Los derechos humanos”, cit., p. 128).

⁶¹² Ibídem, p. 133.

⁶¹³ Recaséns señala: “[...] Así, por ejemplo, entre los derechos humanos hay uno de carácter absoluto: la libertad de pensamiento, de conciencia y de opinión, porque consiste en la prohibición total de cualquier injerencia ajena o de las autoridades públicas, y cuya materia es que nadie sufra discriminación adversa de cualquier clase por el hecho de su pensamiento, de sus creencias y opiniones. El derecho de expresión puede ya necesitar alguna regulación por el derecho positivo, exceptuando de aquél la injuria, la calumnia y la incitación a actos delictivos”. (Ibídem, p. 136).

⁶¹⁴ Afirma: “[...] Admitir junto a las dimensiones de validez necesaria, otras dimensiones contingentes [...] no implica, [...] restar importancia ni alcance a los valores puros en este campo. En otras culturas, en otras condiciones, al configuración de los derechos del hombre podría presentar probablemente algunas diferencias; pero en esta materia, y sobre todo en materia de libertades individuales, esas diferencias serían relativamente pequeñas y en todo caso inesenciales”. (Ibídem, p. 146). Pérez Luño, por ejemplo, defiende también la necesidad del reconocimiento positivo de los derechos humanos para su plena juridicidad. (Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho...*, cit., pp. 50-53 y 595.)

⁶¹⁵ Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 195-197.

a) Derechos individuales.- que podrían ser o **derechos de libertad** (en cuanto a la dignidad personal) o **derechos de igualdad** (en cuanto a todas las consecuencias de esa dignidad)⁶¹⁶. Entre los primeros: el derecho a la vida⁶¹⁷ y los derechos a la libertad individual, (tanto en sus aspectos negativos como positivos)⁶¹⁸; entre los segundos: las especificaciones del principio de igualdad y no discriminación⁶¹⁹.

b) Derechos democráticos.- se trataría de los principios esenciales de la democracia justa, es decir, aquella que se subordina al reconocimiento de las libertades individuales. Su especificación no correspondería al ámbito puramente filosófico, sino que dependería de su aplicación contingente y por ello mismo, dichos derechos requerirían de organizaciones y de leyes positivas⁶²⁰.

Recaséns señala, además, hasta cinco razones para imponer limitaciones a ambos tipos de libertades: 1) los derechos de cada persona deberían coexistir con los de los demás, lo que implicaría muchas veces un recorte de dichas libertades; 2) la ética social —no la moral *sensu stricto*: que tendría que ver con el destino último del

⁶¹⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, "Ámbito, sentido y limitaciones de la libertad política por su intrínseca lógica", (*Sobretiro*) *Humanitas*, 4, 1963, pp. 653-655; e *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 337.

⁶¹⁷ Que implica la exigencia de no atentar injustamente contra la vida, la integridad corporal o la salud de nadie; la de que el Estado proteja la vida y la integridad de las personas; la de que el Estado respete la vida y la integridad corporal; el derecho a la solidaridad social; entre otras. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 559-560; y "Pena de muerte...", cit., pp. 10-12).

⁶¹⁸ Estos derechos se sustentarían en la necesidad del hombre de cumplir sus fines por sí mismo. A Recaséns le importan, sobre todo, los aspectos negativos de la libertad, ya sea frente a las injerencias de otros individuos, ya sea frente a la de los poderes públicos. Entre ellas: a) libertad de ser dueño del propio destino; b) seguridad de la persona; c) libertad de conciencia, de pensamiento, de opinión, de religión y de expresión; d) libertad de contraer matrimonio; e) la de elegir ocupación o trabajo; e) la de circulación o movimiento; f) la de elección de domicilio; g) inviolabilidad de la vida privada, de la familia, del domicilio y de la correspondencia; h) libertad de reunión y asociación para fines lícitos; e I) derecho de propiedad. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 560-587; y "La libertad religiosa...", cit., pp. 613-629). Para un concepto clásico de libertad negativa, Cfr. I. BERLIN, "Dos conceptos de libertad", en *Dos conceptos de libertad/El fin justifica los medios / Mi trayectoria intelectual*, Trad. A. Rivero, Madrid, Alianza Editorial, 2^a reimp., 2008, pp. 47-60.

⁶¹⁹ Recaséns hace alusión a una igualdad formal sustentada en la igual dignidad axiológica de todos los hombres, no obstante las muchas diferencias que el derecho tendría que también tomar en cuenta. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 587-594). Sobre la idea de igual dignidad como base del principio de igualdad, Cfr. E. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 15-24.

⁶²⁰ Recaséns se refiere al derecho a una nacionalidad; a participar en el gobierno del propio país; al acceso a las funciones públicas; al de reunión y asociación políticas; al de expresión; entre otros. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 337-338; *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 594-596; "Ámbito, sentido y limitaciones...", cit., pp. 655-656; y "Los derechos humanos", cit., p. 135).

hombre—, es decir, el conjunto de normas y principios de comportamiento que se realizarían externamente en la sociedad; 3) el orden público, como ausencia de perturbaciones materiales o desórdenes; 4) el bienestar general; y 5) el principio de que no debe haber libertad contra la libertad, dado que por reciprocidad no debería permitirse que se utilicen estos derechos contra el propio sistema que los promueve⁶²¹.

c) Derechos sociales, económicos y educativos.— tendrían por contenido acciones positivas, tanto las prestaciones establecidas en leyes especiales del trabajo y la seguridad social, como la prestación de servicios por parte del Estado o de la empresa⁶²².

Para el maestro hispano-mexicano, el auge de estos derechos humanos se debería a la preponderancia anti positivista —o francamente iusnaturalista— que la axiología jurídica habría cobrado, en particular, después de la Segunda Guerra Mundial⁶²³.

2. Axiología y derecho natural⁶²⁴

El abordaje de este importante tópico de la axiología jurídica recaseniana nos servirá para poner en conexión lo hallado en la Primera Parte, con lo investigado en ésta y, en ese sentido, preparar adecuadamente el breve balance que ofreceremos una vez terminado este capítulo.

⁶²¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “El art. 30 de la Declaración Universal de derecho del hombre (no debe haber libertad contra la libertad)”, (*Sobretiro*) *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 30, 1961, pp. 205-222; “Ámbito, sentido y limitaciones...”, cit., pp. 556-558; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 596-600. Para una tesis alternativa al conflictivismo de derechos, Cfr. P. SERRA BERMÚDEZ y F. TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 37 ss. Sobre esta alternativa, retornaremos en la Tercera Parte. (Cfr. Cap. VI.C.2).

⁶²² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 337-338; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 600-611. Sobre los derechos sociales, por ejemplo, Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, “La positividad de los derechos sociales”, en *La tercera generación de derechos humanos*, Pamplona, Aranzadi, 2006, pp. 289-319.

⁶²³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Renacimiento iusnaturalista en normas de derecho internacional presente”, *Revista de la Facultad de derecho de México*, 35-36, 1959, pp. 280 ss.

⁶²⁴ Este acápite sintetiza y matiza algunas líneas argumentativas de nuestro trabajo J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, “Derecho natural y axiología jurídica. Una mirada al problema a partir de la iusfilosofía de Luis Recaséns Siches”, cit., pp. 131-144.

Partamos de la idea de que para Recaséns los valores jurídicos pueden llamarse sin ningún problema “derecho natural”, siempre que se haga con dos matices importantes. El primero: que no entendamos el término “natural” en el sentido de mera naturaleza empírica. El segundo: que no se comprenda el término “derecho” en su sentido estricto, el cual le parece debiera quedar reservado sólo para el creado por el legislador⁶²⁵.

Como tuvimos oportunidad de ver, por un lado, desde la aceptación de una estrecha comprensión de la “realidad” —reduciéndola casi a lo meramente empírico—, Recaséns defendió en un primer momento no sólo una distinción sino también una separación entre el ser y del deber ser, entre naturaleza y axiología⁶²⁶; sin embargo, posteriormente, se encaminó hacia una fundamentación más realista de los valores⁶²⁷ conjuntamente con una consideración cada vez más relevante de la dignidad y de los derechos humanos que en ella se sustentan⁶²⁸.

Por otro lado, la tesis recaseniana de que los valores jurídicos no serían “derecho” en el sentido estricto del término⁶²⁹, se habría defendido en consonancia con la de que la Teoría fundamental del derecho sólo se ocuparía del mismo en cuanto a su forma y no en cuanto a su contenido: es decir, que la juridicidad o validez del derecho no tendría que ver con su adecuación real o efectiva a los valores —en particular, a la justicia— no obstante sí formase parte de lo esencial de todo derecho su intencionalidad de realizarlos⁶³⁰. Como veremos luego, este planteamiento sufrió importantes matices.

⁶²⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 291.

⁶²⁶ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, cit., p. 153.

⁶²⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Axiología jurídica y derecho natural”, cit., p. 129.

⁶²⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Otra vez, y con renovado vigor: derecho natural”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 5-6, 1965-1966, pp. 26-29; y “Los derechos humanos”, cit., pp. 126-146.

⁶²⁹ Señalaba: “[...] Bien está que se mantenga una de las tesis llamadas, más o menos adecuadamente, “Derecho natural”. Lo que no es admisible es que se piense en serio que esas normas ideales son auténtico Derecho. Son el norte y guía que los hombres deben adoptar en la elaboración de sus normas jurídicas [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 159).

⁶³⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., pp. 12-17; o *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 70-71. Respecto de esta tesis defendida por nuestro autor hasta inicios de la década del 60, habría que darle la razón a Imer Flores, cuando señala que Recaséns: “[...] mantiene la separación conceptual entre el derecho y la justicia —y demás valores anexos— pero admite la conexión

Originalmente, en la postura de Recaséns, los valores cumplían sobre todo una función de justificación del derecho normativo positivo⁶³¹ y de criterios indispensables para su elaboración y reelaboración progresiva⁶³². En el fondo, legislar sería escoger las mejores alternativas dentro de las posibles y ello sólo se lograría fundando las elecciones en juicios de valor⁶³³. Posteriormente, los valores jurídicos irían tomando importancia también en la decisión judicial a través del desarrollo de su teoría del *logos* de lo razonable como único método interpretativo o “meta-método” del derecho⁶³⁴.

Conviene ahora preguntarnos hasta qué punto el derecho natural de Recaséns —con plena validez axiológica, pero no jurídica— podría terminar haciéndose derecho válido a través de la labor interpretativa y aplicativa de los jueces. Recordemos, en primer lugar, que para el profesor español el juez debería fallar siempre según el derecho positivo, pero ello no significaría que debiera hacerlo mecánicamente desde la lógica racional o formal, como si se tratase de un mero silogismo⁶³⁵. La interpretación de los contenidos de las normas jurídicas en orden a la solución de los problemas prácticos exigiría una lógica de la equidad y de la prudencia, el ejercicio del *logos* de lo razonable⁶³⁶.

Recaséns resume su propuesta sobre cómo ha de actuar el juez en su tarea jurisprudencial en conexión con la estimativa jurídica:

“[...] Según los casos, varía [...] la fuente o el criterio de las valoraciones que el juez debe llevar a cabo: en ocasiones tal vez le baste con manejar las valoraciones en las que de hecho y efectivamente está inspirado el orden

entre ambos aunque limitada a que ésta solamente sirva de directriz a aquél”. (I.B. FLORES, “La teoría integral del derecho de Luis Recaséns Siches...”, cit., p. 60).

⁶³¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., pp. 10-11.

⁶³² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 367. Luego afirmará: “Quiero también hacer una pequeña rectificación sobre el alcance y la función práctica de la Estimativa Jurídica. Ordinariamente se considera que, desde el punto de vista práctico, la estimativa jurídica interesa sobre todo y principalmente al legislador [...]. Reconozco que yo mismo insistí mucho en aquellas observaciones [...] en otras obras mías [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 252).

⁶³³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 379-382.

⁶³⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 246-247; y *Nueva filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 178-187.

⁶³⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 518.

⁶³⁶ Cfr. Ibídem, pp. 326 ss.

jurídico positivo, ya formulado de antemano en leyes, reglamentos, precedentes jurisprudenciales, etc.; en otras ocasiones, [...] el juez tendrá que integrar esas valoraciones pertenecientes a la legalidad positiva con las valoraciones insertas en creencias y convicciones sociales, en usos y costumbres, estimaciones a las cuales la ley se refiere tácita o expresamente. Y, por fin, hay casos en los cuales el juez tendrá que completar los criterios axiológicos pertenecientes al orden positivo con estimaciones que él realice por propia cuenta”⁶³⁷.

¿A qué se refiere con la idea de que ante verdaderas lagunas el juez ha de llenar dichos vacíos positivos con valoraciones que él realice por sí mismo? A nuestro juicio, esto se podría interpretar por lo menos de dos maneras.

En la primera, a través de sus propias valoraciones, el juez crearía discrecionalmente —en el sentido fuerte del término⁶³⁸— derecho positivo para el caso concreto. Dicho en términos más cercanos a nuestro autor: el juez se convertiría en una suerte de legislador *ad hoc* por el principio de plenitud hermética del sistema jurídico⁶³⁹, por lo que la idea original de Recaséns, más positivista, quedaría vigente: la norma individualizada sería verdaderamente creada por el juez⁶⁴⁰, y su validez jurídica provendría de su decisión positiva, y no del vigor axiológico o iusnatural del derecho positivado.

En la segunda, ante el vacío legal, el juez recurriría a los valores jurídicos objetivos que no estando recogidos positivamente en el ordenamiento, él estime en conciencia como derecho válido y vigente para este caso específico. Dicho de otro modo: el juez no crearía, en sentido estricto, derecho positivo, sino que aplicaría derecho natural válido

⁶³⁷ L. RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de interpretación...*, 1980, cit., p. 257. Es enfático en esto: “[...] Sólo [...] cuando no pueda encontrar en alguna parte del orden jurídico positivo los criterios axiológicos mediante los cuales le sea factible llenar la laguna, sólo entonces se presentará el problema de ir a la búsqueda de una pauta axiológica que hasta entonces no había sido *efectivamente* incorporada al ordenamiento positivo [...]”. (Cfr. Ibídem, p. 235. Cursivas en el texto). Cfr. también: Cap. II.B.4 y 5.

⁶³⁸ Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., pp. 85 ss. Para Hart: “[...] la discrecionalidad ocupa un lugar intermedio entre las elecciones dictadas por el puro capricho personal o momentáneo y aquellas realizadas en aplicación de métodos claros para alcanzar objetivos definidos o para adecuar a reglas cuya aplicación al caso concreto resulta evidente [...]”. (H. L. A. HART, “Discrecionalidad”, *Doxa*, 37, 2014, p. 92). Luego concluye: “[...] precisamente porque hay un punto en el que ya no podemos guiarlos por principios y como mucho podemos limitarnos a solicitar la confirmación de nuestro criterio a personas que han seguido un procedimiento parecido antes de adoptar una decisión, la discrecionalidad es una esfera en la que los argumentos a favor de una decisión u otra pueden ser racionales sin ser definitivos [...]”. (Ibídem, p. 98).

⁶³⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 205-207.

⁶⁴⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 234 ss.

al caso concreto de manera supletoria⁶⁴¹. Esta interpretación nos llevaría a un escenario donde la idea original formalista de Recaséns respecto de la validez jurídica del derecho natural quedaría matizada, por lo menos, para los casos que él considera de auténticas lagunas sistémicas.

A lo anterior cabe añadir una reflexión. No queda claro que esas valoraciones sociales que el juez debería considerar para llenar los vacíos positivos con prelación a su propio criterio sobre los valores jurídicos, fuesen necesariamente la regla consensual más o menos arbitraria de la mayoría —algo así como una mera moral positiva⁶⁴²—, sino que podrían ser más bien —lo que parece más acorde con el talante intelectual de Recaséns⁶⁴³— la opinión generalizada o hecha costumbre sobre lo justo, es decir, el sentido común sobre el bien social del hombre en una comunidad política concreta⁶⁴⁴.

Esta interpretación menos formalista de la validez del derecho positivo, y más proclive a aceptar la validez intrínseca ya no sólo axiológica sino también jurídica del derecho natural, puede ser apoyada todavía con dos argumentos más. El primero es que, para Recaséns, el verdadero derecho positivo no sería el mero conjunto de normas jurídicas abstractas, sino que lo sería la norma individual que el juez perfila prudencial y

⁶⁴¹ Parece además que eso es lo que expresamente sostiene Recaséns: “Adviértase que el juez estima que esos principios ideales, base de su sentencia, constituyen normas jurídicas que estaban ya vigentes antes de que él las proclamase, aunque no se hallasen formuladas de manera explícita. Entiende que ya antes de que él dicte el fallo, regía la norma sobre la cual se funda éste. Pues si no fuese así, el fallo habría de contener, un pronunciamiento especial en que se declarase la fuerza retroactiva de la norma que en él se formula; pero no es esto lo que ocurre. Se entiende que la norma no nace o cobra vigencia en el momento de la resolución, sino que se considera que, aun cuando no hubiese obtenido anterior formulación expresa, esa norma regía ya antes, y que, por ende, se hallaban ya sometidas a ella las situaciones jurídicas a las cuales atañe” . (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 328).

⁶⁴² Sobre el concepto de moral positiva o social, y algunos de sus problemas, Cfr., por ejemplo, M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 559-560.

⁶⁴³ Por ejemplo: “[...] o bien hay algo intrínsecamente válido, una justicia que está por encima de todos nosotros, una exigencia ética intrínseca que no dimana de una decisión nuestra, unos valores intrínsecamente válidos que deben ser obedecidos por todos los Estados [...], o bien la justicia es una palabra vana y lo único que hay es el hecho del poder organizado de tal o cual manera, que hipócrita y cínicamente se llama a sí propio Derecho. O bien hay derechos del ser humano intrínsecamente válidos, o bien hay tan sólo las oportunidades favorables de quienes por azar resultaron privilegiados y la mala suerte de quienes fortuitamente resultaron perjudicados [...]” . (L. RECASÉNS SICHES, *Iusnaturalismos actuales comparados*, cit., p. 21). Para expresiones semejantes, Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Temas de derecho natural existencialista en los últimos 20 años”, *Diánoia*, 13, 1967, pp. 151 ss.

⁶⁴⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 255. María Elósegui afirma algo semejante respecto de la razón práctica en Hume, a esa tesis le debemos la nuestra aquí sostenida. (Cfr. M. ELÓSEGUI ITXASO, “La imparcialidad del juez...”, cit., p. 99).

equitativamente —valorativamente— en la solución justa del caso concreto⁶⁴⁵. En ese sentido, serían derecho válido también los valores jurídicos —previamente positivados o no— que el juez hubiese utilizado para determinar en concreto esa norma jurídica específica⁶⁴⁶.

El segundo es que, en los últimos años, recordemos que Recaséns matizó también explícitamente su concepción formalista-positivista del derecho, aceptando que las normas de derecho positivo que no respetasen la dignidad del hombre y los derechos humanos —para decirlo con Alexy: que sean “extremadamente injustas”⁶⁴⁷— no podrían ser consideradas verdadero derecho⁶⁴⁸.

A nuestro modo de ver, en este último planteamiento del profesor español los valores jurídicos —o derecho natural— tendrían también claras consecuencias de validez jurídica más allá de su reconocimiento positivo autoritativo. En ese sentido, podríamos afirmar dos tesis respecto de la última versión de su pensamiento: a) el derecho positivo o creado por el legislador no sería todo el derecho válido o aplicable al

⁶⁴⁵ Por ejemplo: “[...] las leyes y los reglamentos son sencillamente *materiales básicos* para que pueda haber auténticas *normas jurídicas completas*, las cuales son solamente aquellas que se dan en las sentencias judiciales y en las resoluciones administrativas”. (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 197. Cursivas en el texto). Cfr. también, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 520-521.

⁶⁴⁶ Para Recaséns: “[...] un gran sector de lo que se llama “Derecho natural” es también ya a la vez Derecho positivo en los regímenes de inspiración humanista [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 297).

⁶⁴⁷ R. ALEXY, “Derecho, discurso y tiempo”, en *La institucionalización de la justicia*, Trad. J. A. Seoane, E. R. Sodero y P. Rodríguez, Granada, Comares, 2^a ed., 2010, p. 67.

⁶⁴⁸ Afirma explícitamente: “[...] Tras largas y angustiosas meditaciones, me parece que, por fin, he podido hallar un criterio claro para negar que las normas de los Estados totalitarios, que contienen horribilantes injusticias, sean consideradas como Derecho. O, lo que es lo mismo, creo que he encontrado cuál es el criterio de la esencia de lo jurídico [...]. Tal criterio consiste en añadir a las notas formalistas de lo jurídico la siguiente dimensión, la de que el Derecho esté constituido por *normas* (claro es que con un específico carácter coercitivo o de imposición inexorable, y con las demás notas propias) reguladoras de la conducta de las *personas humanas en tanto que personas* [...] esto es, en tanto que sujetos intrínsecamente *dotados de dignidad* [...].” (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 189. Cursivas en el texto).

caso concreto⁶⁴⁹; y b) no todo derecho positivo o creado por el legislador sería derecho válido o aplicable al caso concreto⁶⁵⁰.

Creemos que estas tesis —de haberse integrado convenientemente al sistema iusfilosófico de Recaséns— hubiesen matizado su idea reiterada de que el derecho natural —el conjunto de los valores jurídicos— no es propiamente “derecho”. A fin de cuentas, si bien nunca estuvo cómodo con asumir para sí la etiqueta iusnaturalista sin más, desde sus primeras obras admitió el término “derecho natural” como lícito para referirse a la larga tradición de los ideales jurídicos objetivos y universales que defendía su doctrina⁶⁵¹. Como ha notado Castro Cid⁶⁵², esta distancia fue cambiando, por lo menos, a partir de 1963, en que su acercamiento al círculo del derecho natural fue creciente y manifiesto⁶⁵³, llegando a considerarse a sí mismo “[...] entre los axiólogos del derecho con tendencia iusnaturalista y con matices originales [...]”⁶⁵⁴ y por lo mismo —no obstante reconocer que no seguía ninguna de las corrientes iusnaturalistas— como exponente de un renovado derecho natural⁶⁵⁵.

Finalmente, por todo lo señalado, no llama la atención, en primer lugar, que las siete notas que a su juicio caracterizarían a todos los iusnaturalismos contemporáneos —hablamos de 1970— fuesen notas totalmente aplicables a su propia aproximación

⁶⁴⁹ Por ejemplo: “[...] Toda legalidad positiva, incluso aquella que supongamos más completa [...] es sólo una parte del orden jurídico positivo, porque sus preceptos no cobran sentido aplicable y correcto, son en la medida en que los entendamos y los desarrollemos según directrices estimativas”. (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 254).

⁶⁵⁰ Por ejemplo: “Una norma que niegue la libertad de conciencia, aunque esa norma sea dictada por una autoridad competente y tenga los caracteres de impositiva o coercitiva, etc., no es una norma jurídica [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, “Revisión sobre el problema...”, cit., p. 49).

⁶⁵¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., pp. 58 ss.

⁶⁵² Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 51.

⁶⁵³ Decía entonces: “[...] yo he desenvuelto desde hace tiempo, bajo la inspiración de la metafísica según los principios de la razón vital de Ortega y Gasset, una axiología jurídica que cada vez se acerca más a un iusnaturalismo renovado y depurado. Hoy en día somos muchos los iusfilósofos que nos hemos emancipado del miedo de usar otra vez la denominación “Derecho natural”, aunque bajo la misma incluyamos junto a añejas inspiraciones greco-romano-cristianas la fecundidad de nuevas ideas conseguidas del siglo XX. En 1963, ya no hay temor de que se vuelva a incurrir en ninguno de los devaneos que caracterizaron a las escuelas clásicas del siglo XVIII”. (L. RECASÉNS SICHES, “Axiología jurídica y derecho natural”, cit., p. 122). Cfr. también: “Lineamientos de Axiología jurídica”, cit., pp. 252 ss.

⁶⁵⁴ L. RECASÉNS SICHES, “Los derechos humanos”, cit., p. 127.

⁶⁵⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., pp. 519-520.

teórica al derecho⁶⁵⁶ y, en segundo lugar, que también algunos de los reputados comúnmente como iusnaturalistas lo hayan considerado —aunque con mayores o menores matices— un autor iusnaturalista⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ En sus propios términos: “[...] A) Reafirmación, críticamente depurada, de una estimativa jurídica iusnaturalista; pero señalando que el Derecho natural está muy lejos de ser una doctrina conclusa [...] B) Remisión a la metafísica, como fundamento primero del Derecho natural [...] C) Desnormatización del Derecho natural [...] D) Empeñoso intento de precisar con rigor qué debe entenderse por “naturaleza humana”; lo cual lleva a recortar o restringir considerablemente el área de ésta en contraste con la indebida extensión que a la misma se había dado en la Escuela Clásica Moderna del derecho Natural [...] y también por algunos neoescolásticos del siglo XIX. E) Concepción tridimensional del Derecho [...] F) Reiterada insistencia en la necesidad de que la estimativa jurídica iusnaturalista se alimente a grandes dosis de conocimientos sociológicos [...] G) Acentuación de un sentido histórico para los ideales jurídicos o programas de Derecho justo, en armonía con cada una de las realidades sociales concretas [...] H) Reconocimiento superlativamente acentuado de que el valor supremo para el Derecho es la dignidad de la persona humana [...] I) Insistencia suma sobre el punto de que, en la jurisprudencia y la legislación, es improcedente el empleo de la lógica tradicional de la inferencia [...] la cual debe ser reemplazada por otro sector del logos, por la lógica propia de los asuntos humanos o logos de lo razonable [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Iusnaturalismos actuales contemporáneos*, cit., pp. 26-27). Más tarde insistiría en otro rasgo común al iusnaturalismo, también aplicable a su perspectiva: la distinción entre derechos inalienables que quedan exentos del arbitrio de los gobernantes y los derechos alienables o positivos, (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Los derechos humanos”, cit., pp. 134-135).

⁶⁵⁷ Por ejemplo, entre los autores mexicanos: A. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, “Fundamento y esencia del derecho natural”, en F. RODRÍGUEZ GARCÍA (Coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, 1980, t. I, p. 59; M. BEUCHOT, “Testimonio sobre la filosofía del derecho en México”, *Isonomía*, 7, 1997, p. 19; y J. SALDAÑA SERRANO, *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2012, pp. 24-26. Entre los autores españoles: Cfr. F. Puy Muñoz, “Carta a José Chávez-Fernández sobre el iusnaturalismo de don Luis Recaséns Siches”, Casa de Guillamonde, Vedra, España, 27/09/12 (Inédita); y A. E. PÉREZ LUÑO, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y Teoría del derecho*, Lima, Palestra, 2005, p. 41. Algo más reticentes a darle el calificativo de iusnaturalista: B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, pp. 194, 208 y 264; y J. HERVADA, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 3^a ed., 1993, pp. 326-327. Por nuestra parte, si utilizáramos la terminología de Rodríguez Paniagua, tendríamos que decir que Recaséns se encuentra a caballo entre una axiología jurídica en sentido amplio (por su necesaria conexión con el orden del ser) y un iusnaturalismo en sentido amplio (no completamente dependiente de la naturaleza humana). (Cfr. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *¿Derecho natural o axiología jurídica?*, Madrid, Tecnos, 1981, pp. 11-15).

BALANCE DE LA SEGUNDA PARTE

Habiendo repasado a lo largo de esta Segunda Parte de nuestro trabajo la dimensión axiológica de la Filosofía de la interpretación del derecho de Recaséns, podemos afirmar que la misma tiene por base lo que hemos llamado un “raciovitalismo moderado”, en la medida en que resulta claramente menos perspectivista, pero, sobre todo, menos historicista que el de su maestro. Somos de la opinión de que ello se debe, en general, al influjo de los elementos aristotélicos, tomistas y suarecianos que fueron ganando en importancia en su enfoque iusfilosófico hacia el final de su vida, y, en particular, al recurso creciente a la idea de la experiencia de la naturaleza humana, la que teniendo una impronta kantiana, tiene también —y sobre todo— un carácter metafísico-realista, por la influencia de los mencionados autores clásicos.

En ese sentido, se puede concluir que la propuesta axiológico-jurídica de Recaséns es una estimativa cognitivista, objetivista y esencialmente ética o moral, que se funda en parte en la estructura teleológica de una naturaleza humana mitigadamente raciovitalista. Las consecuencias metodológicas relevantes de este planteamiento teórico están en que el *logos* de lo razonable —en tanto que único método o “metamétodo” apropiado a los problemas humanos prácticos⁶⁵⁸— opera con el derecho a través de la consideración experiencial, prudencial y equitativa —que no en abstracto⁶⁵⁹— de los valores materiales de la dignidad y de los derechos humanos, los que ofrecen un contenido finalista y perfectivo al valor jurídico formal de la justicia, valor supremo que orienta toda la dinámica creativa, interpretativa y aplicativa del derecho⁶⁶⁰.

No obstante que lo señalado en el párrafo anterior nos parece un acierto, resulta también claro que en Recaséns se da —por lo menos en parte— lo que Massini Correas había advertido respecto de las escuelas axiológicas fenomenológicas y kantianas, y de las posturas tributarias de ellas: a) una equivocidad respecto del uso del término “valor”

⁶⁵⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 178-187.

⁶⁵⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 510-540.

⁶⁶⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 311-317.

y, en general, el uso de un lenguaje farragoso que vuelve arduo el esclarecimiento del sentido último de sus enfoques; b) una multiplicidad y disparidad en el manejo de sus tablas axiológicas; c) una concepción “platonizante” de la relación entre realidad y valor, en la que lo real queda casi reducido a su mera dimensión material; d) la postulación de una multiplicidad de valores en conflicto; y e) la ausencia de una distinción precisa entre fines y valores en el ámbito del derecho⁶⁶¹. Por nuestra parte, sin embargo, lo acotado no nos parece un obstáculo para considerar en la vía metodológica de una fenomenología abierta a la dimensión metafísico-realista del ser, un camino valioso para explorar el mundo axiológico jurídico desde una perspectiva más existencial y práctica, como tuvimos oportunidad de apuntar en su momento⁶⁶².

Por otro lado, afirmar que la propuesta axiológica del profesor español es esencialmente ética o moral —o dicho de otro modo: que no puede haber ni creación, ni interpretación, ni aplicación del derecho sin la intervención de la prudencia y de sus valoraciones morales— no implica postular que haya desarrollado él mismo una teoría sobre su contenido moral. Parece más bien que sencillamente la dio por supuesta⁶⁶³, ya sea para excluir definitivamente del derecho a algunos valores morales —los estrictamente individuales—, ya sea para considerar a otros valores morales —los sociales y los “prudenciales”— como elementos indispensables para la acción del *logos* de lo razonable sobre el derecho. Para nuestro autor, los valores jurídicos —en particular el basilar de la dignidad humana y sus corolarios fundamentales—, son morales, pero no lo son en el sentido estricto del término, reservado por él para aquellos que, como los religiosos, atañen a la realización individual del hombre, y que por ello no se pueden constreñir mediante un ordenamiento jurídico que tiene el rasgo esencial de la

⁶⁶¹ Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, cit., pp. 175-177. Para Massini, sintéticamente: “[...] aquella formalidad de la conducta humana exterior referida a otro que nos permite calificarla de justa, no es sino su carácter de *debida objetivamente en virtud de los títulos de otro sujeto jurídico*. En otras palabras, el “valor” de la conducta jurídica, del derecho objetivo, consiste en esa formalidad accidental o cualidad, por la que un cierto obrar humano social se ordena necesariamente a otro y que denominamos “justicia” objetiva”. (Ibíd, p. 210. Cursivas en el texto).

⁶⁶² Cfr. Cap. III.B.2 y Cap. IV.A.1.

⁶⁶³ Todo apunta a que se trató de una moral de contenido cristiano. (Cfr., por ejemplo: L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 198 ss., 502 ss., 511 ss. y 548 ss.; *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 323-334; “Algunas directrices de la axiología jurídica y política”, cit., pp. 15 y 18; “Juridical Axiology in Ibero-America”, cit., p. 148; “Renacimiento iusnaturalista...”, cit., pp. 279 ss.; entre otros).

inexorabilidad⁶⁶⁴. De tal modo que, mientras que, por un lado, el derecho excluye los valores morales que no atañen a la dimensión social del hombre; por otro lado, el derecho sirve al mundo de la moral social a través de los valores de la seguridad, de la justicia y de la dignidad, y al de la moral individual también, al crear espacios para el ejercicio de la propia autonomía en orden a la realización personal⁶⁶⁵.

Una vez sentado lo anterior, es preciso señalar también que, si bien los valores morales son una suerte de columna vertebral en el trabajo práctico jurídico del *logos* de lo razonable, éste no se reduce a ellos, pues ha de considerar también —como tuvimos oportunidad de ver—, la congruencia de éstos con otros elementos estimativos⁶⁶⁶. Esta necesaria coherencia axiológica ha llevado a Cabra Apalategui a ver en el *logos* de lo razonable, no una “teoría deontológica”, sino antes bien “un planteamiento contextualista y consecuencialista” de corte más bien pragmático, que, desde una idea de “proporcionalidad”, sería compatible con la afectación de valores y principios morales para la consecución de los fines que se propone el derecho⁶⁶⁷. Sin embargo, creemos que se ha llegado a dicha lectura del enfoque de Recaséns quizá llevando demasiado lejos el paralelo con las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica, y no considerando suficientemente la preeminencia de algunos elementos

⁶⁶⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 529-533.

⁶⁶⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 194-198. Quizás a ello se refería Recaséns, en otro lugar, cuando admitía que los problemas de valoración estrictamente moral tienen una relación también con los problemas jurídicos, aunque no pensase ocuparse de ellos, en parte por la excesiva complejidad del tema. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 326).

⁶⁶⁶ Señala Recaséns estos elementos de congruencia: “A) Entre la *realidad social y los valores*, es decir: cuáles sean los valores apropiados para la regulación de una determinada realidad social. B) Entre los *valores y los fines* u objetivos, esto es, cuáles son los objetivos valiosos. C) Entre los *objetivos y la realidad social concreta*, esto es: cuáles sean los propósitos de posible y conveniente realización. D) Entre los *fines u objetivos y los medios*, en cuanto a la *adecuación* de los medios para los fines. E) Entre los *fines y los medios* respecto de la *corrección ética de los medios*. Se trata de evitar la caída abismal en la perversa máxima de que el fin justifica los medios; máxima de intrínseca maldad, porque cuando se trata de servir un fin bueno con medios malos el fin pierde la bondad, contagiándose de los medios. F) Entre los *fines y los medios*, en lo que se refiere a la *eficacia de los medios*”. (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 258-259. Cursivas en el texto).

⁶⁶⁷ Señala: “[...] La conveniencia y la corrección ética de los medios debe referirse, por tanto, a una doble exigencia: de un lado, que los medios respeten el mínimo ético representado por la dignidad humana, y, de otro, que las limitaciones que los medios supongan para los valores o principios morales estén justificadas, y esto no ocurre si no se dan las siguientes condiciones: a) la inexistencia de un medio menos gravoso para alcanzar el mismo fin (subprincipio de necesidad), y b) que el fin alcanzado se considere más valioso que el sacrificio que implican los medios (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto)”. (J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., p. 50).

clásicos contenidos en la propuesta recaseniana. Nos referimos, por ejemplo, a la carga de contenidos morales que implica el recurso al concepto aristotélico-tomista de la virtud de la prudencia, o a los propios de la teleología perfectiva de una dignidad referida a la naturaleza humana y no meramente a la autonomía. Creemos que ello plantearía en la sistemática de Recaséns ciertos límites infranqueables de contenido moral, por ejemplo, para la acción legislativa del Estado⁶⁶⁸. Algo que podría plantearse como semejante, de alguna manera, a lo que Finnis ha llamado “absolutos morales”, en tanto que se constituyen en normas morales —pocas, pero fundamentales— que no admiten excepciones⁶⁶⁹.

En ese orden de ideas, se puede afirmar que, para nuestro autor, si bien el derecho no se restringe a su dimensión estimativa —pues es tridimensional⁶⁷⁰— y estos valores no son sólo morales⁶⁷¹, consiste básicamente en una práctica social autoritativa y argumentativa —legislativa, interpretativa y aplicativa— de carácter primordialmente

⁶⁶⁸ Para Recaséns, por ejemplo, la diferenciación biológico-sexual es esencial para contraer matrimonio y para fundar una familia, la misma que está orientada a los hijos y, por ello, debe ser una comunidad de vida “duradera”. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 154). Otras limitaciones éticas aparecerían impuestas, ya no por la biología de los seres humanos, sino por la razón, que también forma parte de la naturaleza humana, por ejemplo, el derecho a la legítima defensa. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 63 y 321). En otro orden de ideas, Recaséns ve claro que hay valores morales básicos que originan normas sobre todo prohibitivas de “validez necesaria e irrefragable”, y que ello tiene conexión con los problemas jurídicos, aunque no pueda ocuparse de ello en ese momento —y en realidad, termine por no ocuparse de este importante problema en absoluto— (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 326); además de admitir que existe “[...] una moral común, genérica, que comprende a todos por igual, y que constituye el mínimo indispensable para todos, aquello sin lo cual nadie puede ser moral [...]”. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 308).

⁶⁶⁹ Cfr. J. FINNIS, *Absolutos Morales. Tradición, revisión y verdad*, Trad. J. J. García, Barcelona, EIUNSA, 1992, pp. 15 ss. Para Finnis es una exigencia de la razonabilidad práctica que todo acto humano cuyo fin sea dañar directamente un valor o bien humano básico, sea intrínsecamente ilícito, más allá de cualquier valoración consecuencialista respecto de sus “beneficios”. (Cfr. J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 148-154). Coincidimos con el profesor australiano en que estos absolutos morales se traducen en auténticos “derechos humanos absolutos”. (Cfr. Ibídem, pp. 251-253; J. FINNIS, “Postscript”, en *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2^a ed., 2011, p. 467; o Aquinas, cit., pp. 164-165).

⁶⁷⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 44-47 y 80-82.

⁶⁷¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 493-496.

moral⁶⁷²: una obra humana normativa esencialmente valorativa⁶⁷³ o vida humana objetivada que se hace vida humana viviente⁶⁷⁴ a través del ejercicio del *logos* de lo razonable⁶⁷⁵. En ese sentido, podría decirse, hasta cierto punto, que el razonamiento jurídico, también para Recaséns, se trata de un caso especial, altamente institucionalizado y formalizado, del razonamiento moral⁶⁷⁶ o del discurso práctico general⁶⁷⁷.

Pero, más allá de los indudables paralelos que pueden establecerse con las modernas teorías de la argumentación jurídica y de los que nos ocuparemos en el siguiente capítulo, cabe señalar por lo pronto que dicho contenido moral en el enfoque recaseniano no se restringe a una mera pretensión de corrección —como en Alexy⁶⁷⁸— o a una pretensión implícita de justicia —como en MacCormick⁶⁷⁹—. Creemos que es perfectamente posible defender en la propuesta de Recaséns la tesis no sólo de una exigencia argumentativa de corrección en el derecho o una cierta intencionalidad esencial hacia la realización de los valores en el mismo⁶⁸⁰, sino un contenido ético o

⁶⁷² Para Recaséns “[...] todos quienes hemos intentado una clara diferenciación entre Derecho y moral, hemos reconocido al propio tiempo que esas dos cosas distintas son provincias diferentes del reino de la ética, y que, por lo tanto, los valores que el Derecho debe realizar son de índole ética, aunque muy diversos de los valores de la moralidad *sensu stricto*”. (L. RECASÉNS SICHES, “Otra vez, y con renovado vigor: Derecho natural”, cit., p. 30). Para Cabra Apalategui, respecto de Recaséns, “el Derecho es un conjunto de valoraciones y estimaciones”, más que un conjunto de normas. (Cfr. J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., p. 56). Ello es básicamente cierto, no obstante el atinado intento de definición del derecho para Recaséns propuesto por Castro Cid en clave normativa, y que apunta sobre todo a poner de relieve el enfoque de nuestro autor en su Teoría fundamental del derecho: “[...] una forma de vida humana, objetivada o viviente, que consiste en un complejo de normas creadas en función de unas determinadas necesidades de la vida social, impuestas coercitivamente por la Voluntad Estatal, y aceptadas por la mayor parte de la sociedad, que aspiran a realizar unos determinados valores [...].” (B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 130-131).

⁶⁷³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 159.

⁶⁷⁴ Cfr. Ibídem, pp. 108-114.

⁶⁷⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 135-144.

⁶⁷⁶ Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 272. Cfr. También: N. MACCORMICK, “Argumentación e interpretación en el derecho”, *Doxa*, 33, 2010, pp. 75-77.

⁶⁷⁷ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 295-305.

⁶⁷⁸ Para Alexy: “Son correctas y, por tanto, justas las normas para la distribución y la compensación a las que todos darían su aprobación en un discurso ideal”. (R. ALEXY, “Justicia como corrección”, en *La institucionalización de la justicia*, cit., p. 55).

⁶⁷⁹ Para MacCormick: “[...] Los actos de creación de leyes son actos que tienen la pretensión implícita de avanzar algún aspecto del bien común de modo consistente con las restricciones de una concepción razonable de justicia, o de avanzar algún aspecto de ésta que es entendido como algún elemento del bien común”. (N. MACCORMICK, *Instituciones del derecho*, Trad. F. Atria y S. Tschorne, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 342).

⁶⁸⁰ Recaséns sosténía: “Todo Derecho [...] pretende ser algo en lo cual encarnen determinadas ideas de valor, o, dicho en términos más sencillos, todo Derecho es un intento de Derecho justo, un propósito de

moral jurídico intrínseco, sustentado —por lo menos en parte, y no desde un enfoque del todo sistemático y coherente— en los fines perfectivos propios de la naturaleza humana entendida metafísicamente⁶⁸¹.

Esta versión recaseniana de la tesis hoy tan sostenida —como discutida— de la conexión necesaria entre el derecho y la moral⁶⁸², se evidencia sobre todo en que los valores supremos de la justicia y la dignidad resultan ser, desde su perspectiva, determinantes no sólo en todos los aspectos dinámicos de la elaboración y de la concreción del derecho, sino también en su identificación teórica o “clasificante”⁶⁸³, en el sentido en que la norma positiva monstruosamente injusta —indigna o inhumana— deja por ello de ser derecho⁶⁸⁴.

Por todo lo señalado, creemos que se puede afirmar que la nueva impronta —no sólo humanista, sino además metafísico-realista— de la Filosofía jurídica de Recaséns termina desbordando la clásica tripartición de su propuesta, y permeándola hasta hacer

Derecho valioso [...] es algo que puede funcionar como medio o agente de realización de tales valores —o de su fracaso”. (L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 70-71).

⁶⁸¹ Nuestro autor propone hacia el final de su recorrido: “Por medio de la experiencia metafísica de las estructuras finalistas de la realidad humana, podemos hallar el camino que nos lleve a captar objetivamente criterios éticos; y, entre éstos, aquéllos pertinentes para la orientación del Derecho. El análisis del orden finalista o teleológico de la realidad humana nos proporcionará las normas de contenido para llenar con auténtica significación el principio formalista de que se debe atribuir o dar a cada quien lo que es suyo [...].” (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 292).

⁶⁸² Para Alexy, como es sabido: “[...] hay una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general [...].” (R. ALEXY, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, Trad. P. Larrañaga, en *Derecho y razón práctica*, cit., p. 43). Para el profesor de la Universidad de Kiel, esta tesis puede sostenerse a través principalmente del “argumento de la corrección”. (Cfr. Ibídem, pp. 54-69). Para una impugnación de la tesis a través de la discusión del argumento, Cfr. R. ALEXY y E. BULYGIN, *La pretensión de corrección en el derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, Trad. P. Gaido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1^a reimp., 2005.

⁶⁸³ En opinión de Alexy existen dos tipos diferentes de conexiones entre derecho y moral: “[...] La primera será llamada “clasificante” y la segunda “cualificante”. Se trata de una conexión *clasificante* cuando se sostiene que las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado criterio moral no son, por razones conceptuales o normativas, normas jurídicas o sistemas jurídicos. Se trata de una conexión *cualificante* cuando se sostiene que normas o sistemas jurídicos que no satisfacen un determinado criterio moral pueden ciertamente ser normas o sistemas jurídicos pero, son normas jurídicas jurídicamente deficientes o sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. Lo decisivo es que la deficiencia que se sostiene es una deficiencia jurídica y no meramente moral [...].” (R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, Trad. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2^a ed., 2004, p. 32. Cursivas en el texto). Sobre ello volveremos en la Tercera Parte. (Cfr. Cap. V.E.1; y Cap. VI.C.2).

⁶⁸⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Revisión sobre el problema...”, cit., pp. 45-50.

menos distinguibles sus contornos⁶⁸⁵. La Teoría fundamental del derecho habría sido desbordada, en primer lugar, por su Axiología jurídica y, luego, por su Filosofía de la interpretación del derecho. Ello se evidenciaría en el hecho de que varias tesis defendidas desde un acendrado formalismo criticista de corte kelseniano⁶⁸⁶, luego encuentren difícil encaje en un intento de lectura sistemática de la propuesta recaseniana como la dejó al final de su vida.

A nuestro juicio, entre estas tesis se encuentran, por ejemplo: a) la pretendida identificación del derecho bajo el exclusivo criterio de su formalidad positiva⁶⁸⁷; b) la distinción entre derecho y moral en base, principalmente, a la impositividad inexorable que sólo ostenta el primero⁶⁸⁸; c) la relación externa y meramente contingente entre la

⁶⁸⁵ Desborde que por lo menos entrevió, al parecer, el propio autor. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 162).

⁶⁸⁶ Cfr., H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Trad. R. Vernengo, México, Porrúa, 16^a ed., 2005, pp. 15-70. Para Recaséns el “[...] tema de una Teoría fundamental o pura del Derecho, [...] seguirá siendo el a priori formal de lo jurídico; es decir, la esencia de lo jurídico pura y simplemente [...] y las formas jurídicas esenciales que tienen una validez universal [...]. Pero [...] no habremos de buscarlos como formas de nuestra mente [...] sino como esencias objetivas, como objetos ideales, con estructura y consistencia en sí mismos [...]” (L. RECASÉNS SICHES, “Sobre la Teoría pura del derecho y del Estado. Estudio preliminar”, en H. KELSEN, *Compendio de una Teoría general del Estado*, Trad. L. Recaséns Siches y J. de Azcárate Flórez, Barcelona, Bosch, 2^a ed., 1934, p. 100. Cursivas en el texto). Luego destacará que su punto de partida (el raciovitalismo) hacía que defendiera muchos conceptos kelsenianos incorporados a su propia Teoría fundamental, aunque desde un fundamento distinto y ocupándose también de una Axiología, dado que el escepticismo axiológico kelseniano no sería solidario de la doctrina del profesor austriaco. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Reafirmación de la estimativa...”, cit., p. 24). Finalmente, a su juicio, Kelsen habría olvidado que la dimensión formal de lo jurídico no se halla en situación de pureza, sino que está entrelazada con inspiraciones axiológicas. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Balance de la Teoría pura del derecho de Kelsen”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, 19, 1974, p. 169). Castro llama la atención sobre la persistencia de los planteamientos formalistas kelsenianos a lo largo del desarrollo iusfilosófico de Recaséns. (Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 262). Hay quien se pregunta con agudeza cómo partiendo de postulados distintos a los de Kelsen, puede llegar Recaséns en muchos temas a resultados semejantes a los suyos. (Cfr. C. RODRÍGUEZ MANZANERA, “Los supuestos fundamentales de la teoría pura del derecho en la interpretación de Luis Recaséns Siches (1903-1977)”, en L. J. MOLINA PIÑEIRO, J. F. OJESTO MARTÍNEZ P., F. SERRANO MIGALLÓN (Coords.), *El pensamiento filosófico-jurídico y político en Luis Recaséns Siches*, cit., p. 267).

⁶⁸⁷ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 51-53. Que entra en tensión con la idea de que el derecho gravemente injusto por su contenido, no es derecho. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Revisión sobre el problema...”, cit., pp. 45-50).

⁶⁸⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 180-198. Que colisiona con su idea de que el derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y de opinión sería de carácter absoluto (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Los derechos humanos”, cit., p. 136) y de que el reconocimiento de los objetantes de conciencia sea la institución más noble en la historia jurídica. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “La sociedad: su realidad y valoración”, cit., p. 12). Tensión que, a nuestro modo de ver, pone en crisis su tajante distinción entre el deber jurídico y el deber moral de obedecer el derecho. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 240-243).

personalidad jurídica y la persona individual a modo de imputación⁶⁸⁹; o iv) la idea de que la lógica adecuada para la Teoría fundamental —e incluso para la Axiología— sea distinta a la apropiada para la Filosofía de la interpretación del derecho y para los asuntos genuinamente humanos⁶⁹⁰.

A nuestro modo de ver, estas tensiones evidencian el error de haber intentado mantener en una Teoría fundamental del derecho el armazón lógico propuesto por el neokantismo formalista; aunque se haya intentado completarlo críticamente —desde “fuera”— con una axiología material de corte fenomenológico⁶⁹¹, y luego —desde “dentro”— con una ontología desde la metafísica de la vida⁶⁹². A nuestro juicio, resulta un equívoco distinguir tajantemente y por principio entre una Teoría fundamental del derecho y una Axiología jurídica, como si pudiera lograrse —al margen de la experiencia jurídica y de los valoraciones morales materiales— una ciencia *a priori* y formal del derecho positivo que sea capaz, sin embargo, de mostrarnos lo que el derecho verdaderamente es.

Creemos que este primer desbordamiento axiológico de la Teoría Fundamental del derecho se habría acrecentado cuando Recaséns descubre la necesidad de ocuparse de los aspectos prácticos de la Filosofía jurídica⁶⁹³ y de recurrir a la experiencia metafísica de la naturaleza humana⁶⁹⁴ afianzándose más vivamente en su tradición iusnaturalista clásica⁶⁹⁵. En concreto, somos de la idea de que su Filosofía de la interpretación del derecho —de haberse desarrollado lo suficiente desde su base experiencial, axiológico material y moderadamente raciovitalista— debería haberlo

⁶⁸⁹ Cfr. Ibídem, pp. 263-273. Que contradice su idea de dignidad desde el humanismo. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 329-337).

⁶⁹⁰ Cfr. Ibídem, pp. 233-236. Nota esta tensión, por ejemplo, J.B. FLORES, “La teoría integral del derecho de Luis Recaséns Siches...”, cit., p. 74, nota 80.

⁶⁹¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., pp. 78 ss.

⁶⁹² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Vida humana, sociedad y derecho...*, 1939, cit., pp. 4-6; y “Situación presente y proyección de futuro de la Filosofía jurídica”, cit., p. 143. Al fin y al cabo, lo que intentó hacer fue: “[...] partiendo de la metafísica de la vida, así como también de algunas inspiraciones de la filosofía fenomenológica de los valores, proceder a una revisión crítica del pensamiento filosófico-jurídico de los grandes epígonos del neokantismo”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 18).

⁶⁹³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “El logos de “lo razonable” como base para la interpretación jurídica”, cit.

⁶⁹⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 308 ss.

⁶⁹⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Axiología jurídica y derecho natural”, cit., p. 122

llevado a un replanteamiento del conjunto de su Filosofía jurídica, desde una perspectiva más unitaria —superadora de la separación entre los problemas formales y materiales del derecho— y, por otro lado, eminentemente práctica.

Queda abierta la pregunta respecto de hasta qué punto Recaséns intentó hacia el final de su producción científica —a través de la consolidación de su teoría de la dimensión jurídica del *logos* de lo razonable⁶⁹⁶— empezar a realizar el proyecto de una Metafísica jurídica en tanto Filosofía del derecho total o integral, como un sector de la Metafísica de la vida. Dicho proyecto había sido atisbado por nuestro autor desde el inicio⁶⁹⁷ y recordado como pendiente para su realización hacia el ecuador de su trabajo académico⁶⁹⁸. ¿Vería Recaséns en esta Filosofía sobre el *logos* de lo razonable orientado a la solución de los problemas humanos una suerte de Metafísica de la razón práctica?⁶⁹⁹ ¿Una metafísica jurídico-vital con la prudencia como columna vertebral de la acción?⁷⁰⁰ ¿Una metafísica jurídica que, desde luego, desbordaría una Teoría fundamental del derecho, y que daría cuenta cabal y profunda del sentido axiológico del derecho en la vida humana concreta?⁷⁰¹

Lo cierto es que el derrotero iusfilosófico que lleva a Recaséns de una postura con elementos predominantemente formalistas, *a priori* y teóricos, a otra con ingredientes determinantemente más metafísico-realistas, experienciales y prácticos, tendrá consecuencias en el contraste que plantearemos entre sus ideas y las que por lo general sostienen las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica. Pero para

⁶⁹⁶ Concretamente en L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit.

⁶⁹⁷ Señalaba: “[...] aun para que esa Filosofía aplicada al Derecho cumpla su misión, sería preciso superar la multiplicidad de problemas expuestos, [los propios que justifican su taxonomía iusfilosófica], logrando primariamente un solo tema, del cual deriven los demás, a saber, el tema del sentido radical de lo jurídico [...] en el cual se integre lo jurídico en una concepción unitaria y totalitaria [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., p. 137).

⁶⁹⁸ Decía nuestro autor: “Ciento que, en mi opinión, hay todavía un problema pendiente, el problema de determinar si, y hasta qué punto, sin perjuicio de la dimensión formalista de la Teoría Fundamental del Derecho, hay algún entronque de ésta con la Estimativa, para integrar ambas una Filosofía Jurídica unitaria; pero aquí no voy a ocuparme de este problema [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1956, cit., p. 34).

⁶⁹⁹ Para Recaséns: “Las argumentaciones metafísicas se fundan en razones, pero en razones diferentes de las analíticas, y de las estrictas deducciones racionales. Se fundan más bien en razones “razonables” [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, “Crítica del subjetivismo en la Estimativa jurídica”, cit., p. 211).

⁷⁰⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Algunas contribuciones españolas al estudio de la prudencia”, cit., p. 194.

⁷⁰¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 18.

poder ocuparnos de ello se hace indispensable elaborar primero una síntesis de los rasgos básicos de lo que se ha venido llamando “Teoría estándar de la argumentación jurídica”, lo que llevaremos a cabo en el siguiente capítulo.

TERCERA PARTE: EL *LOGOS* DE LO RAZONABLE Y LA TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En esta Tercera Parte propondremos algunos derroteros necesariamente generales que puedan ser de utilidad para la superación tanto de la teoría de la argumentación jurídica en la versión que hemos llamado “estándar”, como de la Filosofía de la interpretación del derecho de Recaséns. A través de ellos se tratará de hacer evidente, no sólo que la propuesta del profesor hispano-mexicano es auténticamente precursora de las contemporáneas teorías de la argumentación, sino que la misma ofrece algunas ventajas teóricas de fondo sobre estas últimas, las que deberían ser tomadas en cuenta para plantear dicho camino de superación.

Para lograr este cometido, en el quinto capítulo, daremos cuenta, descriptivamente y con algún detalle, de los rasgos básicos que —más allá de la diversidad de los modelos— pueden trazarse como preponderantes en las teorías de la argumentación jurídica actuales, poniendo principal atención en aquellos que permitan el inmediato contraste con la Filosofía de la interpretación jurídica de Recaséns. En el sexto y último capítulo —que puede ser considerado, sin problema, como el “balance” de esta Tercera Parte— primero nos ocuparemos de realizar un contrapunto entre dichos rasgos y los que caracterizan el modelo del profesor español, para luego proponer algunos caminos de superación de ambos, intentando una comprensión y una fundamentación más integrales de una ciencia acerca de la determinación del derecho, sin renunciar a los presupuestos básicos de la tradición iusfilosófica del enfoque recaseniano.

CAPÍTULO V: **ALGUNOS RASGOS BÁSICOS** **DE LA TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

En este capítulo, en primer lugar, justificaremos brevemente en qué sentido es posible y conveniente hablar —al menos, para los efectos de este estudio— de una teoría “estándar” de la argumentación jurídica y, asimismo, fijaremos los alcances de los rasgos a través de los que se le intentará retratar, lo que nos permitirá dedicar los subcapítulos restantes a cada uno de dichos atributos, respectivamente. En ese sentido, en segundo lugar, nos ocuparemos de la concepción del razonamiento práctico o normativo como una unidad, y de las consecuencias que ello implica. En tercer lugar, realizaremos una descripción básica de cómo se presenta la argumentación jurídica en su orden interno y externo, así como también de sus limitaciones. En cuarto lugar, daremos cuenta de cómo se comprende la sistematicidad del ordenamiento jurídico a tres niveles. Finalmente, ahondaremos en la dimensión axiológica que forma parte de la caracterización que del derecho tiene la teoría “estándar”.

A. Lo que se ha de entender aquí por teoría “estándar”

El objetivo de este subcapítulo es esclarecer y justificar la opción de referirnos a una teoría “estándar” de la argumentación jurídica como contrapunto para el modelo recaseniano. En ese sentido, conviene empezar situándola brevemente desde una perspectiva histórica. Feteris nos ha recordado que el creciente interés por la argumentación jurídica de hoy, surge a mediados del siglo XX, básicamente por el agotamiento del modelo decimonónico de comprensión de la tarea del juez. Este deja de ser el que simplemente aplica la norma jurídica general de manera automática subsumiendo los hechos del caso concreto bajo la misma, y se convierte más bien en quien la interpreta con cierta amplitud en orden a su aplicación, y debe por ello justificar sus decisiones⁷⁰².

⁷⁰² Cfr. E. FETERIS, *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, Trad. A. Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 27-28.

Como se sabe —y el mismo Recaséns tomó nota en su debido momento⁷⁰³— dicho modelo exclusivamente subsuntivo fue perdiendo vigencia, en parte, por las críticas del “segundo” Ihering, de la Jurisprudencia de intereses, del Movimiento del derecho libre, y de Gény. Dicha dinámica crítica —a juicio de Serna— siguió desarrollándose en el siglo XX a través de las aportaciones de la Hermenéutica, y de autores como Betti, Esser y Engisch, y de la reflexión sobre la textura abierta del lenguaje jurídico y de su aplicación normativa, a través ya no sólo de la necesidad de la interpretación de las reglas, sino también de la ponderación de los principios⁷⁰⁴. Se trata de un fenómeno que, desde luego, desborda las explicaciones de la Teoría o de la Filosofía jurídicas, e implica la confluencia de diversos factores de orden práctico, pedagógico o político, sobre los que no conviene detenernos aquí⁷⁰⁵.

A este complejo cambio de paradigmas jurídicos descrito, es al que se refiere Vigo cuando señala que se ha dado el paso de la cultura de la ley a la cultura del derecho⁷⁰⁶. En ese sentido, podemos decir que termina siendo el ambiguo fenómeno a veces llamado “neoconstitucionalismo”⁷⁰⁷ —básicamente entendido aquí como teoría del derecho, en la categorización que hace Pietro Sanchís⁷⁰⁸—, el ámbito donde se inscribe y justifica la teoría de la argumentación jurídica, por lo menos, como la conocemos hoy⁷⁰⁹.

⁷⁰³ Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 662.

⁷⁰⁴ Cfr. P. SERNA BERMÚDEZ, “Introducción”, en P. SERNA BERMÚDEZ (Dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2^a ed., 2005, pp. 1-7. A su juicio: “[...] la aceptación de la insoslayable presencia de elementos no-lógicos y, en general, de lo valorativo en el razonamiento jurídico hace que, en nuestros días, no resulte aceptable ya seguir considerando la adjudicación como una operación o conjunto de operaciones regidas exclusivamente por la silogística deductiva [...]”. (Ibíd, p. 4).

⁷⁰⁵ Cfr. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., pp. 15-19.

⁷⁰⁶ Cfr. R. L. VIGO, “De la cultura de la ley a la cultura del derecho”, en *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2^a ed., 2005, pp. 3-24.

⁷⁰⁷ Cfr. S. POZZOLO, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, Trad. J. M. Vilajosana, *Doxa*, 21, 1998, p. 339.

⁷⁰⁸ Cfr. L. PIETRO SANCHÍS, “Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica”, en M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.), *Argumentación jurídica*, cit., pp. 17 ss.

⁷⁰⁹ Sobre el rol de la Corte Constitucional alemana en este fenómeno, Cfr. R. ALEXY, “Sistema jurídico y razón práctica”, en *El concepto y la validez del derecho*, cit., pp. 159 ss. Para Sarlo, en concreto, la teoría estándar de la argumentación jurídica “[...] se produce en —y está motivada por— el contexto de actuación de los tribunales constitucionales europeos, y en especial la Corte Constitucional alemana [...]. (O. SARLO, “Algunas observaciones críticas al trabajo de Enrique P. Haba”, en E. HABA (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, cit., p. 342).

Precisamente a mediados del siglo XX aparecieron importantes trabajos de los que son considerados generalmente “precursores” de dicha teoría, en tanto que pusieron de relieve las serias deficiencias del modelo formalista lógico-deductivo, y llamaron la atención sobre la decisiva importancia de los aspectos materiales del razonamiento jurídico, aunque sin elaborar modelos argumentativos refinados o cabalmente desarrollados⁷¹⁰; nos referimos en concreto a las obras de Viehweg (1953)⁷¹¹, Perelman (1958)⁷¹² y Toulmin (1958)⁷¹³. Ello sin perjuicio de mencionar también, precisamente, a Recaséns (1956)⁷¹⁴, cuyo aporte precursor ha comenzado a ser reconocido en la literatura científica sobre la materia⁷¹⁵. En esa misma dinámica, no deberíamos omitir en este horizonte de precursores (o de “precursores de los precursores”) de las teorías de la argumentación jurídica la obra de Vaz Ferreira (1910)⁷¹⁶, lo que ha sido señalado recientemente con toda pertinencia por Vega Reñón⁷¹⁷ y por Atienza⁷¹⁸, e intuido antes que ellos, de alguna manera, también por el propio Recaséns⁷¹⁹.

⁷¹⁰ Cfr., por ejemplo, E. FETERIS, *Fundamentos de la argumentación jurídica*, cit., pp. 44-45; o M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 67, 167-168 y 303.

⁷¹¹ Cfr. T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, cit.

⁷¹² Cfr. C. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación*, cit.

⁷¹³ Cfr. S. TOULMIN, *Los usos de la argumentación*, cit.

⁷¹⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*, cit.

⁷¹⁵ Cfr., por ejemplo, J. A. GARCÍA AMADO, “Retórica, argumentación y derecho”, cit., p. 103; J. M. CABRA APALATEGUI, *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*, cit., p. 2; M. GASCÓN ABELLÁN y A. J. GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho*, cit., pp. 78-81; M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., p. 40, nota 11; B. RIVAYA, *Una historia de la Filosofía del derecho española...*, cit., p. 206; M. ELÓSEGUI ITXASO, “La interpretación de los derechos humanos desde la tópica y la lógica de lo razonable...”, cit., p. 142; y M. BARBERIS, “¿Imperialismo de la argumentación? Comentarios al *Curso de argumentación jurídica* de Manuel Atienza”, *Doxa*, 37, 2014, p. 327.

⁷¹⁶ Cfr. C. VAZ FERREIRA, *Lógica viva (Adaptación práctica y didáctica)*, en *Lógica viva / Moral para intelectuales*, Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho, 1979, pp. 7-190.

⁷¹⁷ Cfr. L. VEGA REÑÓN, “Paralogismos. Una contribución de C. Vaz Ferreira al análisis de la argumentación falaz”, *Doxa*, 31, 2008, pp. 625 ss.

⁷¹⁸ Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 157 y 162-169; y con más detalle en: “Por qué no conocí antes a Vaz Ferreira”, cit., pp. 10 ss.

⁷¹⁹ Recaséns lo señala primero como un referente respecto de la Estimativa jurídica en Uruguay (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 14 y 37, nota 12) y, más específicamente, como defensor de la necesidad de los derechos sociales (Cfr. Ibídem, pp. 600 y 625, nota 34). En ambos casos se refiere a la obra: C. VAZ FERREIRA, *Sobre los problemas sociales*, Montevideo, Ministerio de Instrucción pública y previsión social, 1953; la que cita por la segunda edición de 1939. Sin embargo, es respecto del enfoque que hace el profesor uruguayo en *Lógica viva*, donde encontramos mayor similitud con el del *logos* de lo razonable de Recaséns. Atienza, por su parte señala también una alusión tangencial de Recaséns a *Lógica viva*. (M. ATIENZA, “Por qué no conocí antes a Vaz Ferreira”, cit., p. 11). Vale la pena dejar constancia de que debemos el hallazgo de este antecedente a una oportuna sugerencia del profesor Pedro Grández Castro.

Pero tendemos a pensar que en cuanto a antecedentes hispanos de las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica, no deberíamos detenernos sólo en Recaséns o Vaz Ferreira, sino acudir también a la obra de autores incluso anteriores, como, por ejemplo, la de Balmes (1857)⁷²⁰, del que el propio Recaséns supo dar cuenta⁷²¹, y cuyo abordaje permite evidenciar más nítidamente el entronque de su teoría del *logos* de lo razonable con la revisión crítica de la tradición clásica aristotélico-tomista⁷²², tan importante para comprender las tesis del profesor hispano-mexicano, como quedará más claro aún en el siguiente subcapítulo.

Es precisamente esa rica y vasta tradición que hunde sus raíces en la historia de la retórica y la dialéctica helénicas, la que lleva a Puy a reconocer que sobre el tópico “argumentación jurídica” “[...] *no parece razonable hablar de una noción descriptiva y valorativa mínimamente compartida [...]*”⁷²³. No obstante ello, creemos que Alexy

⁷²⁰ Para Balmes, respecto de un ejemplo de razón práctico-jurídica al que acaba de aludir: “[...] todo el pleito gira no en si el silogismo es concluyente, sino en si se prueba la [premisa] menor o no. Y pregunto ahora: ¿pensará nadie en el silogismo? ¿Sirve de nada el recordar que lo que se dice de todos se ha de decir de cada uno? [...]. El discurso se hace, es cierto; existe el silogismo, no cabe duda; pero es cosa tan clara, es tan obvia la deducción, que las reglas dadas para sacarla, más bien que otra cosa parecerán un puro entretenimiento especulativo [...]”. (J. BALMES, *El criterio*, Barcelona, Mateu, 1963, p. 133). Para un abordaje más técnico y sistemático de su propuesta lógica, Cfr. J. BALMES, *Filosofía elemental*, México, Porrúa, 3^a ed., 1981, pp. 5-69, donde se ocupa sintéticamente, por ejemplo, de los silogismos, de las especies de argumentaciones y de los paralogismos o falacias. (Cfr. Ibídem, pp. 41 ss.)

⁷²¹ De su libro *El criterio* (1857), Recaséns afirma: “[...] abordó algunos de los temas que pueden ser considerados como pertenecientes al logos de lo humano [...]. Adviértase, en primer lugar el acentuado desdén que Balmes mostró a través de casi toda su producción hacia la silogística. Sin negar la validez de ésta, le parecía frívolo centrar los problemas de conocimiento y las cuestiones lógicas en torno del silogismo; porque se daba cuenta de que la corrección del raciocinio, aunque e[r]a necesaria, no constituye el meollo del conocimiento justificado”, sobre todo respecto de “[...] las cuestiones de conducta humana [...].” (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 365). Destaca, por otro lado, que Balmes estudia “[...] la invención, la intuición, el tino y la prudencia. Analiza la influencia de las emociones sobre el pensamiento, especialmente sobre el pensamiento práctico, examinando el problema de la elección de los fines, de la determinación de los medios, y del papel que en todo eso juega el “buen sentido””. (Ibídem, p. 366). Cfr. también: L. RECASÉNS SICHES, “Algunas contribuciones españolas al estudio de la prudencia”, cit., pp. 192-193; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 567.

⁷²² Vega Reñón es particularmente consciente del entronque histórico que la teoría de la argumentación, entendida en su sentido amplio, tiene con la tarea llevada a cabo por Aristóteles. (Cfr. L. VEGA REÑÓN, voz “Argumentación, teoría de la”, en L. VEGA REÑÓN y P. OLMO GÓMEZ (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, cit., p. 55).

⁷²³ F. Puy Muñoz, “La expresión “argumentación jurídica” y sinónimas...”, cit., p. 127. (Cursivas en el texto). Otro tanto pasa con el término “argumentación” a secas. Desde una perspectiva “pragma-dialéctica”, por ejemplo, podría decirse que: “la argumentación es un acto de habla complejo, comunicativo e interactivo, destinado a resolver una diferencia de opinión ante un juez razonable adelantando una constelación de razones que el argumentador puede tener para explicar y justificar el o los puntos de vista en cuestión”.

puede ofrecernos una idea contemporánea del término, que bien puede ser punto de referencia para su abordaje en los subcapítulos siguientes. A su modo de ver, la argumentación jurídica —el discurso jurídico— sería un caso especial del discurso práctico general: en tanto que se ocupa de cuestiones prácticas, es guiado por una pretensión de corrección, y se lleva a cabo bajo las delimitaciones propias del derecho vigente⁷²⁴. Para el profesor de la Universidad de Kiel, el discurso jurídico consistiría en la justificación de las decisiones jurídicas, tanto en su aspecto interno —que la decisión se siga lógicamente de las premisas—, como en el externo —que las premisas sean correctas⁷²⁵—.

Si de lo que se trata ahora es de ofrecer un concepto “fuerte y específico” de “Teoría de la argumentación”, podemos acudir al que ensaya Vega Reñón, para quien sería “[...] un cuerpo de conocimiento relativamente sistemático que trata de modo coherente y comprensivo las cuestiones relacionadas con [las] tareas de identificación, análisis y evaluación de argumentos, y resuelve de modo satisfactorio las más importantes al menos [...]”⁷²⁶. Aunque también —desde un punto de vista que destaca la orientación normativa de la teoría y su especificidad jurídica— podemos recurrir al de Feteris, para quien se trataría de una investigación que se ocupa “[...] de los métodos para la justificación racional de las decisiones jurídicas, de los métodos que se deben emplear en la reconstrucción y evaluación racionales de las decisiones jurídicas y de las normas de racionalidad que se deben aplicar [...]”⁷²⁷. En definitiva, para Alexy, la Teoría

(F. H. VAN EEMEREN, *Maniobras estratégicas en el discurso argumentativo*, Trad. C. Santibáñez y M. E. Molina, Madrid, CSIC, 2012, p. 65).

⁷²⁴ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 295. En concreto, plantea una teoría “procesal” de la argumentación jurídica. (Cfr., por ejemplo: R. ALEXY, “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, Trad. E. Garzón Valdés, en *Derecho y razón práctica*, cit., pp. 72 ss.)

⁷²⁵ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 306. En un sentido muy semejante: N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. vii-viii. Sobre estas ideas volveremos en los siguientes subcapítulos.

⁷²⁶ L. VEGA REÑÓN, voz “Argumentación, teoría de la”, cit., p. 56. Para Vega, dicho sea de paso: “[...] la *Teoría de la argumentación* no ha pasado de ser en nuestros días la expresión de un deseo o la divisa de una ambición, un saber que se busca. Hoy, en realidad, esta denominación no designa una teoría establecida, sino un vasto campo de exploración y estudio [...]”. (L. VEGA REÑÓN, *Introducción a la Teoría de la argumentación. Problemas y perspectivas*, Lima, Palestra, 2015, p. 15. Cursivas en el texto). Una tesis que Atienza problematiza, por lo menos respecto de la argumentación específicamente jurídica. (Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 134-136).

⁷²⁷ E. FETERIS, *Fundamentos de la argumentación...*, cit., pp. 35-36. Complementariamente, para García Figueroa, por ejemplo, la Teoría de la argumentación jurídica sería, muy sintéticamente: “[...] un análisis de los procesos argumentativos en el Derecho acompañado en su caso de la propuesta de guías para

de la argumentación jurídica tendría por objeto la “[...] elaboración de un procedimiento que asegure la racionalidad de la aplicación del derecho [...]”⁷²⁸.

Sea como fuere, parece quedar claro que las teorías de la argumentación jurídica como son concebidas hoy, se beneficiarían de distintas perspectivas que no deben considerarse excluyentes⁷²⁹. Para Atienza, por ejemplo, valdría la pena distinguir tres concepciones o dimensiones de la argumentación, cada una vinculada a cierto contexto o situación: **a) la formal**, en tanto que se ocupa de problemas como los lógicos que hacen abstracción de los hechos, se centra en el argumentación como resultado inferido, y su valor dominante es la certeza; **b) la material**, que presupone la formal, se detiene en los problemas de corrección de los contenidos de los enunciados, y sus valores dominantes son la verdad y la justicia; y **c) la pragmática**, que supone las dos anteriores, que contempla la argumentación como actividad lingüística, se ocupa de los problemas de persuasión, y sus valores centrales son la aceptabilidad y el consenso⁷³⁰.

Es precisamente el profesor de la Universidad de Alicante quien parece haber acuñado el término “estándar”⁷³¹ para referirse a una Teoría de la argumentación jurídica “tipo”, es decir, con algunas señas de identidad, básicas o preponderantes, que refiere, en primer lugar, a los modelos de MacCormick y de Alexy, aunque no exclusivamente a ellos⁷³². Si bien Atienza no hace una revisión exhaustiva o canónica de

resolver las controversias jurídicas [...]”. (A. GARCÍA FIGUEROA, “La teoría de la argumentación. Funciones, fines y expectativas”, en M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.), *Argumentación jurídica*, cit., p. 80). Es decir, se trataría de una teoría o metadiscurso respecto de la actividad y el resultado de argumentar (discurso) sobre las decisiones cuyo sistema de justificación sea un ordenamiento jurídico. (Cfr. Ibídem, pp. 81-89).

⁷²⁸ R. ALEXY, “Sistema jurídico y razón práctica”, cit., p. 174.

⁷²⁹ Cfr., por ejemplo, A. GRAJALES y N. NEGRI, *Argumentación jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 2014, pp. 345-353.

⁷³⁰ Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 110-114. El planteamiento del profesor de Alicante es semejante al de la primera triada propuesta por Vega Reñón, para quien cabe distinguir hasta cuatro regiones o perspectivas sobre la argumentación: la analítica o lógica, la dialéctica, la retórica, y la socio-institucional. (Cfr. L. VEGA REÑÓN, *Introducción a la Teoría de la argumentación*, cit., pp. 27-32; y voz “Argumentación, teoría de la”, cit., pp. 59-64). No obstante, Atienza distingue los matices de su propuesta. (Cfr. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., pp. 76-94). Por otro lado, para Atienza: “La *Summa Theologica* de Tomás de Aquino es un buen ejemplo de cómo pueden presentarse, magistralmente combinadas, las tres concepciones o dimensiones [...].” (Ibídem, p. 78).

⁷³¹ Cfr. M. ATIENZA, “Para una Teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa*, 8, 1990, p. 39; y “Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes”, cit., p. 108.

⁷³² Cfr. M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., p. 169. El profesor de Alicante hace referencia además, a Aarnio, Peczenik y Wróblewski, y excluye explícitamente a Ferrajoli. (Cfr. M. ATIENZA, “Para una Teoría de la argumentación jurídica”, cit., p. 39; *El derecho como argumentación*, cit., p. 15; *Curso de argumentación*

los rasgos que identificarían a esta versión “estándar”⁷³³, nos parece que de lo que afirma en sus trabajos se puede reconstruir tanto una caracterización básica o mínima, como un conjunto ordenado de críticas a la misma. Daremos cuenta brevemente de ambos elencos de ideas.

Para Atienza, la teoría estándar tendría por lo menos dos rasgos claros. a) En primer lugar, partir de la nítida distinción entre: 1) la decisión judicial y, 2) su discurso justificatorio; ocupándose casi exclusivamente de éste último —contexto de justificación—, y no del proceso de toma de decisiones con sus componentes psicológicos o sociológicos —contexto de descubrimiento⁷³⁴—. b) En segundo lugar, el esfuerzo por distinguir e integrar, dos aspectos de la argumentación: 1) el lógico-formal o de justificación interna, que se ocupa ante todo del respeto de las reglas de la inferencia, y 2) el de racionalidad práctica o de justificación externa, que, sin excluir la lógica, se detiene sobre todo en el establecimiento de las premisas⁷³⁵.

Respecto de las críticas a la teoría estándar, Atienza fue más exhaustivo desde el principio⁷³⁶. Considera que una teoría de la argumentación jurídica debe evaluarse

jurídica, cit., pp. 31 y 703; y “Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes”, cit., p. 108). Por otro lado, se refiere al trabajo: A. AARNIO, R. ALEXY Y A. PECZENIK, “The Foundation of Legal Reasoning”, *Rechtstheorie*, 12, 1981, pp. 133-158, 257-279 y 423-448, como el de referencia para esta teoría. (Cfr. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., p. 381, nota 33). Sobre los detalles de la gestación conjunta de este trabajo, Cfr. R. ALEXY, “Aleksander Peczenik (1937-2005)”, *Doxa*, 29, 2006, pp. 391 ss.

⁷³³ Existe un debate sobre el asunto, pero parece que Atienza lleva la razón en esto. (Cfr., por un lado: E. HABA, “Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación”, (pp. 47-48); “Callar o no callar... That is the Question!”, (pp. 142-148); “Avatares de lo “racional” y lo “razonable”, cuando son eximidos de tener carné de identidad”, (pp. 220-222); u O. SARLO, “Algunas observaciones críticas al trabajo de Enrique P. Haba”, (p. 331); y, por otro lado: M. ATIENZA, “Entre callar y no callar: decir lo justo”, (pp. 182-183); todos ellos en E. HABA (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, cit.) Los famosos catorce rasgos ofrecidos por Atienza (Cfr. *El derecho como argumentación*, cit., pp. 52-56) y destacados por Haba en el debate referido, al parecer darían cuenta de un fenómeno más amplio que el de la Teoría estándar de la argumentación jurídica —aunque estrechamente vinculado al enfoque argumentativo—. El lugar correlativo que ocupa la caracterización del constitucionalismo (neoconstitucionalismo) o post-positivismo en una obra posterior suya (*Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 28-30), nos haría pensar que los catorce rasgos se refieren a este último fenómeno, sin embargo, al cotejarlos, parece no haber una coincidencia suficiente, por lo que debemos dejar el asunto abierto. (Cfr. también: M. ATIENZA, “Argumentación y Constitución”, en J. AGUILÓ REGLA, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid, 2007, pp. 130-132).

⁷³⁴ Cfr. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., p. 13.

⁷³⁵ Cfr. Ibídem, pp. 67-68; y M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 31.

⁷³⁶ Cfr. M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 304-325. Cfr., complementariamente: *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 31; “Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes”, cit., pp. 108-109; y M. ATIENZA, “Argumentación jurídica”, en E. GARZÓN VALDÉS y F. LAPORTA (Eds.), *El derecho y la*

respecto de su objeto, su método y su función, encontrando deficiencias de la versión “estándar” en cada uno de esos aspectos. Respecto de su objeto: a) se ocuparía casi exclusivamente de cuestiones normativas, descuidando la argumentación sobre hechos —aunque reconoce que algo se ha avanzado en el último tiempo—; b) se detendría sólo en la interpretación y la aplicación jurídicas —preferentemente en la de los tribunales superiores—, relegando el ámbito de la producción y de la dogmática jurídicas; c) se concentraría en el proceso de adjudicación, olvidando los de mediación o negociación; y d) por un lado, se haría cargo sólo del contexto de justificación, abandonando el de descubrimiento —sin que resulte claro que pueda o deba distinguirse siempre entre ambos nítidamente— y por otro lado, se centraría en el aspecto prescriptivo, prescindiendo del descriptivo: el de los argumentos que tienen lugar de hecho en la vida jurídica⁷³⁷. Respecto de su método: a) no habría elaborado un procedimiento que represente adecuadamente cómo los juristas justifican de hecho sus decisiones, y b) sólo habría construido criterios mínimos de racionalidad práctica para juzgar la corrección de las argumentaciones. Finalmente, respecto de sus funciones: a) en lo cognoscitivo, no permitiría una comprensión profunda del fenómeno jurídico y de la práctica de argumentar; b) en lo práctico o técnico, no ofrecería una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho; y c) en lo político o moral, no sería suficientemente crítica respecto de la práctica de la justificación jurídica al interior de los Estados constitucionales contemporáneos.

Tanto sobre esta caracterización, como sobre las importantes críticas de Atienza, tendremos oportunidad de volver a lo largo de este capítulo. Por lo pronto, vale la pena aclarar en qué sentido utilizamos en este estudio el término “teoría estándar”, o dicho

justicia, Madrid, Trotta, 2^a ed., 2000, p. 235. Recientemente ha perfilado dichas críticas, mientras ha sintetizado su postura en diez tesis básicas. (Cfr. M. ATIENZA, “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”, en J. AGUILÓ REGLA y P. GRÁNDEZ CASTRO (Eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 2017. (En trabajo de edición). El manuscrito fue cedido para nuestra consulta por gentileza del profesor Pedro Grández Castro).

⁷³⁷ Para el profesor de Alicante: “[...] tanto en el contexto de descubrimiento como en el contexto de justificación se puede llevar a cabo un tipo de discurso doble: descriptivo y prescriptivo”. (M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 308-309). Con más detalle: *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 115-116. De acuerdo con esta idea, por ejemplo, R. DE ASÍS ROIG, *El razonamiento judicial*, Lima, ARA Editores, 2007, p. 13.

de otro modo: cuál será el criterio que nos lleve a describir dicha teoría a través de determinados rasgos concretos en los subcapítulos siguientes.

Usaremos la expresión “Teoría estándar de la argumentación jurídica” o semejantes, para referirnos a una teoría “tipo” representada, principalmente, por el esquema básico del modelo desarrollado por Robert Alexy⁷³⁸, pero complementado con algunos de los aportes de autores como MacCormick, Wróblewski, Aarnio, Peczenik, Habermas, Dworkin, Nino, Atienza, Ruiz Manero, entre otros⁷³⁹. Por lo que, en ese sentido, podemos decir que haremos uso del término “estándar” con cierta libertad, y quizá con una mayor amplitud semántica que la aludida por Atienza⁷⁴⁰.

Pero parece importante hacer todavía un par de precisiones más. La primera, que pondremos la mirada, sobre todo, en aquellos rasgos que comienzan a ser parte más o menos común o preponderante de la teoría y de la práctica jurídicas en materia

⁷³⁸ Lo que no debería resultar extraño, puesto que Atienza se refiere a la centralidad de Alexy y de MacCormick para la identificación de la “teoría estándar”: a su juicio —no obstante provenir de distintas tradiciones de pensamiento— se trataría de teorías de la argumentación esencialmente semejantes. Por otro lado, los modelos de Aarnio y de Peczenik, serían desarrollos de la propuesta del profesor de Kiel. (Cfr. M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 169 y 303). Por su parte, García Amado se refiere al modelo de Alexy como “el núcleo de significado” de dicha teoría. (Cfr. J. A. GARCÍA AMADO, “¿Es realista la Teoría de la argumentación jurídica? Acotaciones breves a un debate intenso”, en E. HABA (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, cit., p. 379.) Carrión coincide con la tesis de García Amado. (Cfr. R. CARRIÓN, “Crítica de la Teoría (estándar) de la argumentación jurídica. Razones y pasiones de una controversia”, en E. HABA (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, cit., p. 441). Finalmente, Cabra Apalategui examina la obra de Recaséns para entender cómo surgieron las intuiciones de lo que se conoce ahora como “teoría estándar”, sin embargo, a la hora de comparar al profesor español con los autores que impulsan dicha teoría, lo hace sobre todo con Alexy. (J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., pp. 37-61).

⁷³⁹ Por supuesto, con ello no estamos afirmando que todos los autores mencionados hayan desarrollado ellos mismos una Teoría de la argumentación jurídica, en sentido estricto.

⁷⁴⁰ Al parecer, también existe un debate abierto —o, al menos, uno posible— sobre si Atienza —básicamente coincidente con las tesis centrales de Alexy y del último MacCormick, pero también crítico con otras de ellas— formaría parte de los cultores de la teoría “estándar” catalogada así por él mismo. (Cfr. M. ATIENZA, “Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes”, cit., p. 113; y E. HABA, “Callar o no callar... This is the Question!”, cit., pp. 148-152). Incluso parecería que Atienza lo que plantea con su reciente *Curso de argumentación jurídica*, no sólo es completar las teorías de Alexy y de MacCormick, sino dar un paso importante en la línea de corregirlas. (Cfr. M. ATIENZA, “Prólogo: Constitución y enseñanza de la argumentación jurídica”, en P. GRÁNDEZ Y F. MORALES (Eds.), *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra, 2013, pp. 15-18). Por su parte, Vigo considera a la de Atienza parte de las “teorías estándares de la interpretación jurídica”. (Cfr. R. L. VIGO, “El iusnaturalismo clásico frente a las teorías de la interpretación y de la argumentación jurídica”, en *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, EDUCA, 2015, p. 208). Para los efectos de este trabajo, los aportes de Atienza serán necesariamente considerados como configuradores de lo que entendemos por “teoría estándar” de la argumentación jurídica. Razones adicionales se esclarecerán una vez terminado el contraste entre ésta y el *logos* de lo razonable. (Cfr. Cap. VI.C.)

de argumentación y de interpretación en los Estados constitucionales de derecho, evitando más bien excesivas alusiones a las distinciones entre las propuestas de los autores, las que se dejarán, sobre todo, para referencias en notas a pie de página, cuando parezca pertinente⁷⁴¹. La segunda, que no pretendemos realizar aquí una síntesis acabada y neutral de los rasgos que constituyen el común denominador de los principales modelos teóricos de argumentación jurídica⁷⁴², sino algo mucho más modesto: una caracterización básica que nos permita llevar a cabo, ante todo, el mejor contraste con la teoría del *logos* de lo razonable de Recaséns, en orden a su revalorización.

Si bien la opción tomada trae el riesgo de cierta indeterminación del referente con el que se hará el contraste con el enfoque recaseniano⁷⁴³, por otro lado, tiene la enorme ventaja de no restringir dicho contraste al que permite uno solo de los modelos en particular⁷⁴⁴, o dicho de otra forma: permite justificar más cabalmente que el modelo de Recaséns no sólo fue precursor de las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica en general, sino también, en cierto sentido, resulta ser una propuesta que tiene

⁷⁴¹ Para Calvo García, con las teorías de la argumentación jurídica se trataría de “[...] un conjunto de teorías no del todo homogéneas que hacen descansar la objetividad hermenéutica en las virtualidades de la argumentación racional [...] opciones metodológicas con fundamentos epistemológicos e ideológicos distintos; aunque coincidentes en la defensa de una estrategia argumentativa basada en criterios de racionalidad. Por lo demás, van a coincidir también en los fines: rescatar o crear márgenes metodológicos que hagan posible la objetividad hermenéutica y que, en definitiva, promuevan la racionalización formal de los elementos materiales presentes de modo ineludible en la decisión jurídica”. (M. CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 217). Para un enfoque que insiste más bien en las diferencias de dos autores con modelos bastante próximos, como Aarnio y Alexy: Cfr. J. M. CABRA APALATEGUI, “Racionalidad y argumentación jurídica”, *Derechos y libertades*, 9, 2000, pp. 158 ss.

⁷⁴² Con cierta ironía, García Amado afirma sobre la “teoría estándar” que “[...] al parecer, casi nadie sabe exactamente qué es ni quién la hizo [...]”. (J. A. GARCÍA AMADO, “¿Es realista la Teoría de la argumentación jurídica?”, cit., pp. 386). Recordemos que para Vega Reñón, una teoría de la argumentación —así entendida en términos generales— es por ahora sólo un deseo, algo todavía por realizarse. (Cfr. L. VEGA REÑÓN, *Introducción a la teoría de la argumentación*, cit., p. 15).

⁷⁴³ La indeterminación es, precisamente, una de las críticas que Atienza le hace a Haba sobre su uso del término “teoría estándar”. (Cfr. M. ATIENZA, “Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes”, cit., pp. 112-113).

⁷⁴⁴ Nos parece que García Amado percibe una ventaja semejante al usar la expresión “teoría estándar” con cierta generalidad y sin excesivas precisiones. (Cfr. J. A. GARCÍA AMADO, “¿Es realista la Teoría de la argumentación jurídica?”, cit., pp. 378-379). También García Figueroa opta por hablar de una genérica “Teoría de la argumentación jurídica”, destacando, sobre todo, a Alexy y a MacCormick como representantes de ella. (Cfr. A. GARCÍA FIGUEROA, “La teoría de la argumentación...”, cit., pp. 78 ss.)

todavía muchos elementos “externos” que aportarles a planteamientos que, no obstante sus indudables diferencias internas, comparten un claro parecido de familia.

Pero para que ello quede patente a través del contraste correspondiente, primero debemos dar noticia, desde una perspectiva con pretensión de sistematicidad, de los rasgos principales que presenta hoy una teoría “estándar” o “tipo” de la argumentación jurídica como la que hemos descrito. Los sintetizaremos en cuatro, destinando un subcapítulo para abordar cada uno de ellos.

B. La unidad del razonamiento práctico

La idea de la unidad del razonamiento práctico, entendido como el ejercicio de la razón cuya finalidad es dirigir —obligar, prohibir o permitir— objetivamente la acción, está conectada con la tesis de que el derecho de alguna u otra forma es un caso especial del discurso práctico general⁷⁴⁵, aun cuando deba admitirse que ni existe total claridad en cuanto a su contenido⁷⁴⁶, ni hay uniformidad en la manera de concebirla⁷⁴⁷ — pensemos, por ejemplo, en los planteamientos de MacCormick⁷⁴⁸ o de Nino⁷⁴⁹—. Pero para ocuparnos de esta tesis central, resulta imprescindible abordar primero lo que en el modelo de Alexy se entiende por discurso práctico general, y detenernos sobre todo en su fundamentación o justificación.

1. La fundamentación del discurso práctico general

Para el profesor de Kiel —como en su momento, para Recaséns⁷⁵⁰— la existencia de valoraciones con relevancia moral en el derecho le plantea la necesidad de elaborar

⁷⁴⁵ Cfr. R. ALEXY, “La tesis del caso especial”, *Isegoría*, 21, 1999, pp. 24 ss.; o *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 295 ss.

⁷⁴⁶ Cfr. J. M. CABRA APALATEGUI, “La unidad de razonamiento práctico en la teoría del discurso jurídico”, *Doxa*, 2010, pp. 110-111.

⁷⁴⁷ Cfr. V. ITURRALDE SESMA, “Acotaciones sobre el principio de unidad del razonamiento práctico”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 28, 2012, pp. 90 ss.

⁷⁴⁸ Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 265-274.

⁷⁴⁹ Cfr. C. S. NINO, *Derecho, moral y política. Una revisión de la Teoría general del derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, pp. 82-86.

⁷⁵⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 534; *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 254; y *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 282. Cfr. también: Cap. II.A.1.

una teoría que supere las limitaciones de los enfoques precedentes, que sea capaz de fundamentar convenientemente los valores, y de ofrecer un procedimiento para su precisión. Su idea es elaborar una teoría que sea capaz de la justificación racional de las decisiones jurídicas en ese contexto eminentemente axiológico⁷⁵¹, a través de la exploración de las discusiones éticas de la filosofía del lenguaje, así como de los aportes de las teorías de la argumentación existentes⁷⁵².

La impronta de la teoría consensual de la verdad de Habermas⁷⁵³ será la predominante en el modelo analítico-normativo de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy⁷⁵⁴; una argumentación entendida como actividad lingüística —o discurso— procedural que versa sobre la corrección de los enunciados prácticos⁷⁵⁵,

⁷⁵¹ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 33-43. En un sentido semejante: N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 1-2.

⁷⁵² Alexy pasará revista críticamente e incorporará —para la elaboración de su propia teoría— los aportes de Stevenson, Hare, Toulmin, Baier, Lorenzen, Schewemmer, Perelman, pero sobre todo, de Habermas. (Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 44-250). Cfr., también: J. A. SEOANE, “Un código ideal y procedural de la razón práctica. La Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”, en P. SERNA BERMÚDEZ (Dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, cit., pp. 114 ss. Para Aarnio serán importantes también Perelman y Habermas, pero sobre todo el último Wittgenstein. (Cfr. A. AARNIO, “Prólogo a la edición inglesa”, en *Lo racional como razonable*, cit., pp. 17-18). Cfr. también: J. M. CABRA APALATEGUI, *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*, cit., p. 3.

⁷⁵³ A Habermas le interesa sobre todo la dimensión pragmática o performativa-ilocucionaria del lenguaje, es decir, aquella en que el hablante al decir algo, realiza algo. Para él serían acciones comunicativas [...] aquellas interacciones mediadas lingüísticamente en que todos los participantes persiguen con sus actos de habla fines ilocucionarios y sólo *fines ilocucionarios* [...] con el propósito de llegar a un acuerdo que sirva de base a una coordinación concertada de los planes de acción individuales [...]. (J. HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa. I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Trad. M. Jiménez, Madrid, Taurus, 4^a ed., 1999, pp. 378-379. Cursivas en el texto). Para Habermas, mientras que en la “acción” se está en el ámbito de la comunicación en el que se asume tácitamente la pretensión de validez implicada en la emisión, en el “discurso” se está en una forma de comunicación distinta, puesto que se caracteriza por la argumentación en la que la pretensión de validez se ha vuelto problemática y debe ser examinada en su legitimidad. (Cfr. E. M. QUINTANA, *Filosofía jurídica, política y moral en Jürgen Habermas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 104).

⁷⁵⁴ Para Alexy: “La perspectiva es *analítica* si en ella se trata de la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles. Es [...] *normativa* si se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso jurídico”. (R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 45. Cursivas en el texto). Atienza sugiere cierta ambigüedad en la postura de Alexy, sobre si éste incorpora también el aspecto empírico. (Cfr. M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., p. 228, nota 3).

⁷⁵⁵ La tesis del caso especial, el carácter analítico-normativo y la naturaleza procedural, son características comunes de la versión “estándar” de la Teoría de la argumentación jurídica. (Cfr. A. AARNIO, R. ALEXY y A. PECZENIK, “The Foundation of Legal Reasoning”, cit., p. 260).

los que serían correctos, sólo si pueden ser el resultado de un determinado procedimiento o discurso racional⁷⁵⁶.

Para Alexy, el discurso práctico general resolvería los problemas prácticos a través de razones no autoritativas de tipo moral, ético y pragmático; combinación permeable que formaría un vínculo sistemático y necesario, en el que se manifestaría la unidad substancial de la razón práctica, y en el que pretensión de corrección se referiría a las tres dimensiones, aunque con prioridad a las razones morales⁷⁵⁷.

Pero ¿cómo se fundamenta tal procedimiento? Para el profesor de Kiel es posible superar el conocido “trilema de Münchhausen” si la exigencia de una fundamentación sucesiva e ininterrumpida de proposiciones se reemplaza por una serie de exigencias en la actividad misma de fundamentar⁷⁵⁸. A su juicio, habría por lo menos cuatro formas complementarias de justificar las reglas del discurso: a) la técnica, b) la empírica, c) la definitoria, y d) la pragmático-universal (Habermas) o trascendental (Apel). Esta última podría fundamentar algunas pocas reglas, pero las de base, y consistiría en evidenciar, que siendo las aserciones actos de habla: a) la validez de determinadas reglas es constitutiva de la posibilidad de formular dichas aserciones, y b) la renuncia a ellas implicaría abandonar formas del comportamiento específicamente humano⁷⁵⁹. En ese orden de ideas, Alexy concluirá, en su momento, que emitir una aseveración en sentido

⁷⁵⁶ Cfr. R. ALEXY, “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, cit., p. 73. Para Alexy: “El procedimiento del discurso es un procedimiento argumentativo. Esto establece una diferencia fundamental entre la teoría del discurso y las teorías procedimentales de la tradición hobbesiana, que operan con procedimientos de negociación y de toma de decisiones”. (R. ALEXY, “La institucionalización de la razón”, *Persona y derecho*, 43, 2000, p. 226).

⁷⁵⁷ Cfr. R. ALEXY, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Doxa*, 32, 2009, p. 82. Para Alexy, polemizando con Habermas: “El discurso práctico general sería [...] un discurso que combinaría los puntos de partida de la adecuación o utilidad, del valor o identidad y de la moralidad o justicia. Existiría tanto un orden prioritario como una relación de permeabilidad sobre lo adecuado, lo bueno y lo justo”. (R. ALEXY, “La tesis del caso especial”, cit., p. 28). Sobre la importancia de esta tesis para comprender la conexión necesaria entre derecho y moral regresaremos más adelante. (Cfr. Cap. VI.B.2 y C). Sin suscribir la tesis de un “discurso práctico general”, Nino hace un planteamiento semejante. (Cfr. C. S. NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 2^a ed., 2^a reimp., 2007, pp. 111-112; y C. S. NINO, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 3^a reimp., 2006, pp. 125-133).

⁷⁵⁸ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 254.

⁷⁵⁹ Cfr. Ibídem, pp. 256-265. Cfr. también: A. AARNIO, R. ALEXY y A. PECZENIK, “The Foundation of Legal Reasoning”, cit., pp. 257-259. Por otro lado, Cfr. D. SOBREVILLA, *La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista. Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe*, México, Fontamara, 2008, pp. 28-30.

estricto, implicaría una pretensión de verdad o corrección; lo que a su vez implicaría una pretensión de fundamentabilidad; a la que, finalmente, correspondería un deber *prima facie* de fundamentar lo aseverado⁷⁶⁰. Por lo que asume que aseverar algo, implicaría haber ingresado ya en el ámbito de la argumentación⁷⁶¹.

Ante las objeciones recibidas a su planteamiento original, el profesor de Kiel ajustó su modelo de fundamentación de la universalidad de las reglas del discurso⁷⁶². La formulación más acabada del mismo presenta tres partes⁷⁶³. La primera —como núcleo de la universalidad del argumento entero—: el argumento “pragmático trascendental” en una versión doblemente débil⁷⁶⁴, pero ahora complementado con dos partes adicionales⁷⁶⁵. La segunda: un argumento “utilitario”, centrado en la maximización de la

⁷⁶⁰ Para Alexy, el “[...] planteamiento de una pretensión de corrección [...] se compone de la tríada de: 1) afirmación de la corrección, 2) aseveración de la justificabilidad, y 3) expectativa de aceptación. Esta tríada no se halla unida solamente a actos institucionales como las decisiones legislativas y las sentencias judiciales. Cualquiera que, en cuanto participante en un sistema jurídico [...], aduzca argumentos a favor o en contra de determinados contenidos de dicho sistema estará planteando la pretensión [...]”. (R. ALEXY, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, cit., p. 69). Atienza problematizará esta pretensión de corrección respecto, por ejemplo, del discurso de las partes de un proceso. (Cfr. M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 287 ss.; o *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 704-706). Sobre la pretensión de corrección volveremos luego. (Cfr. Cap. V.E.1; y Cap. VI.C.2).

⁷⁶¹ Cfr. R. ALEXY, “Una concepción teórico discursiva de la razón práctica”, en *El concepto y la validez del derecho*, cit., pp. 144-146.

⁷⁶² Cfr. R. ALEXY, “Respuesta a algunos críticos”, en *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 436-445; y “Una concepción teórico discursiva de la razón práctica”, cit., pp. 139 ss. Frente a un planteamiento de tipo universalista como éste, Aarnio planteará más bien una fundamentación moderadamente relativista, haciendo uso del modelo wittgensteiniano de las “formas de vida”. (Cfr. J. M. CABRA APALATEGUI, *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*, cit., pp. 99 ss.) Así el punto de cierre de la justificación se daría en la aceptabilidad racional del auditorio: “[...] ni siquiera en principio es posible señalar en términos generales un límite exacto en el cual la justificación puede siempre interrumpirse [...] la interpretación está dirigida a una cierta comunidad de interpretación o, con otras palabras, a una audiencia. Por lo tanto, el “punto final” de justificación está fijado en la audiencia, es decir, de acuerdo con la terminología de Peczenik, está contextualmente ligado”. (A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, cit., p. 166). Sobre si planteamientos de este tipo tienen cabida en el modelo recaseniano, volveremos en la Tercera Parte. (Cfr. Cap. VI.B.1).

⁷⁶³ Cfr. R. ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Trad. L. Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1^a reimp., 2009, pp. 72-73; o “Una concepción teórico discursiva de la razón práctica”, cit., pp. 143-150.

⁷⁶⁴ A su juicio: “[...] Este argumento trascendental no es sólo, como en Habermas, débil a causa de su carácter [...] falible, sino además también en virtud de su validez limitada [...]”. (R. ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., p. 72).

⁷⁶⁵ Para Seoane, esta alternativa de base marca una opción de fundamentación con una impronta mayor de Apel —el carácter pragmático-trascendental— en desmedro de la huella habermasiana original predominante —el carácter pragmático-universal— propia de la *Teoría de la argumentación jurídica*. (Cfr. J. A. SEOANE, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica”, cit., p. 127).

utilidad individual⁷⁶⁶. La tercera: una premisa “empírica” o “sociológica”, respecto del equipamiento de hombres con un interés en la corrección⁷⁶⁷.

Ante la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos, Alexy intenta situarse entre dos posiciones que reputa extremas: a) las “[...] subjetivistas, relativistas, decisionistas y/o irracionalistas [...]”, y b) las “[...] objetivistas, absolutistas, cognoscitivistas y/o racionalistas [...]”, frente a las cuales postularía su teoría como camino intermedio⁷⁶⁸. Pues bien, la pieza nuclear de dicha teoría estaría “[...] formada por un sistema de reglas del discurso y de principios del discurso, cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y de sus resultados [...]”, una especie de “código de la razón práctica”⁷⁶⁹. Por lo que llega a establecer que la “[...] razón práctica puede ser definida como la facultad que permite llegar a juicios prácticos de acuerdo con este sistema de reglas”⁷⁷⁰.

Sin poder detenernos demasiado en ello aquí, cabe señalar que Alexy ofrece, para concretar este primer nivel de ideas sobre la racionalidad procedural práctica, por un lado, un segundo nivel conformado por seis principios, y por otro lado, un tercer nivel constituido por un sistema de veintidós reglas y seis formas de argumento que, a su vez, concretaría y coordinaría los elementos del nivel anterior⁷⁷¹. Los principios del

⁷⁶⁶ A su modo de ver: “Las líneas kantiana y hobbesiana de esta manera se relacionan en la fundamentación de las reglas del discurso. En ella se mantiene, por cierto, dominante la línea kantiana”. (R. ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., p. 72).

⁷⁶⁷ Para Alexy: “[...] a través de una premisa semejante puede vincularse pura maximización de utilidad, en forma suficientemente fuerte, al resultado del argumento trascendental [...]”. (Ibíd, p. 73).

⁷⁶⁸ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 487. La ventaja de una teoría del discurso consistiría: “[...] en que es mucho más fácil fundamentar las reglas, como reglas de la argumentación práctica racional, que las reglas morales materiales [...]”. (ídem). También MacCormick intentó, desde el principio de la formulación de su teoría, una equidistancia frente a dos posiciones extremas, por un lado, lo que sería el “ultra racionalismo” de Dworkin y, por otro, el “irracionalismo total” de Ross. (Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 265). Esa suerte de “equidistancia” fue acercándose con los años, cada vez más, a la propuesta por Alexy. (Cfr. Ibíd, pp. xii-xvi).

⁷⁶⁹ Cfr. R. ALEXY, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, cit., pp. 22-23. En ese mismo sentido, Cfr. A. AARNIO, R. ALEXY y A. PECZENIK, “The Foundation of Legal Reasoning”, cit., p. 261.

⁷⁷⁰ R. ALEXY, “Una concepción teórico discursiva de la razón práctica”, cit., p. 137. Cfr. también: R. L. VIGO, “La teoría jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy”, en *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas. Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey-Alexy-Finnis*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2^a ed., 2006, pp. 297-298. Sobre el concepto de razón práctica regresaremos en el momento oportuno. (Cfr. Cap. VI.C.2).

⁷⁷¹ Cfr. A. AARNIO, R. ALEXY y A. PECZENIK, “The Foundation of Legal Reasoning”, cit., p. 266. Atienza problematiza la relación entre dichos principios, y las reglas y formas de argumento. (Cfr. M. ATIENZA, *Las*

segundo nivel serían los de **a) consistencia**, cuya finalidad es evitar la contradicción; **b) eficiencia**, tanto respecto de la comunicación discursiva, como de las propuestas normativas hechas durante el discurso; **c) comprobabilidad** (*testability*), que guarda relación, en realidad, con diversos grupos de reglas; **d) coherencia**, que busca que se dé la más completa y coherente conexión posible entre los enunciados y las teorías; **e) generalización** (*generalizability*), que se relaciona tanto con el principio de justicia formal, como con el de igualdad; y **f) sinceridad**, que persigue que se dé una base de reconciliación de intereses que corresponda lo más posible con una correcta interpretación de los intereses de los sujetos⁷⁷².

Los grupos de reglas y formas de argumento del tercer nivel serían⁷⁷³: **a) las reglas fundamentales**, en tanto que resultan ser condición de posibilidad de cualquier comunicación lingüística que verse sobre verdad o corrección⁷⁷⁴; **b) las reglas de razón**, que se refieren a las condiciones máximas o ideales para la racionalidad del discurso: la igualdad de derechos, la universalidad y la no coerción⁷⁷⁵; **c) las reglas de carga de la argumentación**, que tienen un carácter más técnico, y que persiguen limitar, precisamente, las posibilidades que se abren con las reglas anteriores⁷⁷⁶; **d) las formas de argumento**, que resultan características del discurso práctico, y cuyo objeto son las proposiciones normativas singulares⁷⁷⁷; **e) las reglas de fundamentación**, que se ocupan

razones del derecho, cit., pp. 280 ss.) Feteris, por su parte, ve claro que los principios fundamentan las reglas. (Cfr. E. FETERIS, *Fundamentos de la argumentación jurídica*, cit., pp. 160 ss.)

⁷⁷² Cfr. A. AARNIO, R. ALEXY y A. PECZENIK, “The Foundation of Legal Reasoning”, cit., p. 267. Alexy habría tomado la idea del “modelo de principios” de Peczenik. (Cfr. Ibídem, p. 266, nota 95). Cfr. también, A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 194 ss.

⁷⁷³ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 265-290. Cfr. también, para versiones más sintéticas: “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, cit., pp. 72-73; o “Una concepción teórica discursiva de la razón práctica”, cit., pp. 137-138. Aarnio ofrece su propia versión de la relación entre principios y reglas, aunque bastante coincidente con la de Alexy. (Cfr. A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, cit., pp. 253 ss.)

⁷⁷⁴ Como la regla: (1.1) Ningún hablante puede contradecirse; o la regla (1.2.) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.

⁷⁷⁵ La regla “general de fundamentación” —de la que se desprenden otras tres correspondientes a cada condición— reza: (2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

⁷⁷⁶ Como la regla: (3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo; o la regla: (3.2.) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello.

⁷⁷⁷ Para Alexy, hay dos maneras de fundamentarlas: a través de una regla presupuesta como válida o a través de la referencia a sus consecuencias.

de la manera de hacer uso de las formas anteriores⁷⁷⁸; y f) las reglas de transición, cuyo objeto es resolver las cuestiones de hecho, lingüísticas o que se refieren a la discusión práctica misma⁷⁷⁹.

El profesor alemán es consciente de las limitaciones que tiene el discurso práctico general, así planteado, para lograr un acuerdo real de carácter irrevocable; básicamente porque, por un lado, ni los puntos de partida de los participantes ni todos los pasos de la argumentación están regulados, y, por otro lado, al ser ideales algunas reglas del procedimiento, su cumpliendo resulta ser sólo aproximado⁷⁸⁰. Existe, pues, una enorme distancia entre el discurso procedimental ideal, y los discursos reales en los que se busca la respuesta en condiciones de tiempo, participación, claridad lingüístico-conceptual o información empírica, limitadas. No obstante ello, Alexy piensa que el discurso ideal tendría un valor aplicativo en cuanto “idea regulativa”⁷⁸¹ siempre presente en los discursos reales⁷⁸². Ambos discursos estarían relacionados conceptualmente: el discurso ideal como idea regulativa y la pretensión de corrección serían dos caras de una misma moneda. Como consecuencia de ello, luego del ejercicio del discurso práctico general, obtendríamos lo “discursivamente imposible” —como la esclavitud—; y lo “discursivamente necesario” —como los derechos humanos y la democracia—; pero también serían “discursivamente posibles” —admite Alexy— dar con dos proposiciones normativas incompatibles entre sí. Para resolver dichas situaciones sería necesario elaborar un discurso práctico más específico: el discurso jurídico⁷⁸³.

⁷⁷⁸ Como la regla (5.1.1), en su versión breve: cualquiera debe poder estar de acuerdo con las consecuencias de las reglas afirmadas o presupuestadas por él para cualquier otro; o la regla: (5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una regla moral no pasa tal prueba: a) si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o b) si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se puede aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

⁷⁷⁹ Como la regla: (6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico); o la regla: (6.2) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.

⁷⁸⁰ Cfr. R. ALEXY, “La institucionalización de la razón”, cit., p. 229; y *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 290.

⁷⁸¹ Cfr. I. KANT, *Crítica de la razón pura*, <A644>.

⁷⁸² Cfr. R. ALEXY, “Respuesta a algunos críticos”, cit., pp. 430-436.

⁷⁸³ Cfr. R. ALEXY, “La institucionalización de la razón”, cit., pp. 230-232; “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, pp. 74-75; o *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 290-292.

2. La tesis del caso especial

Para el profesor alemán, con el discurso práctico general habríamos recorrido sólo el primero de los cuatro niveles necesarios para alcanzar en cada caso concreto un único resultado. El segundo nivel, a diferencia del primero, sería un procedimiento institucionalizado —pues se argumenta y se decide—: el del **procedimiento legislativo**, cuyo ejemplo modélico sería el Estado constitucional democrático⁷⁸⁴. Sin embargo, tampoco éste aseguraría una sola respuesta, por lo que se necesitaría un tercer nivel: el del **discurso jurídico**, procedimiento no institucionalizado en sentido estricto, aunque vinculado a la ley, a los precedentes y a la dogmática. Pero como tampoco éste eliminaría totalmente la inseguridad de los resultados, haría falta un cuarto y último discurso: el **procedimiento judicial**, también institucionalizado⁷⁸⁵. Al respecto, resulta curioso que el profesor alemán llame “argumentación jurídica en cuanto tal” al tercer nivel del discurso —precisamente: a uno no institucionalizado—; en todo caso, queda claro que, en sentido amplio, la argumentación jurídica abarcaría necesariamente los tres niveles jurídicos que determinan legalmente el discurso práctico general⁷⁸⁶.

Para Alexy, no obstante que existen muchos tipos de discusión jurídica⁷⁸⁷, lo común a todas es precisamente su juridicidad, y lo que distinguiría a dicha argumentación del discurso práctico general, sería la vinculatoriedad al derecho

⁷⁸⁴ Para Nino, la democracia sería un sucedáneo “regimentado” del discurso moral originario. (Cfr. C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, cit., p. 388).

⁷⁸⁵ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 487-489; o “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, cit., pp. 83-88. Cfr. también: A. AARNIO, R. ALEXY y A. PECZENIK, “The Foundation of Legal Reasoning”, cit., pp. 274 ss. A juicio de Alexy: “Para comprender la argumentación de derecho fundamental, hay que completar este modelo. El discurso iusfundamental no está sujeto a las decisiones tomadas en el procedimiento legislativo, sino que tiene un rango superior a éste. Esto significa que, en relación con este discurso, desaparece el factor de vinculación más importante para la argumentación jurídica general, es decir, la ley ordinaria que, la mayoría de las veces, es relativamente concreta. En su lugar, aparecen las disposiciones de derecho fundamental, que son muy abstractas, abiertas y cargadas ideológicamente [...].” (R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 489). Sobre el problema de los derechos, volveremos más adelante. (Cfr. Cap. V.D y E.2).

⁷⁸⁶ Cfr. R. ALEXY, “La tesis del caso especial”, cit., p. 25. Sobre la poca claridad acerca de este asunto, Cfr. M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 285-286.

⁷⁸⁷ Por ejemplo, Aarnio ensaya un abordaje de la interpretación jurídica desde el punto de vista científico o de la dogmática jurídica (Cfr. A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, cit., p. 55), aunque le parece básicamente coincidente con el de la decisión judicial. (Cfr. Ibídem, pp. 43 ss.)

vigente⁷⁸⁸. En ese orden de ideas, señala que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, básicamente por tres razones: a) también la discusión jurídica versaría sobre cuestiones prácticas; b) también en el discurso jurídico surgiría una pretensión de corrección; y c) el discurso jurídico no se referiría a lo que es absolutamente correcto sin más, sino a lo que es racionalmente correcto según un orden jurídico válido e imperante⁷⁸⁹.

A juicio del profesor de Kiel, la tesis del caso especial debería entenderse, no desde la “secundariedad” —por la que la fundamentación jurídica secundaría el resultado obtenido por el discurso práctico general—; tampoco desde la “adición” —por la que, sólo una vez agotadas las posibilidades de la argumentación jurídica, se recurriría a la general—; sino desde “la tesis de la integración”, por la que al uso de los argumentos específicamente jurídicos debería unirse, en todos sus niveles, a los argumentos prácticos generales⁷⁹⁰.

El núcleo de la tesis del caso especial radica, pues, en que para lograr respuestas jurídicas discursivamente o proceduralmente correctas, se requeriría una fundamentación racional práctica, pero en el marco del ordenamiento jurídicamente

⁷⁸⁸ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 293-295. Recientemente el profesor alemán ha desarrollado una tesis por la que caracteriza al derecho como necesariamente compuesto por una doble dimensión: una positiva —real o fáctica— y otra ideal —crítica o de corrección material—. (Cfr. R. ALEXY, “La doble naturaleza del derecho”, Trad. Jorge Portocarrero, en C. BERNAL PULIDO (Ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima, Palestra, 2011, pp. 29-58). Sobre este importante paso, regresaremos en su debido momento. (Cfr. Cap. V.E.1).

⁷⁸⁹ Cfr. R. ALEXY, “La tesis del caso especial”, cit., pp. 24-25.

⁷⁹⁰ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 50-52. Para Nino: “[...] las normas jurídicas se identifican como tales por su derivación en el razonamiento práctico de juicios de índole moral. Si un juicio que deriva lógicamente de un juicio moral también lo es, de aquí se sigue que las normas jurídicas, entendidas como proposiciones justificatorias, son un caso especial de juicios morales [...].” (Cfr. C. S. NINO, “Sobre los derechos morales”, *Doxa*, 7, 1990, p. 320). Sobre la tesis del caso especial en Nino, Cfr. V. ROCA, *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, Madrid, CEPC, 2005, pp. 482-486. Para Atienza, por su parte: “[...] aunque el razonamiento jurídico está sometido a la moral, eso no quiere decir que sea [...] un caso *especial* del razonamiento moral; no lo es, porque las reglas de la argumentación moral (racional) no se aplican siempre (o no todas ellas) a la argumentación jurídica en sus diversos contextos [...].” (M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 286. Cursivas en el texto. Cfr. también: *El derecho como argumentación*, cit., pp. 242-246). Para el debate entre Habermas y Alexy respecto de la tesis en cuestión, Cfr. J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trad. M. Jiménez, Madrid, Trotta, 5^a ed., 2008, pp. 301-309; y R. ALEXY, “La tesis del caso especial”, cit., pp. 25 ss. Sobre la relación entre derecho y moral, volveremos más adelante. (Cfr. Cap. VI.B y C).

vigente⁷⁹¹. Por lo que se hace necesario profundizar en lo que Alexy ha llamado “rasgos fundamentales de la argumentación jurídica”, en concreto: la justificación interna y la justificación externa de las decisiones jurídicas⁷⁹².

C. La argumentación jurídica

Antes de concentrarnos propiamente en la justificación formal y en la material como dimensiones o aspectos de la argumentación jurídica, y en sus límites —acápitos 2, 3 y 4, respectivamente—, conviene recordar brevemente, como punto de partida de este subcapítulo, la distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación, y precisar algunos detalles al respecto.

1. El contexto de descubrimiento y el de justificación de las decisiones jurídicas

Como tuvimos oportunidad de ver cuando nos ocupamos de la caracterización básica de lo que Atienza entiende por teoría “estándar”, así como de su crítica⁷⁹³, uno de los rasgos que retrata a las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica es asumir una distinción clara —asimilada a partir de la filosofía neopositivista de la ciencia— entre dos tipos de contextos. El primero: el de descubrimiento, que es aquel propio del hallazgo de la respuesta o solución jurídica, donde aparecen las motivaciones o causas de orden psicológico o sociológico que la originaron. El segundo: el de justificación, donde se evidencian más bien las razones por las que la solución puede ser considerada jurídicamente racional, razonable o correcta⁷⁹⁴.

⁷⁹¹ Para Alexy: “[...] la argumentación jurídica está vinculada a la ley y al precedente, y ha de tomar en consideración el sistema de Derecho elaborado por la dogmática jurídica. Si la ley, el precedente o la dogmática han fijado con claridad la decisión y no existen serias dudas en el aspecto de la corrección material, el caso será resuelto únicamente mediante lo autoritativo e institucional. En cambio [...] si no fijan la respuesta de una cuestión jurídica, lo que de define como caso difícil, se precisan valoraciones adicionales que no puede[n] ser tomadas únicamente del material autoritativo dado. Si ha de satisfacerse la pretensión de corrección, tales premisas adicionales tienen que ser fundamentadas. Pero esto sólo es posible mediante la argumentación práctica general [...]”. (R. ALEXY, “La institucionalización de la razón”, cit., p. 248).

⁷⁹² Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 305-306.

⁷⁹³ Cfr. Cap. V.A.

⁷⁹⁴ Cfr. A. GARCÍA FIGUEROA, “Contexto de descubrimiento y contexto de justificación”, en M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.), *Argumentación jurídica*, cit., pp. 137-147.

Como sabemos, Atienza critica con razón, en primer lugar, que esta distinción se plantee tajantemente, lo que, a su juicio, no ocurría en los enfoques precursores de la teoría “estándar” —como en el de Recaséns, por ejemplo⁷⁹⁵—. En segundo lugar, tampoco sería aceptable, a su modo de ver, que la teoría prescinda del contexto de descubrimiento, dedicándose casi exclusivamente al de justificación⁷⁹⁶. En ese orden de ideas, se puede notar que tanto Alexy⁷⁹⁷, Aarnio⁷⁹⁸, MacCormick⁷⁹⁹, como Wróblewski⁸⁰⁰ —sólo por citar a algunos de los más representativos impulsores de la teoría “estándar” de la argumentación—, distinguen claramente entre los dos contextos, y optan por

⁷⁹⁵ Cfr. Cap. II.B, en particular: 1. Cfr. también, L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 178-187; o *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 195-205. Por otro lado, cabe señalar que el enfoque de Recaséns cae más bien —como veremos más adelante— en el problema contrario: la no distinción de los contextos. (Cfr. CABRA APALATEGUI, “Antiformalismo y argumentación jurídica”, cit., pp. 87 ss.) Para García Figueroa: “[...] el desplazamiento desde el contexto de descubrimiento hacia el contexto de justificación representa paralelamente la separación de la TAJ [teoría de la argumentación jurídica] no sólo del realismo sino también de las corrientes tópicas [...].” (A. GARCÍA FIGUEROA, “Contexto de descubrimiento y contexto de justificación”, cit., p. 146). Esto que es básicamente cierto, sin embargo, no debe entenderse —a nuestro juicio— en el sentido de que la importancia de la consideración o del contexto de descubrimiento esté solidariamente asociado a enfoques teórico-jurídicos no cognitivistas o irracionalistas. Sobre estos aspectos tendremos oportunidad de ocuparnos luego. (Cfr. Cap. VI.B.2).

⁷⁹⁶ En opinión de Atienza: “[...] el propósito de autores como MacCormick, Aarnio, Peczenik, Alexy, etc., no es el de estudiar cómo se toman o se deberían tomar las decisiones, sino cómo se justifican (y/o cómo deberían justificarse); más en concreto, esos autores suelen tener propósitos reconstructivos: ofrecen modelos de cómo deben fundamentarse las decisiones judiciales a partir de cómo de hecho se fundamentan”. (M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., p. 100). Quizá la formulación más clara de esto la expone Feteris, para quien el “[...] estudio de la argumentación jurídica se ocupa de las normas que los jueces respetan cuando justifican sus decisiones, sin importar cómo llegan a ellas”. (E. FETERIS, *Fundamentos de la argumentación jurídica*, cit., p. 33).

⁷⁹⁷ Cfr., por ejemplo: R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 317. En ese sentido, para el profesor de Kiel, la teoría de la argumentación jurídica trataría de formular los criterios para la racionalidad o corrección de la argumentación, es decir, de desarrollar una “[...] teoría analítica co-normativa del discurso jurídico”. (ibidem, p. 44). En un sentido semejante, cuando defiende la ponderación como un modelo de fundamentación y no de decisión. (Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 136).

⁷⁹⁸ Cfr., por ejemplo: A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, cit., p. 58.

⁷⁹⁹ Cfr., por ejemplo: N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 15 y 18. En todo caso el profesor escocés se destaca por elaborar su teoría a partir del cuidadoso examen de casos reales del *common law*, como pone de relieve Atienza en su debate con Haba matizando la acusación por parte de este último respecto de la falta de “realismo” de la teoría “estándar”. (Cfr. M. ATIENZA, “Entre callar y no callar: decir lo justo”, cit., p. 184). Bengoetxea, por su parte, señala el mayor interés que el contexto de descubrimiento va suscitando en MacCormick en sus obras posteriores. (Cfr. J. BENGOTXEA, “Razonamiento jurídico y post-positivismo: la contribución de Neil MacCormick”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 26, 2010, p. 274). En ese sentido su recurso al argumento smithiano-kantiano —sobre el que volveremos luego (Cap. V.C.3)—, sería un intento de síntesis de ambos contextos. (Cfr., N. MACCORMICK, *Practical Reason in Law and Morality*, New York, Oxford University Press, reimp., 2011, pp. 56-57). Este matiz se debe a una sugerencia del profesor Armando Romero Muñoz.

⁸⁰⁰ Cfr., por ejemplo: J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Trad. A. Azurza y Rev. J. Igartua Salaverría, Madrid, Civitas, reimp., 2001, pp. 37 y 59-61.

ocuparse casi sólo del de justificación, descuidando los aspectos psicológicos y sociológicos de la argumentación.

Para Atienza, esta distinción de contextos —sin dejar de ser importante, sobre todo para no caer en las confusiones propias del realismo de corte empirista y de la tópica— debe matizarse desde las diversas concepciones de la argumentación que él mismo propone: la formal, la material y la pragmática⁸⁰¹. Por un lado, la concepción formal permitiría una nítida distinción de los contextos, puesto que la reconstrucción del esquema lógico de la motivación de una sentencia, al centrarse en el resultado de la argumentación, se realizaría sólo en el contexto de justificación. Por otro lado, desde la concepción material, las razones justificativas se combinarían con las explicativas y, desde la concepción pragmática (retórico-dialéctica), la distinción de contextos desaparecería, puesto que lo que importaría aquí sería, sobre todo, el proceso mismo de la argumentación⁸⁰².

En ese sentido, la de la teoría “estándar”, resulta ser una argumentación entendida en términos de justificación, y que se le concibe en un sentido a veces tan amplio, que puede resultar casi indistinguible nominalmente del razonamiento

⁸⁰¹ Cfr. Cap. V.A.

⁸⁰² Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 115-116; y *El derecho como argumentación*, cit., pp. 103-105. A la sazón de su debate con Haba, y desmarcándose en cierto sentido de un enfoque exclusivamente justificatorio, Atienza afirmará de sí mismo: “[...] he efectuado muchísimo trabajo de “campo” dedicado al estudio de argumentaciones concretas (de las argumentaciones reales llevadas a cabo por los juristas) y me he interesado, de manera muy particular, por el estudio de las falacias [...].” (M. ATIENZA, “Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes”, cit., p. 113). Sobre la importancia de la distinción de contextos, pero sin descuidar la de su debida coordinación, nos ocuparemos más adelante. (Cfr. Cap. VI.C.2).

jurídico⁸⁰³. Como tuvimos oportunidad de ver⁸⁰⁴, la argumentación jurídica se presenta con Alexy como un discurso justificatorio de las decisiones jurídicas, es decir, como un procedimiento de razón práctica, regulado ideal e institucionalmente, que justifica y decide racionalmente, desde la corrección de la producción del derecho hasta la corrección de la solución para cada caso concreto⁸⁰⁵.

Recordemos que para Recaséns⁸⁰⁶, el término “interpretación jurídica”, en su sentido propio o restringido, se refiere a la individualización jurisdiccional del derecho⁸⁰⁷; en un sentido amplio, hace alusión a desentrañar o aclarar el sentido de una disposición normativa⁸⁰⁸; pero en un sentido que podríamos llamar “amplísimo”, llega a confundirse con el razonamiento jurídico práctico entendido como una totalidad, es decir, con los procesos de creación, interpretación y aplicación del derecho⁸⁰⁹. Pues

⁸⁰³ Cfr., por ejemplo: A. AARNIO, R. ALEXY y A. PECZENIK, “The Foundation of Legal Reasoning”, cit. Para Wróblewski, por su parte, el término “decisión jurídica”, indica la decisión del que hace el derecho, del que lo interpreta y del que lo aplica; efectuar decisiones justificadas sería una parte del “discurso jurídico”, mientras que éste se referiría a cualquier razonamiento verbalizado conectado con problemas jurídicos que se espera, en nuestra cultura, sean tratados racionalmente. (Cfr. J. WRÓBLEWSKI, “Justificación de las decisiones jurídicas”, en *Sentido y hecho en el derecho*, Trad. J. Igartua Salaverría y F. Ezquiaga Ganuzas, Lima, Grijley, 1^a ed. peruana, 2013, p. 154). Barberis critica particularmente el enfoque de Atienza; a su juicio, el profesor de Alicante —en su afán por reducir el razonamiento jurídico, y sobre todo la interpretación, a la argumentación— habría rebasado los límites trazados tanto por los precursores como por los partidarios de la teoría “estándar” de la argumentación jurídica, en una suerte de “imperialismo de la argumentación”. (Cfr. M. BARBERIS, “¿Imperialismo de la argumentación?, cit., pp. 327-328). Desde su propia perspectiva, Rodolfo Vigo defiende la tesis de que se haya pasado de la ley como materia interpretativa, que era propia del Estado de Derecho Legal, al derecho como materia argumentativa, propio del Estado de Derecho Constitucional. (Cfr. R. L. VIGO, “De la interpretación a la ley a la argumentación desde la Constitución”, en *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, Rubinzo-Culzoni, 2015, pp. 25-29). Sobre el trasfondo teórico de la crítica de Barberis, volveremos más adelante. (Cfr. Cap. VI.C.2).

⁸⁰⁴ Cfr. Cap. V.B.

⁸⁰⁵ Para MacCormick, por su parte, proponer el carácter institucional del derecho no riñe con la convicción de que tiene también un carácter argumentativo, que es una disciplina argumentativa. (Cfr. N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 14-16).

⁸⁰⁶ Cfr. Cap. I.C; Cap. II.A.2; y Balance de la Primera Parte.

⁸⁰⁷ Es decir, la conversión o el paso de una norma jurídica abstracta o general, a una individualizada o determinada en orden a su aplicación jurisdiccional. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 628; o también: voz “Interpretación del derecho”, cit., pp. 545-546.)

⁸⁰⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 3. Lo que —descartado, desde luego, el escepticismo matizado o “ecléctico” del profesor italiano, que no comparte Recaséns—, corresponde a lo que Comanducci llama interpretación “semántica”. (Cfr. P. COMANDUCCI, “Interpretación jurídica”, en J. FERRER BELTRÁN y G. B. RATTI (Eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 52 ss.)

⁸⁰⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 25 ss.; o *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 629 ss. Para Dworkin —también desde su particular cognitivismo o cognoscitivismo— el derecho mismo puede ser concebido como interpretación, como una práctica política y social interpretativa. (Cfr. R. DWORKIN, *El Imperio de la justicia*, cit., pp. 44 ss.; o *Una cuestión de*

bien, para las teorías de la argumentación jurídica contemporáneas, los problemas de interpretación —entendidos sobre todo en el sentido estricto, en la terminología de Wróblewski⁸¹⁰— serían más bien un subtipo de los problemas argumentativos o justificatorios⁸¹¹, aun cuando —como veremos en los acápiteis siguientes— suelan ser considerados como los más importantes.

Desde este sentido amplio —o más bien, “máximo”, siguiendo ahora la terminología crítica de Barberis⁸¹²—, la argumentación jurídica sería un discurso justificatorio, donde el término “justificar” significaría, básicamente, ofrecer según un procedimiento racional aceptado, razones suficientes, tanto formales como materiales, para sostener la corrección de cualquier decisión jurídica.

Alexy toma de Wróblewski⁸¹³ la distinción fundamental —y que se ha hecho común en la teoría “estándar”⁸¹⁴— entre la justificación interna y la externa. Mientras

principios, cit., pp. 191 ss.) Lifante lo llama “giro interpretativo”. (Cfr. I. LIFANTE VIDAL, “El derecho como práctica interpretativa”, en J. M. SAUCA (Ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, CEPC, 2015, pp. 170 ss.) Para Nino, por su parte, la interpretación jurídica abarcaría, desde “la asignación de sentido general a los materiales relevantes”, hasta “la subsunción del caso individual en la norma”. (Cfr. C. S. NINO, *Derecho, moral y política*, cit., pp. 90-102).

⁸¹⁰ Para Wróblewski, ““Interpretación”, en sentido amplio, es sinónimo de “comprensión” de una expresión cualquiera formulada en una lengua [...]. “Interpretación”, en sentido estricto, denota un campo más restringido. Si se plantean dudas acerca del sentido de una expresión en una situación concreta, la interpretación en sentido estricto se refiere a la determinación del sentido de esta expresión. Si no se plantean dudas, se comprende el sentido inmediatamente, sin reflexión [...]”. (J. WRÓBLEWSKI, “La interpretación en el derecho: teoría e ideología”, en *Sentido y hecho en el derecho*, cit., p. 154). Para una crítica respecto de la falta de exhaustividad de la distinción, Cfr. I. LIFANTE Vidal, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 28-30.

⁸¹¹ Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 514. Para Alexy, las reglas para la interpretación de las normas jurídicas forman parte de lo que llama “argumentación jurídica”, en tanto que aspecto principal de la justificación externa de las decisiones jurídicas. (Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 318 ss.) Para MacCormick, por su parte, un “problema de interpretación”, se da, precisamente, en un caso difícil, es decir, cuando debe resolverse la ambigüedad a través de la justificación de la elección de uno de los sentidos incompatibles de una misma regla. (Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 67-68).

⁸¹² Cfr. M. BARBERIS, “¿Imperialismo de la argumentación?”, cit., p. 330.

⁸¹³ Así la “justificación lógica” en sentido amplio —entendida como no psicológica— abarcaría tanto la lógica formal, que se ocupa del campo de las proposiciones —es decir, la justificación lógica en sentido estricto—, como la lógica de la argumentación, que se ocupa del campo de las normas y de las valoraciones. (Cfr. J. WRÓBLEWSKI, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, cit., pp. 38 ss.) Cfr. también: “Justificación de las decisiones jurídicas”, cit., pp. 48-53).

⁸¹⁴ Cfr. A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, cit., pp. 166 ss.; A. AARNIO, R. ALEXY y A. PECZENIK, “The Foundation of Legal Reasoning”, cit., pp. 275 ss. Lo que MacCormick llama: “Deductive Justification” y “Second-Order Justification”. (Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 19 ss. y 100 ss., respectivamente).

que con el primer aspecto de la justificación se verificaría si la decisión se sigue lógicamente (o formalmente) de las premisas establecidas, con el segundo se buscaría más bien la fundamentación o justificación material (o no formal) de las mismas⁸¹⁵. Nos detendremos, en seguida, en cada uno de dichos aspectos centrándonos, sobre todo, en los enfoques de Alexy y de MacCormick.

2. La justificación interna o deductiva

Para Alexy⁸¹⁶, los problemas que corresponden al aspecto interno de la justificación son los que han sido discutidos ampliamente bajo el rótulo de “silogismo jurídico”. En ese orden de ideas, la justificación interna puede darse en su forma más simple: la silogística deductiva del tipo *modus ponens* (J.1.1)⁸¹⁷. Pero también, puede darse en aquella que resulta más apropiada para los casos complejos: en la que no se procede automáticamente a partir de las normas jurídicas, sino que se requiere justificar algunas premisas que no se deducen de ellas, y que se hacen patentes, recién a partir del procedimiento interno de justificación (J.1.2)⁸¹⁸.

⁸¹⁵ Para María Cristina Redondo, la clasificación sería ambigua, básicamente porque esconde tres tipos de problemas distintos: “[...] (i) si las razones de la justificación judicial son de carácter interno o externo al sistema, (ii) si la obligación del juez incluye o no el deber de garantizar la corrección moral del argumento y (iii) los tipos de argumentos (lógicos o no lógicos) adecuados a cada justificación”. (C. REDONDO, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, CEC, 1996, p. 221). Por nuestra parte, nos interesa centrarnos ahora, sobre todo, en el tercer problema descrito por Redondo, dejando los dos primeros para el último acápite de este capítulo.

⁸¹⁶ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 306-316.

⁸¹⁷ Alexy ofrece el siguiente ejemplo: (1) El soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio (§ 13, ap. 1 de la Ley del soldado). (2) El señor M es un soldado. (3) El señor M debe decir la verdad en asuntos del servicio. (1) (2). Para el profesor de Kiel, esta forma básica satisfaría la justificación mediante reglas universales que requiere el principio de universalidad, y éste serviría de base al principio de justicia formal. Alexy concreta el principio de universalidad en dos reglas: (J.2.1.) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal; y (J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

⁸¹⁸ A juicio de Alexy, las complejidades se darían: o porque la norma contiene un supuesto de hecho con propiedades alternativas; o porque su aplicación requiere un complemento normativo aclarativo, limitativo o extensivo; o porque son posibles distintas consecuencias jurídicas; o, finalmente, porque en la formulación normativa se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones. En ese sentido, Alexy postula una forma más general —y a la vez rudimentaria— que la anterior (J.1.2), y que lleva a formular tres reglas en orden a hacerse cargo de dichas complejidades. Atienza ofrece un ejemplo de esta segunda forma: “1) Quien comete asesinato debe ser castigado con la pena de reclusión mayor. 2) Quien mata alevosamente, comete un asesinato. 3) Quien se aprovecha de la indefensión o buena fe de otro, actúa alevosamente. 4) Quien mata a una persona mientras está dormida, se aprovecha de su estado de indefensión. 5) X mató a Y mientras este último estaba dormido. 6) A X se le debe imponer la pena de reclusión mayor”. (M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 250-251).

Para el profesor de la Universidad de Kiel, en ambos casos, se trataría de reglas y de formas que se refieren a la estructura o esquema formal de la fundamentación jurídica, y que tienen su punto decisivo en la seguridad de la universabilidad⁸¹⁹, por lo que podrían llamarse “reglas y formas de justicia formal”. A su modo de ver, la racionalidad que garantizan sería relativa a la racionalidad de las premisas, la misma que sólo podría fundamentarse a través de una justificación de tipo externo, como veremos en el siguiente acápite⁸²⁰.

Por otro lado, MacCormick, partiendo de la distinción que hace Hart entre casos claros o fáciles y casos difíciles⁸²¹, diferencia también entre dos niveles de justificación jurídica: el deductivo y el de segundo orden, que serían los propios para justificar respectivamente cada tipo de caso. En relación con el primero, el profesor escocés insiste en demostrar que, más allá de las críticas conocidas al respecto, el razonamiento jurídico puede tener una forma estrictamente deductiva o silogística⁸²².

Para demostrarlo, MacCormick⁸²³ se vale, en primer término, del ejemplo de la sentencia del juez Lewis en el caso *Daniels and Daniels v. R. White & Sons and Tarbard* ([1938] 4 All E.R. 258). El profesor de Edimburgo reconstruye el razonamiento como una serie de silogismos de la forma *modus ponens*, en el que la conclusión de cada uno (*q*), se infiere válidamente de la relación entre una premisa mayor de tipo normativo (si *p*, entonces *q*), y de otra menor de tipo fáctico (*p*)⁸²⁴. Insiste en que los razonamientos de

⁸¹⁹ Para el profesor de Kiel se entiende como “[...] la exigencia que subyace a toda concepción de justicia, en cuanto concepción formal, de tratar igual manera a lo igual [...]”. (R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 377).

⁸²⁰ Cfr. Ibídem, pp. 315-318.

⁸²¹ Cfr. H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, cit., pp. 155 ss. Sobre la tesis hartiana, Cfr. N. MACCORMICK, *H. L. A. Hart*, Trad. J. Pérez Bermejo, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 229 ss. Atienza hace notar que esta distinción asumida por MacCormick se diluye en la práctica, pues el profesor escocés acepta que es difícil encontrar casos fáciles. (Cfr. M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., p. 217). Sobre el debate acerca de los “casos fáciles” en el mundo anglosajón, Cfr. J. B. ETCHEVERRY, *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2009, pp. 83 ss.

⁸²² Cfr. N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 32 ss. Comparten al menos esta tesis: C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, Trad. E. Bulygin, en *Ánalisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, pp. 303-304. Sobre las críticas respecto de los aspectos lógicos del planteamiento de MacCormick y su debate —sobre los que no nos detendremos aquí—: Cfr. M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 202-217; y la bibliografía allí citada.

⁸²³ Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 19-41.

⁸²⁴ Exponemos el conjunto de silogismos de MacCormick a través de la traducción que hace Atienza del inicio y del final del razonamiento: “*p* → *q* (1) Si una persona transfiere la propiedad de sus mercancías a

este tipo son siempre válidos, independientemente de las premisas, pero la conclusión será jurídicamente verdadera, sólo si las premisas lo son, como ocurriría en el caso del ejemplo. Para MacCormick, este sería el sentido estricto o técnico del término “lógica”, por lo que se puede decir que el razonamiento jurídico debe ser siempre “lógico” en dicho sentido. Por supuesto, para él no todo el razonamiento jurídico se agotaría en la lógica así entendida⁸²⁵.

Para terminar este acápite, baste señalar que para el común de los representantes de la teoría “estándar”, los problemas centrales de la justificación jurídica no pertenecen al aspecto interno, sino al externo. Para Aarnio, en concreto:

“[...] La cuestión de si el resultado de la interpretación se sigue o no lógicamente, es decir, internamente, sobre la base de algunas premisas materiales y algunas reglas de inferencia y valores es, en sí misma, trivial. Siempre es posible construir *ex post* este trasfondo de premisas, reglas y valores. Pero, la dificultad [...] está vinculada, por una parte, con la elección y el contenido de las premisas y, por otra, con la manera cómo se eligen los principios adecuados de inferencia o los valores básicos. El problema del discurso jurídico se concentra pues en la justificación externa”⁸²⁶.

otra persona por una suma de dinero, entonces existe un contrato de venta de esas mercancías entre ambas partes, llamadas *vendedor* y *comprador* respectivamente. *p* (2) En ese caso, una persona (la señor[a] Tarbard) transfirió la propiedad de un bien (una botella de limonada) a otra persona (el señor Daniels) por una suma de dinero. ∴ *q* (3) En este caso, se efectuó un contrato de venta de esa mercancía (una botella de limonada) entre la parte vendedora (la señora Tarbard) y la compradora (el señor Daniels). *** *y*→*z* (16) Si un vendedor ha roto una condición de un contrato cuyo cumplimiento le fue requerido, entonces el comprador está autorizado para obtener del vendedor los daños y perjuicios equivalentes a la pérdida resultante directa y naturalmente por el incumplimiento de la condición por parte del vendedor (el comprador tiene otros derechos que no vienen aquí al caso). *y* (15) En ese caso, la parte vendedora ha roto una condición del contrato, cuyo cumplimiento le había sido requerido. ∴ *z* (17) En ese caso, el comprador está legitimado para obtener del vendedor los daños equivalentes a la pérdida resultante directa y naturalmente por el incumplimiento de la condición por par[t]e del vendedor”. (M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 173-174). Para la corrección que MacCormick hará luego sobre su formalización del razonamiento deductivo, Cfr. N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 68 ss.

⁸²⁵ MacCormick acepta que hay otro uso del término “lógica”, que más bien guarda relación con la consistencia entre la norma jurídica, y los valores y principios que persigue; lo que requeriría, a su juicio, una justificación de tipo diferente. (Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 37-41). Por nuestra parte, cabe señalar que resulta imposible que esta “lógica” no formal, informal o de sentido común, no nos haga recordar inmediatamente a la lógica o *logos* de lo razonable de Recaséns. (Cfr. Cap. II).

⁸²⁶ A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, cit., pp. 166-167.

3. La justificación externa o de segundo orden

Para Alexy⁸²⁷, la justificación externa es aquella que se concentra en las premisas usadas en la justificación interna, las que pueden reconducirse a: a) reglas de derecho positivo; b) enunciados empíricos; o c) premisas que no son enunciados empíricos, ni reglas de derecho positivo (básicamente, reformulaciones normativas)⁸²⁸. A cada tipo, le correspondería un método propio de fundamentación, no obstante se producen entre ellos múltiples interrelaciones: a) el de conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico; b) el de las ciencias empíricas, las máximas de presunción o las reglas de carga de la prueba, por ejemplo; y c) el que puede designarse como “argumentación jurídica”.

El profesor de Kiel opta por concentrarse en este tercer tipo de fundamentación⁸²⁹, proponiendo seis grupos de formas y reglas de justificación externa (y una manera breve de referirse a cada uno de ellos): **a) de interpretación (ley); b) de la argumentación dogmática (dogmática); c) del uso de precedentes (precedente); d) de la argumentación práctica general (razón); e) de la argumentación empírica (empirie); y f) formas especiales de argumentos jurídicos**⁸³⁰. Daremos cuenta de ellos muy sucintamente en el orden en el que los hemos consignado en este párrafo.

a) Cánones de interpretación⁸³¹.- se trataría del más importante de todos los grupos. Su finalidad consiste en justificar el paso de la regla (R) al enunciado

⁸²⁷ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 318-319.

⁸²⁸ Cfr. M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., p. 251.

⁸²⁹ García Figueroa pone de relieve que la teoría de la argumentación jurídica limita así su propio campo de interés hasta tres veces: a) se restringe al contexto de justificación, b) se ocupa principalmente de la justificación externa, y c) se concentra en los enunciados que no son reglas jurídicas ni enunciados empíricos. (Cfr. A. GARCÍA FIGUEROA, “Justificación interna y justificación externa”, en M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.), *Argumentación jurídica*, cit., p. 182).

⁸³⁰ Para Alexy: “La tarea de una teoría de la justificación externa es, en primer lugar, el análisis lógico de las formas de argumentación que se reúnen en estos grupos. El principal resultado de este análisis es la comprensión de la necesidad y posibilidad de su vinculación. La investigación de las interconexiones entre argumentos de distintas formas debe aclarar ante todo el papel de la argumentación empírica y de la argumentación práctica general en el discurso jurídico”. (R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 320). Cfr. también: A. AARNIO, R. ALEXY y A. PECZENIK, “The Foundation of Legal Reasoning”, cit., p. 277.

⁸³¹ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 323-344.

interpretativo (R'). Alexy los reúne en seis grupos de argumentos⁸³²: **1) semántico** (cuando se justifica en base al uso del lenguaje); **2) genético** (de acuerdo a la voluntad del legislador); **3) histórico** (considerando la historia del problema jurídico discutido); **4) comparativo** (en base al estado de cosas jurídico de otra sociedad); **5) sistemático** (en referencia a la situación de un texto legal, o a la relación lógica o teleológica de una norma con otras normas, fines y principios); y **6) teleológico** (en virtud de los fines “racionales” o “prescritos objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente”)⁸³³. Pero que la elección de uno u otro de ellos sea determinante para arribar a soluciones completamente distintas, invita a Alexy a formular algunas reglas respecto de cierta prevalencia entre dichos cánones, cuyo cumplimiento aumentaría la probabilidad de arribar a una conclusión racional⁸³⁴.

b) La argumentación dogmática⁸³⁵.- Alexy se refiere en este caso al uso de la dogmática jurídica, la que entiende como un conjunto de enunciados referidos a las normas jurídicas y a su aplicación, y que sin poder identificarse con su descripción, están en una relación de mutua coherencia, se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y tienen contenido normativo. Se trataría de definiciones de genuinos conceptos jurídicos, de descripciones y caracterizaciones de estados de cosas, y formulaciones de principios, entre otros más discutibles. El profesor alemán sintetiza su uso en algunas reglas concretas⁸³⁶.

⁸³² Se refiere a los clásicos “métodos” interpretativos que Recaséns —tras criticarlos duramente y en apariencia rechazarlos por completo— opta por integrar vagamente en su “meta-método” del *logos* de lo razonable. (Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la Interpretación...*, 1980, cit., pp. 178 ss.; e “Interpretación del derecho”, cit., p. 547). Cfr. también: Cap. II.B.1. Sobre esto tendremos oportunidad de regresar en el siguiente capítulo. (Cfr. Cap. VI.A.1).

⁸³³ Para un examen completo de la complejidad de estos argumentos, sobre todo en sede constitucional española, pero también con algunos ejemplos peruanos, Cfr. F. EZQUIAGA GANUZAS, *Argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales*, Lima, Grijley, 2^a ed., 2013, pp. 232-249, 258-276, 284-301 y 307-312; y con mayor detalle y profundidad sobre algunos de los argumentos, F. EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la justicia constitucional*, Lima, Grijley, 1^a ed. peruana, 2013, pp. 119-187, 237-294, 433-506.

⁸³⁴ Formula tres: (J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen [s]obre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos. (J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación. (J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.

⁸³⁵ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 345-375.

⁸³⁶ Son estas tres: (J.10) Toda proposición dogmática debe ser justificada recurriendo al menos a un argumento práctico general siempre que esté sujeta a dudas. (J.11) Toda proposición dogmática debe

c) Sobre el uso de los precedentes⁸³⁷.- para Alexy, el fundamento de su utilización es el principio de universabilidad, que exige tratar igual lo que es igual; precisamente de allí vendría su dificultad, pues queda claro que no hay dos casos completamente iguales. También ofrece un par de reglas para su ejercicio⁸³⁸.

d) Sobre el papel de los argumentos prácticos generales en el discurso jurídico⁸³⁹.- el profesor alemán defiende la idea de que los argumentos prácticos deben usarse en los intersticios de la justificación externa, siempre que no se disponga de enunciados jurídicos como los dogmáticos o los de los precedentes, lo que se rige por las reglas de la ponderación (J.8). Dicha postergación de la argumentación práctica general sería parcial, incompleta y sólo provisional, puesto que —a su modo de ver— ésta es el fundamento de la argumentación jurídica.

e) Sobre la argumentación empírica⁸⁴⁰.- Alexy, tras dejar constancia de su relevancia —en tanto que casi todas las formas de argumentación práctica general y jurídica incluyen enunciados empíricos—, casi se limita a señalar que en este caso rige la regla del discurso práctico general que marca el reenvío al discurso empírico (6.1).

f) Sobre el uso de formas de argumentos jurídicos especiales⁸⁴¹.- para el profesor de Kiel se trataría de argumentos típicos de la metodología jurídica como el *argumentum a contrario*, el *argumentum a fortiori* y el *argumentum ad absurdum*⁸⁴². A

superar la comprobación sistemática en sentido estricto (lo que implica comprobar si la proposición es lógicamente consistente con otras proposiciones dogmáticas y con las normas positivas) y en sentido más amplio ([...] consistente con las consideraciones prácticas generales y otras proposiciones legales). (J.12) Se deben usar argumentos dogmáticos siempre que sea posible.

⁸³⁷ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 376-383.

⁸³⁸ (J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse. (J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación.

⁸³⁹ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 389-391.

⁸⁴⁰ Cfr. Ibídem, pp. 321-323.

⁸⁴¹ Cfr. Ibídem, pp. 383-389.

⁸⁴² Cfr. también, desde la perspectiva del derecho constitucional español: F. EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la justicia constitucional*, cit., pp. 215-236, 189-214 y 313-355.

su juicio, pueden formularse como inferencias lógicas válidas, como casos especiales del discurso práctico general⁸⁴³.

Por su parte, MacCormick⁸⁴⁴, constata las limitaciones propias de la justificación deductiva o interna para hacerse cargo de los “casos difíciles”, a partir de cuatro tipos de problemas⁸⁴⁵. En primer lugar, respecto de la premisa mayor o normativa, los problemas podrían ser de dos tipos: **a) de interpretación**⁸⁴⁶, los que se producirían cuando una regla aplicable a un caso puede resultar ambigua en ese contexto, lo que debe resolverse a través de una interpretación justificada, ya sea en una forma (p') o en otra (p''); y **b) de relevancia**⁸⁴⁷, que serían aquellos en los que no queda claro que exista una norma aplicable al caso, y debe justificarse la aplicación analógica de una regla a un caso de supuesto de hecho sólo semejante al de la misma. En segundo lugar, respecto de la premisa menor o fáctica, los problemas podrían ser de otros dos tipos: **c) de prueba**⁸⁴⁸, que serían aquellos en los que ha de justificarse proposiciones sobre lo ocurrido, en base al establecimiento de proposiciones verdaderas sobre el presente: no se trataría de una prueba de su verdad, sino de su coherencia narrativa; y **d) de calificación**⁸⁴⁹, que serían aquellos donde no se discute la existencia de determinados hechos, sino su clasificación jurídica, es decir, si pueden subsumirse en el supuesto de hecho de la norma⁸⁵⁰. A juicio del profesor escocés, esta aplicación equitativa de la ley

⁸⁴³ (J.15) es un esquema de inferencia válido lógicamente, (J.16) es exigido por el principio de universabilidad, y (J.17) es un caso en que se toma en consideración las consecuencias. El uso de tales formas, al igual que el de los cánones de interpretación, son racionales en la medida de su “saturación”: (J.18). Es decir, estas formas requieren para su validez, que sean completadas con enunciados que permanecían implícitos. (Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 328-329, 338-339 y 389).

⁸⁴⁴ Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 67 ss.

⁸⁴⁵ Sobre este punto, Cfr. A. GARCÍA FIGUEROA, “Justificación interna y externa”, cit., pp. 182 ss.; M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 177 ss.; o E. FETERIS, *Fundamentos de la argumentación jurídica*, cit., pp. 131 ss.

⁸⁴⁶ El profesor de Edimburgo propone como ejemplo el caso *Ealing Borough Council v. Race Relations Board* ([1972] A.C. 342). (Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 65 ss.)

⁸⁴⁷ MacCormick cita el caso *Donoghue v. Stevenson* ([1932] A. C. 562: 1932 S. C. (H. L.) 31). (Cfr. Ibídem, pp. 69 ss.)

⁸⁴⁸ El profesor escocés sugiere como ejemplo: *R. v. Voisin* ([1918] 1 K.B. 531). (Cfr. Ibídem, pp. 89 ss.)

⁸⁴⁹ MacCormick ejemplifica con el caso *McLennan v. McLennan* (1958 S.C. 105). (Cfr. Ibídem, pp. 93 ss.)

⁸⁵⁰ Para Atienza: “[...] con esa tipología MacCormick parece estar pensando exclusivamente en problemas sustantivos y pasa por alto, por lo tanto, las cuestiones procesales. Hay también un tipo de problema normativo (que no es exactamente ni de relevancia ni de interpretación) no considerado por MacCormick: si la norma aplicable es válida. Y como la subsunción, el esquema clasificatorio, parte (como premisa mayor) de una regla de acción, no considera tampoco los supuestos en los que el juez tiene que aplicar,

para la búsqueda de corrección en el caso concreto, no reñiría con el principio de universabilidad de la justicia, pues las excepciones a la aplicación de la norma, se plantearían por igual para todos los casos del mismo tipo⁸⁵¹.

Para el profesor de Edimburgo, con el objeto de resolver estos problemas que desbordan la justificación deductiva —en tanto que implican escoger entre premisas normativas rivales y posibles, frente a la ausencia de una norma claramente aplicable—, no bastaría con afirmar la necesidad de la universabilidad, sino que se requeriría que la decisión jurídica, por un lado, tenga sentido respecto de sus consecuencias sobre el mundo, y por otro lado, tenga sentido respecto del sistema jurídico concreto, es decir: que sea consistente y además coherente con él⁸⁵², puesto que el derecho sería “un orden normativo institucional”⁸⁵³.

En ese sentido, MacCormick distingue tres tipos de argumentos que se combinan en el segundo nivel de justificación, y que veremos muy brevemente. **a) Los argumentos consecuencialistas**⁸⁵⁴, que, siendo de naturaleza evaluativa-subjetiva, justificarían la decisión centrándose en las consecuencias no tanto de orden fáctico: donde lo que importa son los hechos que se siguen causalmente de la decisión elegida, sino sobre todo en las “consecuencias jurídicas”: aquellas que guardan relación con valores como la justicia, el bien común y el orden público, y que serían tales en virtud de las implicaciones lógicas que las decisiones tendrían si se aplicasen en el futuro a casos semejantes⁸⁵⁵. **b) Los argumentos de coherencia**⁸⁵⁶, que justificarían —al menos

bien una regla de fin, o bien un principio. En consecuencia, cabría hacer una tipología de casos difíciles, de cuestiones controvertidas, que duplicaría en número a la propuesta por MacCormick: procesales, de prueba, de calificación, de aplicabilidad, de validez, de interpretación, de discrecionalidad y de ponderación [...].” (M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 431-439).

⁸⁵¹ Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 98-99. Para una defensa del principio de universabilidad, Cfr. N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 78 ss.

⁸⁵² Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 101-108.

⁸⁵³ Cfr. N. MACCORMICK, *Instituciones del derecho*, cit., pp. 83-84.

⁸⁵⁴ Cfr. N. MACCORMICK, “On Legal Decisions and their Consequences: From Dewey to Dworkin”, *New York University Law Review*, 58, 1983, pp. 246 ss.

⁸⁵⁵ De ahí la diferencia entre el “utilitarismo hedonista” de Bentham, por ejemplo, y el “utilitarismo ideal” que propone MacCormick. El del profesor escocés sería un “utilitarismo” de las reglas y de los valores, y no un utilitarismo del mero acto particular y de su utilidad inmediata. (Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 115-116).

⁸⁵⁶ Cfr. Ibídem, pp. 152 ss. Por su parte, Alexy y Peczenik ofrecen diez criterios para evaluar la coherencia de una teoría. A su modo de ver, ésta sería un elemento central de un concepto completo y acabado de

débilmente— una decisión en base a su coherencia, la que podría ser de dos tipos⁸⁵⁷: 1) “normativa”⁸⁵⁸, si lo que se evalúa es si resulta compatible con una serie de principios o valores que en su conjunto puedan ser concebidos como una “forma de vida satisfactoria”: en concreto, hablamos de los argumentos a partir de principios jurídicos y de la analogía; o 2) “narrativa”⁸⁵⁹, si lo que se evalúa es la verdad de proposiciones asumidas respecto de cuestiones de hecho que no han podido ser constatadas. **c) Los argumentos de consistencia**⁸⁶⁰, que justificarían la decisión evidenciando la no contradicción de la interpretación con una norma jurídica válida del sistema. Así planteadas las cosas, los argumentos decisivos en el segundo nivel de justificación serían los consecuencialistas, puesto que los argumentos de coherencia y de consistencia, si bien serían necesarios, no garantizarían que la decisión quede justificada⁸⁶¹.

En definitiva, para MacCormick, justificar las decisiones jurídicas presupondría la adhesión, en parte subjetiva, a unas premisas normativas últimas que no se derivan de

justificación, racionalidad y corrección, entendidas como analíticamente conectadas. En ese sentido, si el sistema de normas o valores en cuestión es más coherente que cualquier otro sistema en competencia, entonces, por un lado, aquél se encuentra *prima facie* mejor justificado y es más racional, y por otro lado, existe una razón *prima facie* para pensar que es correcto. (Cfr. R. ALEXY y A. PECZENIK, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Juris*, 3, 1990, pp. 144-145). Cfr. también: A. PECZENIK, “¿Por qué tiene que ser coherente el razonamiento jurídico?”, en *Derecho y razón*, Trad. E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 1^a reimp., 2003, pp. 67-76. Para Aarnio: “[...] el objetivo de la justificación es lograr la coherencia y, por medio de ella, la aceptabilidad en la comunidad jurídica. Los medios que sirven este objetivo son justamente las reglas de la interpretación jurídica y las reglas generales de la racionalidad”. (A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, cit., p. 260). Más fuerte aún es la idea de coherencia o integridad en Dworkin: “[...] los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad deciden casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y los deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad [...]”. (R. DWORKIN, *El imperio de la justicia*, cit., pp. 183-184). Para una comparación sintética de las teorías de la coherencia de MacCormick, Peczenik y Dworkin, respecto de su capacidad para justificar y determinar la decisión jurídica, Cfr. A. AMAYA, “La coherencia en el derecho”, *Doxa*, 35, 2012, pp. 61-65. Sobre la coherencia en su rol determinativo del derecho, volveremos brevemente en el último capítulo. (Cfr. Cap. VI.B.2).

⁸⁵⁷ Bengoetxea distingue hasta cuatro sentidos de coherencia en la obra de MacCormick. (Cfr. J. BENGOTXEA, “Razonamiento jurídico y post-positivismo...”, cit., pp. 282-283).

⁸⁵⁸ Cfr. N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 190 ss.

⁸⁵⁹ Cfr. Ibídem, pp. 221 ss.

⁸⁶⁰ Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 195 ss.

⁸⁶¹ Para Amaya, la teoría de la coherencia de MacCormick sería “débil”, en tanto que “[...] los argumentos de coherencia permiten identificar un conjunto de decisiones como “justificables” pero la justificación de las mismas depende, en último término, de argumentos consecuencialistas”. (A. AMAYA, “La coherencia en el derecho”, cit., pp. 62-63). Atienza destaca, por su parte, que los argumentos consecuencialistas operan siempre dentro de los límites marcados por los principios de universabilidad, consistencia y coherencia, lo que implicaría justificar las decisiones judiciales en base a razones tanto finalistas como de corrección. (Cfr. M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 192-195).

un conocimiento racionalmente demostrativo o lógico deductivo, ni se reducen a meros sentimientos o emociones de carácter irracional. Se trataría de auténticas razones, que sin ser conclusivas, pueden entenderse como universales⁸⁶² y que, en última instancia, exigen para su argumentación el ejercicio de virtudes como la sabiduría, la humanidad y el sentido común⁸⁶³.

Para terminar este acápite, baste con dejar constancia de que para la teoría “estándar” en general, los aspectos interno y externo de la justificación, si bien se distinguen claramente —como hemos podido apreciar— están también estrechamente interrelacionados⁸⁶⁴, lo que no debe entenderse, desde luego, como que la justificación externa se vea reducida a los aspectos lógico-deductivos que necesariamente la acompañan⁸⁶⁵. Atienza, en concreto, además de los criterios lógico-formales, incorpora

⁸⁶² Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 6-7 y 265-270. La búsqueda de esta razón práctica apropiada a los problemas humanos —que sin renunciar a su carácter universal, pueda incorporar los aspectos emotivos que operan en la misma— llevará a MacCormick a la formulación de un “imperativo categórico smithiano”: “Entra tan plenamente como puedas en los sentimientos de toda persona implicada o afectada por un incidente o por una relación, y fórmate imparcialmente una máxima de juicio sobre cuál sea la acción correcta que todos podrían aceptar si se comprometieran a mantener creencias mutuas que fijasen una medida de aprobación o desaprobación común entre ellos”, y subsidiariamente: “Actúa de acuerdo con esa máxima de juicio imparcial sobre cuál sea la acción correcta respecto del incidente o de la relación en cuestión”. (Cfr. N. MACCORMICK, *Practical Reason in Law and Morality*, cit., p. 64. Se ofrece la traducción de este pasaje hecha por J. BENGOTXEA, “El último MacCormick”, *Doxa*, 32, 2009, p. 41). Debe notarse aquí el paralelo entre el planteamiento del profesor escocés y el de Luis Recaséns, por lo menos en dos aspectos. En primer lugar, el deseo de ensanchar el ámbito de la razón más allá de la lógica formal incorporando para ello el mundo afectivo, desde un intento cognitivista de síntesis entre la tradición anglosajona y la alemana. En segundo lugar, la intención de publicar una última gran obra que verse sobre una razón práctica entendida globalmente, y que haga referencia, de alguna u otra manera, al modo de ser de los hombres. (Cfr. N. MACCORMICK, *Practical Reason in Law and Morality*, cit., pp. 1-4; y L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 7-47). Sobre ello tendremos oportunidad de regresar al final de nuestro trabajo. (Cfr. Cap. VI.C.2).

⁸⁶³ Cfr. N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., p. 77.

⁸⁶⁴ Mientras que Aarnio, entiende que “[...] La justificación externa equivale a la adición de nuevos silogismos a la cadena de argumentos a fin de apoyar la premisa anterior [...]” (A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, cit., p. 170), Peczenik, deja claro que el razonamiento jurídico es “al mismo tiempo dialéctico y lógicamente correcto”, y se puede presentar como un diálogo, poniendo atención en el proceso del razonamiento y en su dinamismo, o como un resultado final, centrándose en presentar el razonamiento jurídico como una consecuencia lógica de las razones propuestas, para lo que se toman en consideración únicamente, las razones que “han sobrevivido al diálogo”. (Cfr. A. PECZENIK, “La racionalidad del razonamiento jurídico: diálogo, lógica y verdad”, *Anuario de Filosofía jurídica y social*, 4, 1984, pp. 223-225).

⁸⁶⁵ Para Cabra Apalategui: “[...] mientras que la justificación interna tiene una estructura silogística, está orientada a la decisión o conclusión del razonamiento y depende de la validez de la inferencia lógica, la justificación externa tiene una estructura argumentativa, está orientada a las premisas y depende, por un lado, de la coherencia de los conjuntos de razones o argumentos, y, por otro, del seguimiento de las exigencias pragmáticas de la argumentación racional. La consecución de una justificación plenamente racional es cuestión de que las premisas de las que la decisión final se presenta como conclusión hayan

la universalidad, la coherencia, la adecuación de las consecuencias, la moral social y la moral justificada como criterios objetivos de evaluación del razonamiento judicial — criterios que serían, a su juicio, necesarios, aunque a veces insuficientes—, y termina proponiendo “lo razonable” —básicamente en el sentido en que Alexy entiende el principio de proporcionalidad— como el elemento evaluativo de clausura de su propuesta⁸⁶⁶.

4. Los límites del discurso jurídico: la cuestión de la única respuesta correcta

Una vez desarrollados tanto el discurso práctico general, como el propiamente jurídico en sus dos dimensiones, podemos entender que Alexy destaque cuatro aspectos de su vinculación:

“(1) la necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general, (2) la coincidencia parcial en la pretensión de corrección, (3) la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general y (4) la necesidad de argumentación práctica de tipo general en el marco de la argumentación jurídica”⁸⁶⁷.

Para el profesor de Kiel, si bien el discurso jurídico tampoco sería capaz de asegurar la corrección de una única respuesta jurídica en términos absolutos —pues “seguridad”, no sería sinónimo de “racionalidad”—, sí sería el mejor procedimiento disponible para aproximarse a una respuesta correcta⁸⁶⁸. A su juicio, una única respuesta para cada caso sería posible sólo si pudiésemos contar con una teoría fuerte de los principios como la de Dworkin⁸⁶⁹ que llevase siempre a un consenso, pero el profesor

superado la fase argumentativa”. (J. M. CABRA APALATEGUI, *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*, cit., p. 55).

⁸⁶⁶ Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 547-564.

⁸⁶⁷ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 392.

⁸⁶⁸ Cfr. Ibídem, pp. 399-402; y “Respuesta a algunos críticos”, cit., pp. 415-420.

⁸⁶⁹ Dworkin, aclara, defendiéndose de sus críticos, y en lo que para algunos sería una suavización de su tesis original: “[...] mi propuesta sobre las respuestas correctas en los casos difíciles es una tesis jurídica muy débil y de sentido común. Es una tesis formulada desde el interior de la práctica jurídica y no desde otro nivel filosófico, supuestamente externo y alejado. Me pregunto si en los casos difíciles puede en alguna ocasión decirse que resulta sensato, correcto o preciso afirmar, en el sentido en que los abogados podrían hacerlo, que el derecho correctamente entendido le da la razón al demandante (o al demandado). Y contesto que sí [...]. (De hecho, sostengo que alguna afirmación de tal tipo es característica o generalmente sensata en los casos difíciles [...])”. (R. DWORKIN, *La justicia con toga*, Trad. M. Iglesias Vila e I. Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 52-53). Cfr. también: R. DWORKIN, *Justicia para erizos*, Trad. H. Pons, Buenos Aires, FCE, 2014, pp. 117-127; *Los derechos en serio*, cit., pp. 61-208; o *Una*

alemán —como veremos en el siguiente subcapítulo— sólo admite una teoría débil al respecto. Por otro lado, a su modo de ver, ni siquiera para una concepción ideal del discurso sería posible alcanzarla, puesto que las posibles diferencias antropológicas de los participantes podrían hacer que en algún caso no exista tal respuesta; pero como no se sabría anticipadamente en qué caso se estaría, los participantes deberían comportarse en el discurso, si sus aserciones han de tener pleno sentido, como si fuera posible alcanzar siempre una única respuesta correcta, es decir, tomándola como idea regulativa que no sólo tiene un valor teórico, sino que posee una utilidad práctica. Alexy estaría hablando de una corrección “relativa”⁸⁷⁰.

Por su parte, Aarnio, desde un relativismo convencionalista moderado que no comparte Alexy⁸⁷¹, rechaza tanto la versión “fuerte”, como la versión “débil” de la tesis de la única respuesta correcta. En la primera: la respuesta existe y puede ser detectada en cada caso. En la segunda: la respuesta existe, pero no siempre puede ser detectada, e incluso de ser detectada, tampoco puede haber certeza de haberla encontrado⁸⁷². Por

cuestión de principios, cit., pp. 159-190 y 217-228. Contra la tesis dworkiniana de fondo, desde luego: H. L. A. HART, *Post scriptum al Concepto de derecho*, Trad. R. Tamayo y Salmorán, Ed. A. Bulloch y J. Raz, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2000, pp. 54 ss. Sobre la tesis de la respuesta correcta en Dworkin, Cfr. P. R. BONORINO, *Dworkin*, Lima, ARA Editores, 2010, pp. 159-205. Desde una perspectiva crítica distinta a la de la teoría “estándar”, Cfr. P. ZAMBRANO, “Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en la moral. Una reflexión a partir de las luces y sombras en la propuesta de Ronald Dworkin”, *Persona y derecho*, 56, 2007, pp. 281-326.

⁸⁷⁰ Cfr. R. ALEXY, “Problems of Discourse Theory”, *Critica*, 58, 1988, pp. 48-59; “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, cit., pp. 15-24; y “Respuesta a algunos críticos”, cit., pp. 428-436.

⁸⁷¹ Cfr. A. AARNIO, “¿Una única respuesta correcta?”, en A. AARNIO, M. ATIENZA y J. LAPORTA, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid, Fundación Coloquio jurídico europeo, 2010, p. 26. Sobre el relativismo moderado de Aarnio, Cfr. J. M. CABRA APALATEGUI, *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*, cit., pp. 100 ss. Para Alexy: “De las características de los individuos y de las exigencias depende el que el *proceso de decisión* incluya o no la posibilidad de la modificación de las convicciones normativas de los individuos existentes al comienzo del procedimiento [...] la teoría del discurso como modelo teórico de argumentación, está caracterizada por el hecho de que las convicciones fácticas y normativas de los individuos pueden ser modificadas en virtud de los argumentos presentados en el *curso del procedimiento* [...]”. (R. ALEXY, “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, cit., p. 75. Cursivas en el texto).

⁸⁷² Cfr. A. AARNIO, “¿Una única respuesta correcta?”, cit., pp. 10-13. Aarnio también admite otra versión que podría entenderse como un matiz de la “débil”, y que la hace semejante a la propuesta por Alexy: “Si admitimos la existencia de una respuesta correcta y, al mismo tiempo, negamos en principio, la posibilidad de encontrarla, adoptamos la doctrina en su sentido débil. Según ella, la respuesta correcta es un ideal que nunca puede ser alcanzado pero que constituye el objetivo regulativo de toda interpretación jurídica”. (A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, cit., p. 210). Wróblewski, por ejemplo, incide también en los problemas de la tesis de la única respuesta correcta. (Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 87 ss.) Para Otero, Wróblewski admitiría la tesis en su sentido débil. (Cfr. M. OTERO PARGA, “La cuestión de la única respuesta judicial correcta”, cit., pp. 314-315).

otro lado, el MacCormick de *Legal Reasoning and Legal Theory* —el “equidistante” entre Dworkin y Ross— sostuvo una tesis semejante a la de Aarnio, por lo menos en el sentido en que los criterios racionales últimos para determinar la decisión jurídica —como vimos en el acápite anterior— estaban lejos de asegurar una única respuesta correcta⁸⁷³, tesis que se acercó luego a la de Alexy⁸⁷⁴.

Atienza, por su parte, ofrece una tipología más compleja y completa que la dicotómica “fuerte-débil” de Aarnio⁸⁷⁵, y toma postura en la controversia. A su modo de ver, en los Estados constitucionales de derecho, casi siempre habría una única respuesta correcta, y si no la hay siempre, no es porque exista más de una, sino más bien porque nos encontramos a veces ante “casos trágicos” donde no hay ninguna, aun cuando podría haber alguna respuesta que sin ser correcta, sea menos mala que las otras⁸⁷⁶.

La controversia sobre las limitaciones de la argumentación jurídica y sobre la posibilidad de la existencia de una única respuesta correcta, nos dejan en la necesidad de ocuparnos sin dilación de la relación entre reglas, principios y procedimiento en la teoría “estándar”.

⁸⁷³ Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 246-274.

⁸⁷⁴ Cfr. N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 254-280; y *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. xvi. Cfr. también: M. ATIENZA, “Sobre la única respuesta correcta”, en A. AARNIO, M. ATIENZA y J. LAPORTA, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, cit., pp. 59-65; y J. BENGOTXEA, “Razonamiento jurídico y post-positivismo...”, cit., pp. 277-278.

⁸⁷⁵ Cfr. M. ATIENZA, “Sobre la única respuesta correcta”, cit., pp. 56-58. Aunque la versión iusnaturalista de la tesis de la única respuesta correcta que ofrece Atienza (1), nos parece un tanto reductiva. Sobre los problemas de Atienza en su enfoque sobre el iusnaturalismo en general, Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, “Sobre el iuspositivismo que hemos de dejar atrás. Una crítica iusnaturalista a “Dejemos atrás el positivismo jurídico” de Atienza y de Ruiz Manero”, *Díkaion*, 20, 2011, pp. 49-69. A nuestro modo de ver, Recaséns sostendría una combinación de los tipos (4) y (1) de la tipología de Atienza: “(4) Existe una única respuesta correcta, pues el Derecho no es sólo un conjunto de reglas, sino una práctica guiada por principios y valores. La respuesta correcta es la que, respetando los materiales jurídicos, proporciona la mejor interpretación posible de los fines y valores que definen la práctica” y “(1) Existe una única respuesta, que cabe extraer a partir de los principios del derecho natural”. (Cfr. M. ATIENZA, “Sobre la única respuesta correcta”, cit., p. 57). Sobre ello, habrá oportunidad de volver luego. (Cfr. Cap. VI.C.2).

⁸⁷⁶ Cfr. M. ATIENZA, “Sobre la única respuesta correcta”, cit., p. 68.

D. Un modelo del sistema jurídico a tres niveles

Alexy distingue entre dos concepciones del sistema jurídico: la del constitucionalismo y la del legalismo⁸⁷⁷. La primera se caracterizaría por la presencia normativa de valores sustanciales de rango constitucional en el sistema, y por su irradiación omnímoda, lo que supone reemplazar la subsunción clásica por la ponderación. La segunda prefiere la norma al valor, la subsunción a la ponderación, la independencia del derecho ordinario frente a la omnipresencia de la Constitución, y la autonomía del legislador frente a los tribunales constitucionales. Para el profesor de Kiel: “[...] una respuesta bien fundada sobre quién tiene razón puede ser respondida sólo sobre la base de una teoría del sistema jurídico”⁸⁷⁸. En seguida la reseñaremos muy brevemente⁸⁷⁹.

1. La distinción entre reglas y principios

Para Alexy, toda norma jurídica sería o una regla o un principio, y el punto decisivo de la diferencia no sólo gradual, sino realmente cualitativa entre dichos estándares, sería que las reglas son “mandatos definitivos”: es decir, contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible, por lo que sólo pueden cumplirse o no cumplirse y su modo de aplicación es la subsunción; mientras que los principios son “mandatos (o permisiones o prohibiciones) de optimización”: es decir, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, tanto fáctica como jurídicamente, lo que se determina por los principios y las reglas opuestos, por lo que su modo de aplicación es más bien la ponderación⁸⁸⁰.

⁸⁷⁷ Sobre el cambio de paradigmas y su valoración crítica, Cfr. L. FERRAJOLI, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, Trad. P. Allegue, en M. CARBONELL (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 4^a ed., 2009, pp. 13-29; o desde una perspectiva distinta: Cfr. R. L. VIGO, “Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional”, en *Constitucionalización y judicialización del derecho. Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 2013, pp. 1-22.

⁸⁷⁸ Cfr. R. ALEXY, “Sistema jurídico y razón práctica”, cit., p. 161.

⁸⁷⁹ El modelo de sistema jurídico alexiano es solidario de su teoría de los principios, sobre la que principalmente se incidirá aquí. Para una síntesis de la misma en nueve tesis, y para un elenco de algunos de sus principales problemas, Cfr. J. SIECKMANN, “Problemas de la teoría principalista de los derechos fundamentales”, Trad. D. Oliver-Lalana, en L. CLÉRICO, J. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 37-71.

⁸⁸⁰ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 67-68; o “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, cit., pp. 9-14. En el mismo sentido: A. PEZENIK, “Dimensiones morales del

Para el profesor alemán⁸⁸¹, esta diferencia estructural se apreciaría con claridad, precisamente, en las antinomias. El conflicto entre reglas se resolvería a través del criterio de validez, mientras que la colisión entre principios, se haría a través del criterio de peso o importancia. Para solucionar el primer caso, o se introduciría una cláusula de excepción en alguna de las reglas o se declararía su invalidez⁸⁸². Para el caso de la colisión de principios, por el contrario, se procedería según la ley de colisión, donde ni se introduce una excepción a alguno de los principios, ni se le declara inválido⁸⁸³. En ese orden de ideas, mientras que los principios serían siempre “razones *prima facie*”; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, serían “razones definitivas”, por lo que sólo las reglas podrían establecer “derechos definitivos”, sin perjuicio de que ambos estándares podrían ser tanto razones para configurar reglas, como razones para juicios concretos de deber ser. Por último, los principios serían relativamente generales, y, en tanto que razones para reglas, por un lado, permitirían conocer su contenido valorativo más fácilmente, y por otro lado, no necesitarían ser establecidos explícitamente como ocurre en el caso de las reglas⁸⁸⁴.

derecho”, *Doxa*, 8, 1990, pp. 91 ss. El modelo de Alexy, no obstante su sofisticación, resulta básicamente semejante al de Dworkin, para quien un principio en sentido amplio sería un estándar que no es norma, y en sentido estricto sería “[...] un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable [lo que sería más bien una directriz política o *policy*], sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad [...]”. (R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., p. 72). A su juicio, mientras que las normas se aplicarían disyuntivamente, los principios tendrían una dimensión de peso o importancia. (Cfr. Ibídem, pp. 73-80). Sobre la polémica Hart-Dworkin al respecto, Cfr. J. RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas*, Madrid, CEC, 1990, pp. 152 ss. Para Alexy, distanciándose de la clasificación dworkiniana: “[...] la diferencia entre derechos individuales y bienes colectivos es importante. No obstante, no es indispensable ni funcional vincular el concepto de principio con el concepto de derecho individual [...]”. (R. ALEXY, *Teoría de los principios fundamentales*, cit., p. 91). Sobre este asunto, Cfr. R. ALEXY, “Derechos individuales y bienes colectivos”, en *El concepto y la validez del derecho*, cit., pp. 177-208. Para una síntesis bien lograda de lo que se ha explicado como el “ascenso de los principios” en tres momentos cruciales, Cfr. P. GRÁNDEZ CASTRO, “El ascenso de los principios y su incidencia en el razonamiento constitucional”, en *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*, Lima, Palestra, 2016, pp. 22-48.

⁸⁸¹ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los principios fundamentales*, cit., pp. 69-76.

⁸⁸² Alexy propone las reglas clásicas *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis derogat legi generali*, pero señala que también se puede resolver de acuerdo a la importancia de las reglas en conflicto. (Cfr. Ibídem, p. 70).

⁸⁸³ La versión menos técnica de la regla expresa: “(K') Las condiciones en las cuales un principio tiene [...] precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”. (Ibídem, p. 75).

⁸⁸⁴ Cfr. Ibídem, pp. 79-85.

Vale la pena dejar constancia de que si bien la caracterización alexiana de reglas y principios es la dominante en la teoría “estándar”, el asunto es bastante discutido en general⁸⁸⁵. En el ámbito hispano, por ejemplo, Atienza y Ruiz Manero han elaborado un modelo estructural y funcional de las “normas regulativas”⁸⁸⁶, inspirado en el de Alexy, pero que se aparta de él, principalmente, en que distingue, por un lado, entre los principios en sentido estricto —que incorporan valores intrínsecos últimos y que, una vez ponderados, exigen cumplimiento pleno—, y las directrices o normas programáticas —que incorporan valores intrínsecos utilitarios y que operan como mandatos de optimización—; y por otro lado, entre principios y directrices sustantivos —en tanto que se dirigen centralmente “al exterior” del derecho, es decir, a los valores sociales que el derecho pretende modelar—, e institucionales —en tanto que se dirigen “al interior” del derecho, es decir, a sus valores internos y a su conveniente funcionamiento⁸⁸⁷—.

⁸⁸⁵ Alexy señala hasta siete grupos de objeciones respecto de la teoría de los principios. (Cfr. R. ALEXY, “Deber ideal”, Trad. L. Clérigo y J. Sieckmann, en L. CLÉRICO, J. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, cit., pp. 15-35). Para un contraste con MacCormick, Cfr. *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 152 ss.; y *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 189 ss. Para el profesor escocés un principio sería: “[...] a relatively general norm which from the point of view of the person who holds it as a principle, is regarded as a desirable general norm to adhere to, and which thus has explanatory and justificatory force in relation to particular decisions, or to particular rules for decision [...]”. (M. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 260).

⁸⁸⁶ Aunque se trataría de una tipología ideal, que es plenamente compatible con zonas de penumbra. (Cfr. J. RUIZ MANERO, “Una tipología de las normas constitucionales”, en J. AGUILÓ REGLA, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, cit., pp. 82-84).

⁸⁸⁷ Cfr. M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho*, cit., pp. 23-50; y de los mismos autores: *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación del poder*, Madrid, Trotta, 2^a ed., 2006, pp. 16-23; y “La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica”, en *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra, 2009, pp. 25 ss. Alexy ha respondido a sus críticas. (Cfr. R. ALEXY, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Trad. C. Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, reimp. 2009, pp. 118-123). Ruiz Manero, por su parte, se ocupa de la respuesta de Alexy, y de algunas otras polémicas (Cfr. J. RUIZ MANERO, “Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca”, en M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, cit., pp. 87-126), pero también señala problemas pendientes de respuesta. (Cfr. J. RUIZ MANERO, “Dos problemas para la ponderación: tensiones irresolubles y principios imponderables”, en L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Un debate sobre principios constitucionales*, Edición de P. Grández, Lima, Palestra, 2014, pp. 303 ss.) Por nuestra parte, aunque no podamos coincidir con sus conclusiones de corte iuspositivista, creemos que tiene razón Pietro Sanchís cuando cuestiona la tesis de la diferenciación lógica (o estricta o estructural) entre reglas y principios (Cfr. L. PIETRO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Lima, Palestra, 2013, pp. 27 ss.; y “Duplica a los profesores Atienza y Ruiz Manero”, *Doxa*, 13, 1993, pp. 315-325), o Ferrajoli, cuando evidencia que el problema que subyace a la distinción “estándar” entre especies normativas es el del objetivismo moral que se pretende sostener. (Cfr. L. FERRAJOLI, “El constitucionalismo entre reglas y principios”, en L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Un debate sobre principios constitucionales*, cit., pp. 182 ss.) Sobre estos asuntos, tendremos oportunidad de volver luego. (Cfr., especialmente: Cap. VI.C.1).

Finalmente, vale la pena señalar que el profesor de la Universidad de Kiel suscribe una teoría débil de los valores, es decir, no una intuicionista como la de Scheler⁸⁸⁸. A su juicio, entre principios y valores existiría un vínculo estrecho, sin embargo —asumiendo el enfoque conceptual de von Wright⁸⁸⁹—, distinguirá entre el carácter deontológico o normativo de los primeros, y el axiológico de los segundos. Por otro lado, a su modo de ver, habría que distinguir entre los juicios de valor y los conceptos en ellos utilizados —los que pueden ser clasificatorios, comparativos y métricos—, y los valores mismos, que en tanto susceptibles de ponderación en su aplicación, pueden ser entendidos como “criterios de valoración” —los valores, en sentido estricto— y en tanto que no, pueden llamarse “reglas de valoración”⁸⁹⁰. En ese orden de ideas, puesto que en el modelo de los valores se trataría acerca de “lo mejor”, y en el modelo de los principios, de “lo debido”, sería más adecuado para el derecho el modelo de los principios⁸⁹¹.

Se ha hecho alusión en este acápite a la ponderación, lo que supone ocuparse de ella en el siguiente, cuando menos brevemente, en el contexto del “principio de proporcionalidad”.

⁸⁸⁸ Cfr. M. SCHELER, *Ética*, cit., pp. 103 ss. Esta toma de posición de Alexy, en su opinión, haría que su propuesta fuese menos vulnerable que la de Scheler: “[...] Una teoría semejante se obtiene si se supone que los valores son criterios de valoración que, como las normas en general, tienen validez o no. Su validez, al igual que las valoraciones que ellas posibilitan, no son objeto de algún tipo de evidencia sino objeto de fundamentaciones. La fundamentación depende del tipo de validez de que se trate: jurídica, social o ética [...]”, por lo que el profesor de la Universidad de Kiel partiría “[...] de una teoría de los valores libre de suposiciones ontológicas y epistemológicas dudosas [...]”. (R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 129-130). Regresaremos sobre este tópico, en su contraste con la propuesta de Recaséns, en el siguiente capítulo de nuestra investigación. (Cfr. Cap. VI.B.1).

⁸⁸⁹ Cfr. G. H. VON WRIGHT, *La diversidad de lo bueno*, Trad. D. González Lagier y V. Roca, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 40 ss.

⁸⁹⁰ Así, para el profesor de Kiel, las normas pueden ser deontológicas (y ser reglas o principios) o axiológicas (y ser reglas de valoración o valores). (Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 124). Por su parte, Atienza y Ruiz Manero ven entre los juicios de valor y los principios sólo una distinción de “énfasis” relativo a su dimensión valorativa-justificativa o directiva, respectivamente, y en la práctica utilizan los términos valor y principio como equivalentes. (Cfr. M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho*, cit., pp. 151-166).

⁸⁹¹ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 117-126.

2. El principio de proporcionalidad y la ponderación

Para Alexy, existe una mutua implicación entre el carácter de principio y lo que se conoce como “principio de proporcionalidad”. Este incluye, como se sabe, tres “subprincipios”: el de idoneidad, el de necesidad (el mandato de usar el medio menos lesivo) y el de proporcionalidad en sentido estricto (el mandato de ponderación propiamente dicho, y que se realiza según la “ley de colisión”)⁸⁹². Mientras que la idoneidad y la necesidad derivan del carácter de principio como mandato de optimización respecto de las posibilidades fácticas, la ponderación se sigue de la relativización respecto de las posibilidades jurídicas⁸⁹³. Por lo que se debería concluir, a su juicio, que estos subprincipios son los que realmente definen lo que ha de entenderse por “optimización” en la teoría de los principios⁸⁹⁴.

Para el profesor alemán, en la ponderación no sólo operarían las reglas de la argumentación jurídica, sino que existiría una regla constitutiva de dicho principio: la “ley de ponderación”⁸⁹⁵. Ésta no sería capaz ni de ofrecer una metrificación que haga intersubjetivamente obligatorio el resultado, ni sería capaz de esclarecer si la afectación a un principio es muy intensa o si la satisfacción a otro tiene un grado de importancia muy alto. Sin embargo, la ley de ponderación sí estaría en condiciones de señalar que hay que fundamentar racionalmente estos aspectos, precisamente, si se quiere justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación, para lo que sería de utilidad cualquier argumento de la argumentación

⁸⁹² Aunque propiamente no se trata de un principio, puesto que sus “subprincipios” no se ponderan frente a algo diferente. (Cfr. Ibídem, p. 92, nota 84). Para Ávila, por ejemplo, la proporcionalidad sería un “postulado normativo aplicativo específico”. (Cfr. H. ÁVILA, *Teoría de los principios*, cit., pp. 144-157). Para un desarrollo en extenso de los subprincipios, Cfr. C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 692 ss.; o, desde una perspectiva distinta, Cfr. J. CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo de Palma, 2^a ed., 2009, pp. 63-125.

⁸⁹³ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 91-95.

⁸⁹⁴ R. ALEXY, “Epílogo”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 524.

⁸⁹⁵ Siguiendo al Tribunal Constitucional Federal Alemán Alexy señala: “(A) Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. (R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 138). Esta será considerada luego “ley material de la ponderación”, para distinguirla de la “ley epistémica de ponderación”: “Cuando mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención”. (R. ALEXY, “La fórmula del peso”, Trad. C. Bernal Pulido, en *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 488). Se puede confrontar también: R. ALEXY, “Epílogo”, cit., pp. 550 ss.

jurídica en general. Por ello, para Alexy: “[...] el *modelo de la ponderación como un todo* ofrece un criterio [para decidir definitivamente los casos] al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional [...]”⁸⁹⁶.

Para intentar hacer frente a críticas como las de Habermas respecto de la irracionalidad de la ponderación⁸⁹⁷, Alexy plantea, a través de ejemplos concretos que se han hecho célebres⁸⁹⁸, que es posible hacer juicios racionales —por lo menos en algunos casos— en los tres pasos de la ponderación: a) sobre las intensidades de las intervenciones en el derecho fundamental; b) sobre los grados de importancia en la satisfacción del principio contrario; y c) sobre la relación que existe entre lo uno y lo otro⁸⁹⁹; y lo plantea a través de una escala triádica básica en los grados de intensidad en que se producen los dos primeros pasos: “leve (l)”, “medio (m)” o “grave (g)”, con sus posibles combinaciones, lo que puede traducirse en una “fórmula del peso”, que sería complementaria a la ley de colisión y a la de ponderación⁹⁰⁰. Dicha fórmula expresaría la contrapartida racional propia de la ponderación de principios, al esquema subsuntivo-

⁸⁹⁶ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 141-144. (Cursivas en el texto). Para Portocarrero: “[...] la ponderación representa el punto de intersección entre la teoría del derecho constitucional con la teoría de la argumentación jurídica [...]”. (A. PORTOCARRERO QUISPE, “Racionalidad procedural y ponderación de derechos constitucionales”, en P. GRÁNDEZ Y F. MORALES (Eds.), *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, cit., p. 301).

⁸⁹⁷ Afirma Habermas: [...] porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a los que se está acostumbrado”. (J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 232. Cursivas en el texto). Pero también existen resistencias a la ponderación desde el *common law*. Para Aleinikoff, por ejemplo, habría que buscar alternativas liberadoras a la “metáfora” de la ponderación. (Cfr. T. A. ALENIKOFF, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Trad. J. Aliaga, Lima, Palestra, 1^a reimp., 2015, pp. 113-131).

⁸⁹⁸ BVerfGE 95, 173 [Advertencias en productos de tabaco] y BVerfGE 86, 1 [Revista Titanic].

⁸⁹⁹ Cfr. R. ALEXY, “Epílogo”, cit., pp. 529-535.

⁹⁰⁰ Para Alexy, el peso de un principio en las circunstancias de un caso concreto (peso concreto) sería el cociente que se produce tras dividir la intensidad de la intervención de dicho principio entre la importancia de los principios contrarios, pero como únicamente es posible hablar de “cociente” si se dispone de cantidades numéricas, y en la ponderación esto no ocurre en sentido estricto, el modelo numérico geométrico sería sólo ilustrativo. (Cfr. Ibídem, pp. 535-546). Para el profesor de Kiel la versión completa de la fórmula del peso contiene: “[...] junto a las intensidades de las intervenciones en los principios, los pesos abstractos de los principios en colisión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de realización de los principios en colisión, ocasionadas por la medida que se enjuicia [...]”. (R. ALEXY, “La fórmula del peso”, cit., p. 481). Es posible también una fórmula del peso “extendida” para situaciones complejas donde entran varios principios en juego. (Cfr. Ibídem, pp. 490-493).

deductivo de las reglas, por lo que la ponderación podría ser defendida como una forma de argumentación del discurso jurídico racional⁹⁰¹.

Por supuesto, lo anterior no debe ser entendido como que la fórmula del peso, ni siquiera en sus versiones más refinadas, garantizaría siempre la precedencia en concreto de uno de los principios o derechos en juego, puesto que podrían darse casos de verdadero empate. Para resolverlos existirían las cargas de argumentación⁹⁰², aunque Alexy, al parecer, no sería del todo concluyente acerca de si en dichos casos ésta debe favorecer a los principios de libertad y de igualdad jurídica⁹⁰³ o, en todo caso, al legislador y al principio democrático⁹⁰⁴.

Finalmente, cabe dejar constancia de que, no obstante que la manera del profesor de Kiel de concebir el subprincipio de ponderación es también la dominante en la “teoría estándar”, ésta ha sido objeto de duro debate. Por ejemplo, para el ámbito español, Bernal Pulido ha señalado hasta tres argumentos principales de carácter iusfilosófico contra la racionalidad de la ponderación, a los que ha tanteado dar respuesta: la indeterminación conceptual, la incommensurabilidad de los principios, y la

⁹⁰¹ Para Alexy: “[...] es una cuestión de central importancia [para la teoría] que exista para la ponderación una contrapartida de este esquema deductivo. Este esquema es la fórmula del peso”. (R. ALEXY, “La construcción de los derechos fundamentales”, Trad. L. Clérigo y J. Sieckmann, en L. CLÉRICO, J. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, cit., p. 20). Para la aplicación del método de Alexy a un caso concreto visto en toda su complejidad, Cfr., por ejemplo: M. ELÓSEGUI ITXASO, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres. Un análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy*, Madrid, CEPC y Universidad de Zaragoza, 2003, pp. 87 ss. Elósegui, en general, no es partidaria de aplicar tal cual el excesivo afán de sistematización del método alexiano. (Cfr. M. ELÓSEGUI ITXASO, “El principio de proporcionalidad de Alexy y los acomodamientos razonables...”, cit., p. 140). Sobre los peligros de esta sistematización, volveremos luego. (Cfr. Cap. VI.A.2).

⁹⁰² Al respecto, Cfr. C. BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77, 2006, p. 65; o, del mismo autor: “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, 26, 2003, pp. 231-232 y 237.

⁹⁰³ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 504 ss.

⁹⁰⁴ Cfr. R. ALEXY, “Epílogo”, cit., pp. 545 ss.

imposibilidad de predecir sus resultados⁹⁰⁵. Por su parte, Atienza⁹⁰⁶ ha intentado hacer frente también a algunas de las críticas de Moreso⁹⁰⁷ y de García Amado⁹⁰⁸, sin perjuicio de formular las suyas propias, aun cuando aceptando las tesis centrales de Alexy. Para Atienza, el profesor alemán cometería básicamente dos tipos de errores: el primero,

⁹⁰⁵ Para Bernal: “Existe un nexo entre estas tres objeciones. La imposibilidad de predecir los resultados de ponderación se debería a su indeterminación conceptual y el factor principal que determinaría esta indeterminación, sería la inexistencia de una medida común que posibilitara determinar el peso de los principios relevantes en cada caso concreto”. (C. BERNAL PULIDO, “¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España”, en J. SIECKMANN (Ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 229). Bernal hace frente a estos y a otros argumentos críticos. (Cfr. Ibídem, pp. 233-241).

⁹⁰⁶ Respecto de Moreso, Cfr. M. ATIENZA, “A vueltas con la ponderación”, en M. ATIENZA y J. A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Palestra, 2012, pp. 23-24 y 32-33; y respecto de García Amado, Cfr. Ídem, pero sobre todo: M. ATIENZA, “Carta sobre la ponderación” y “Contestación a la carta de Juan Antonio García Amado” en M. ATIENZA y J. A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, cit., pp. 87-110 y 133-138, respectivamente.

⁹⁰⁷ Para remediar lo que sería cierto particularismo de la ponderación *ad hoc* de Alexy, Moreso propone una estrategia “especificacionista”, que parte del modelo de los principios de Atienza y de Ruiz Manero, y que busca desmarcarse de un enfoque meramente subsuntivo, sin caer en el criticado particularismo. (Cfr. J. J. MORESO, “La aritmética de la ponderación”, “Conflictos entre principios constitucionales”; y “Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales”, en *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 312-318, 277-284 y 295-307, respectivamente). Para Atienza, el modelo alexiano no sería particularista, mientras que el planteamiento de Moreso sería muy semejante al de Alexy. (Cfr. M. ATIENZA, “A vueltas con la ponderación”, cit., pp. 24 y 32-33). Para el profesor de la Universidad Pompeu Fabra en un reciente trabajo (Cfr. J. J. MORESO, “Atienza: dos lecturas de la ponderación”, en J. AGUILÓ REGLA y P. GRÁNDEZ CASTRO (Eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza*, cit.) es posible interpretar que Atienza se aleja del particularismo de Alexy y se acerca más bien a su propia propuesta (Cfr. M. ATIENZA, “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”, cit.) Para Clérigo, el enfoque de Moreso enriquecería una parte del modelo alexiano. (Cfr. L. CLÉRICO, “Los “casos” en el modelo de la ponderación orientado por reglas. El modelo alexiano de ponderación en comparación con el modelo “especificacionista” de Moreso”, en C. BERNAL PULIDO (Ed.), *La doble dimensión del derecho*, cit., pp. 230 ss.) Cabe destacar que Moreso ha incorporado a su modelo especificacionista el necesario recurso a las virtudes, en particular, a la prudencia en su sentido aristotélico-tomista (Cfr. J. J. MORESO, “Virtudes, particularismo y aplicación del derecho”, en P. LUQUE SÁNCHEZ (Ed.), *Particularismo. Ensayos de Filosofía del derecho y Filosofía moral*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 191 ss.); esfuerzo que celebramos por las razones que quedarán en evidencia más adelante. (Cfr. Cap. VI.B.2 y C.2). Para Bernal: “[...] la ponderación es un tipo racional de pensamiento, bien conocido y utilizado en diversas áreas de la reflexión humana, que no conduce a una jurisprudencia *ad hoc* [...]. La única manera de eliminar la ponderación, consiste en reemplazar su nombre por uno distinto o camuflar su existencia en medio de otra estructura argumentativa [...]”. (C. BERNAL PULIDO, “¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático?”, cit., p. 236). Sobre la cuestión de si en el *logos* de lo razonable de Recaséns hay algo de lo que denuncia Bernal Pulido, y sobre si, en general, ponderar en la argumentación implica necesariamente hacerlo respecto de unos derechos o principios concebidos en conflicto, volveremos luego. (Cfr. Cap. VI.B.2 y C.2, respectivamente).

⁹⁰⁸ Cfr. J. A. GARCÍA AMADO, “Sobre los derechos fundamentales y sus conflictos y sobre ponderaciones en la resolución de casos”, en C. HERMIDA y J. A. SANTOS (Coords.), *Una Filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2015, pp. 1355-1377. Sobre todo: “Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza” y “Respuesta a la epístola de Manuel Atienza”, en M. ATIENZA y J. A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, cit., pp. 39-85 y 111-132. Si bien no compartimos el no cognitivismo de García, creemos que sus críticas abren algunas perspectivas valiosas para intentar la superación del modelo de la teoría “estándar”, lo que quedará en evidencia en el siguiente capítulo. (Cfr. Cap. VI.C).

como correlato de su incompleta concepción de los principios⁹⁰⁹, y el segundo, de tipo “retórico”, consistente en presentar la racionalidad de la ponderación bajo apariencia de cálculo matemático⁹¹⁰. Por nuestra parte, creemos que dicho debate hace patente la necesidad de encontrar caminos alternativos al “conflictivismo” como enfoque que subyace a la ponderación⁹¹¹, sobre lo que será oportuno reflexionar al final del siguiente capítulo.

Con lo señalado, nos encontramos ahora en condiciones de ofrecer una síntesis del modelo de sistema jurídico completo de Alexy.

3. El lado pasivo y el lado activo del modelo

Para el profesor alemán, existirían insuficiencias en dos tipos de modelos de sistema jurídico⁹¹². En primer lugar, el modelo de sólo reglas, donde el juez está fuertemente vinculado en los casos fáciles —donde las reglas determinan la solución—, pero no lo está en los casos difíciles —ante las lagunas de apertura de las reglas—, frente a los cuales decidiría siguiendo criterios extrajurídicos⁹¹³. En segundo lugar, el modelo de sólo reglas y principios, donde se conserva la fuerza vinculante de las reglas, pero se

⁹⁰⁹ Cfr. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., pp. 168-176.

⁹¹⁰ Para Atienza, la “fórmula del peso” alexiana, no sería más que “[...] un uso metafórico del lenguaje matemático, que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en cuanto ha llevado a pensar a muchos (aunque no sea esto exactamente lo que piense Alexy) que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no (como parecería obvio que tendría que ser) en la atribución de los valores respectivos [...].” (M. ATIENZA, “A vueltas con la ponderación”, cit., p. 21). Aunque Atienza parece ser más crítico con ello, recientemente. (M. ATIENZA, “Por qué no conocí antes a Vaz Ferreira”, cit., p. 21). Para Alexy: “Si se considera de modo aislado la fórmula del peso, en realidad, nos puede dar fácilmente la impresión de que con ella se pretende sustituir la argumentación por el cálculo [...]. No obstante, este punto de vista es equivocado porque es incompleto. Las cifras que se aplicarían en las variables de la fórmula del peso representan clasificaciones que precisan de una fundamentación que la fórmula del peso no puede aportar por sí sola”. (Cfr. R. ALEXY, “Un concepto no positivista de derecho fundamental: sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral”, en M. ELÓSEGUI ITXASO (Dir.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios parlamentarios y del Estado Autonómico, 2016, p. 39).

⁹¹¹ Cfr. J. CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, cit., pp. 31 ss. Para un crítica de la ponderación como método interpretativo en su versión “conflictual”, Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, en M. CARBONELL y P. GRÁNDEZ CASTRO (Coords.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010, pp. 311-319.

⁹¹² Cfr. R. ALEXY, “Sistema jurídico y razón práctica”, cit., pp. 167-170.

⁹¹³ Alexy se refiere también a la inviabilidad de un modelo puro de principios. (Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 95-98).

decide los casos difíciles también en base a estándares jurídicos que, sin embargo, pueden resultar indeterminados. Esto último sería así, puesto que no existiría un “orden duro” de principios que pueda alcanzar un único resultado, sino sólo un “orden débil”⁹¹⁴ conformado por tres elementos: a) un sistema de condiciones de precedencia sobre el peso relativo de los principios⁹¹⁵, b) un sistema de estructuras de ponderación⁹¹⁶ y c) un sistema de precedencias *prima facie*⁹¹⁷.

Ante la imposibilidad de que reglas y principios regulen por sí mismos su aplicación, Alexy propone un modelo que sería más adecuado que los reseñados, pues clausuraría no sólo las lagunas de apertura del nivel de las reglas, sino también las lagunas de indeterminación propias del nivel de los principios. Se trata de un modelo que incorpora al lado pasivo de las reglas y los principios, un lado activo: el tercer nivel del sistema jurídico, el del procedimiento. Para el profesor de Kiel, cada nivel, no obstante sus limitaciones, ofrecería una contribución necesaria a la racionalidad del sistema jurídico. A su juicio, sólo un Estado constitucional democrático —incompatible con el legalismo— que incorpore la ponderación entre, por un lado, los principios materiales de la Constitución y, por otro lado, el principio formal de la competencia de decisión del legislador legitimado democráticamente⁹¹⁸, podría ser razonablemente

⁹¹⁴ Cfr. Ibídem, pp. 130-135.

⁹¹⁵ Que se expresa, como vimos, en la ley de colisión. (R. ALEXY, “Sistema jurídico y razón práctica”, cit., p. 171).

⁹¹⁶ Que se expresa, como tuvimos oportunidad de apreciar, en los subprincipios de idoneidad y necesidad, respecto de las posibilidades fácticas, y en la ley de ponderación, en sentido estricto, respecto de las posibilidades jurídicas. (Ídem.)

⁹¹⁷ Para el profesor alemán: “Como precedencia *prima facie* de tipo general puede ser interpretada la “suposición básica de libertad”. (BVerfGE 6, 32 (42); 13, 97 (105); 17, 306 (313 s.); 32, 54 (72).) Las precedencias *prima facie* no contienen, por cierto, determinaciones definitivas. Pero, con todo, establecen cargas de argumentación. De esta manera, crean un cierto orden en el ámbito de los principios”. (Ibídem, p. 172).

⁹¹⁸ Para Alexy, la diferencia específica entre los principios sustanciales o materiales (como la justicia) y los principios formales (como el de seguridad jurídica) es que mientras los primeros tienen por objeto la optimización de ciertos contenidos, los segundos persiguen la optimización de las decisiones legales, sin tener en cuenta su contenido. (Cfr. R. ALEXY, “Los principios formales”, *Doxa*, 37, 2014, pp. 20 ss. Concretamente sobre los márgenes de acción epistémicos, Cfr. R. ALEXY, “Derecho constitucional y derecho ordinario - Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales...*, cit., pp. 81-92). Para una discusión sobre las concepciones de “principio formal” y de sus objeciones, Cfr. A. PORTOCARRERO QUISPE, *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 173 ss. Sobre el modelo alexiano de relación entre derechos fundamentales y democracia, Cfr. R. ALEXY, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, Trad. A. García Figueroa, en M. CARBONELL (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 37 ss.

viable. A su modo de ver, todo ello sería “[...] un argumento para sostener que un constitucionalismo moderado es la concepción del sistema jurídico que permite realizar en mayor medida la razón práctica”⁹¹⁹.

Para finalizar este acápite, cabe señalar que la discusión sobre reglas, principios y procedimiento, nos deja en la necesidad de abordar el último aspecto que tiene vital importancia para caracterizar adecuadamente la teoría “estándar”, de tal manera que nos permita realizar cabalmente el prometido contraste con el modelo recaseniano.

E. La dimensión axiológica del sistema

Se ha denunciado desde cierto iuspositivismo que lo que estaría en el fondo de varias de las tesis sostenidas por la teoría “estándar” sería, de alguna u otra forma, un intento de reeditar lo que se ha llamado “iusmoralismo”⁹²⁰, algo que podría catalogarse también como “imperialismo de la argumentación” en tanto que reelaboración sofisticada de un “imperialismo de la moral”⁹²¹. Veremos en seguida hasta qué punto estas percepciones pueden ser ciertas, más allá de la valoración negativa de sus autores.

1. La conexión necesaria entre derecho y moral

Alexy, en concreto, reconoce que las tesis defendidas a partir de su libro *El concepto y la validez del derecho*, significaron algo semejante a un “eje” dentro de su obra⁹²². En ese trabajo, tras criticar que el positivismo jurídico falle respecto del concepto de derecho al concebir la relación entre derecho y moral a partir de la tesis de

⁹¹⁹ Cfr. R. ALEXY, “Sistema jurídico y razón práctica”, cit., pp. 172-177.

⁹²⁰ Cfr. J. A. GARCÍA AMADO, “¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica?”, cit., pp. 380 ss.; o del mismo autor: “Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis (parcial) de la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy”, en *Iusmoralismo(s). Dworkin, Alexy, Nino*, Arequipa, Legisprudencia.pe, 2014, p. 150.

⁹²¹ Cfr. M. BARBERIS, “¿Imperialismo de la argumentación?”, cit., pp. 331 ss.; o del mismo autor: “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, Trad. S. Sastre Ariza, en M. CARBONELL (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 264 ss.

⁹²² R. ALEXY, “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años”, Trad. J. Portocarrero, en C. BERNAL PULIDO (Ed.), *La doble dimensión del derecho*, cit., p. 73. Para Vigo, con ello se evidencia que “[...] la filosofía jurídica aleyana comenzó por problemas jurídicos particulares para desembocar finalmente en lo modular [...]”. (R. L. Vigo, “La evolución del pensamiento jurídico de Robert Alexy”, en *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo*, cit., p. 394).

la separación⁹²³, se concentra en la justificación de la tesis de la conexión conceptual y normativa necesaria —es decir, no sólo contingente o empírica— entre el derecho y la moral. Si bien asume un marco conceptual constituido por cinco distinciones, defiende que aquella de Hart que distingue entre la perspectiva del observador (punto de vista externo) y la del participante (punto de vista interno), sería la determinante⁹²⁴. En ese orden de ideas, desde la perspectiva externa, la tesis de la separación sería acertada, pero sólo para una norma jurídica considerada aisladamente, pues un sistema jurídico completo, para ser clasificado como derecho, debería formular si quiera implícitamente una pretensión de corrección, aun cuando no la satisfaga en los hechos⁹²⁵.

En cambio, desde la perspectiva interna —de primacía conceptual para entender lo que es el derecho⁹²⁶—, el profesor alemán mantiene la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral, la que justifica a través de tres argumentos interconectados: el de la corrección, el de la injusticia y el de los principios. El primero afirma que tanto las normas y las decisiones judiciales aisladas, como los sistemas jurídicos completos, formulan necesariamente una pretensión de corrección en su contenido: los participantes, al promulgar o al decidir el derecho, o estarían postulando su corrección o incurrirían en una contradicción performativa que implicaría una falla conceptual, y en la medida en que la pretensión tendría implicaciones morales —en concreto: de justicia— se pondría de manifiesto la tesis de la conexión⁹²⁷. Pero como se podría objetar

⁹²³ Cfr. R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, cit., pp. 13 ss.

⁹²⁴ Cfr. H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, cit., p. 111. Para Alexy: “[...] adopta la *perspectiva del participante* quien en un sistema jurídico participa en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico esta ordenado, prohibido y permitido o autorizado. En el centro de la perspectiva del participante se encuentra el juez [...]. Adopta la *perspectiva del observador* quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico [...]” (R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 31. Cursivas en el texto).

⁹²⁵ Cfr. Ibídem, pp. 33-41.

⁹²⁶ Gaido explora la relevancia de este enfoque y sus consecuencias incluso en lo que podrían significar inconsistencias respecto de otras tesis de la propuesta de Alexy. (Cfr. P. GAIDO, “El alcance de la pretensión de corrección en la teoría de Robert Alexy”, en L. CLÉRICO, J. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, cit., pp. 257-268).

⁹²⁷ Cfr. R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, cit., pp. 41-45. Con lo cual, la tesis de la corrección original vinculada a la argumentación, ha sido ampliada para abarcar a todo el derecho. (Cfr. R. ALEXY, “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento...”, cit., p. 74). Para MacCormick, todo el que esté vinculado con la operación del derecho “[...] tiene justificación para implementar, reformar o interpretar disposiciones del sistema sólo cuando se satisface una condición. Ésta es que existan fundamentos para creer que la disposición en cuestión satisface alguna concepción de la justicia razonable, o persigue la realización de un elemento del bien común razonablemente ponderado de modo que resulte

que la tesis de la separación no queda afectada, ya sea porque a) la no satisfacción de la pretensión de corrección —salvo en el caso extremo del sistema que no la formula en absoluto— tendría sólo consecuencias cualificantes y no clasificantes⁹²⁸; o ya sea porque b) la pretensión de corrección tendría un contenido trivial al carecer de implicaciones morales; a juicio de Alexy, habría que ofrecer dos argumentos adicionales⁹²⁹.

El argumento de la injusticia —aquel que se expresa en la célebre fórmula de Radbruch, y que Alexy sintetiza: “la injusticia extrema no es derecho”⁹³⁰—, apunta a situaciones excepcionales, y tendría carácter clasificante, sobre todo, si se refiere a las normas aisladas⁹³¹, teniéndola también respecto de los sistemas jurídicos en su totalidad, pero sólo a través de sus consecuencias en las primeras⁹³². Finalmente, el argumento de los principios, se dirige a la vida jurídica cotidiana, y afirma básicamente que todo sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene necesariamente principios (tesis de la incorporación), que estos principios pertenecen a alguna moral (tesis moral), y que la decisión de los jueces que está vinculada necesariamente a la corrección, incluye por tanto la corrección de los principios morales que pondera para

razonablemente coherente con la concepción relevante de la justicia [...].” (N. MACCORMICK, *Instituciones del derecho*, cit., p. 326).

⁹²⁸ Recordemos que para Alexy una conexión conceptual es clasificante cuando el carácter jurídico de una norma o de un sistema depende de la satisfacción del criterio moral, mientras que es cualificante cuando la no satisfacción de ese criterio sólo marca su deficiencia por razones conceptuales, pero —lo que resulta decisivo—no sólo en el plano moral, sino también en el jurídico. (Cfr. R. ALEXY, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, cit., pp. 50-51).

⁹²⁹ Cfr. R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 45. Para un duro escrutinio de las tesis alexianas por parte de Bulygin, y sus contrargumentos, Cfr. R. ALEXY y E. BULYGIN, *La pretensión de corrección en el derecho*, cit., pp. 41 ss. Cfr. también: R. ALEXY, “En torno al concepto y la naturaleza del derecho”, en *El concepto y la naturaleza del derecho*, Trad. C. Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 92-96; y E. BULYGIN, “Robert Alexy y el concepto de derecho”, en L. CLÉRICO, J. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, cit., pp. 269-278.

⁹³⁰ Para Radbruch, el conflicto entre justicia y seguridad jurídica debe resolverse en favor del derecho positivo aun cuando sea injusto “[...] a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insopportable, que deba considerarse “como falso derecho” y ceder el paso a la justicia [...].” (G. RADBRUCH, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, cit., pp. 34-35). Alexy se ha ocupado sobre todo de esta parte de la fórmula, o “fórmula de la intolerancia”. (Cfr. R. ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, cit., pp. 228 ss.) Tesis que, como vimos, resultó decisiva para la reforma del modelo propuesto por Recaséns. (Cfr. Cap. IV.A.3). Sobre ello diremos algo más en el siguiente capítulo. (Cfr. Cap. V.C.2).

⁹³¹ Para defenderlo, el profesor de Kiel enfrenta los argumentos lingüístico, de la claridad, de la efectividad, de la seguridad jurídica, del relativismo, de la democracia, de la inutilidad y de la honestidad con un resultado que juzga positivo. (Cfr. R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, cit., pp. 46-67).

⁹³² Cfr. Ibídem, pp. 68-73.

alcanzar la solución en los casos difíciles (tesis de la corrección)⁹³³. A su juicio, este conjunto de argumentos no demostraría la conexión necesaria del derecho con alguna moral designada como correcta, pero sí con una moral correcta en el sentido de moral fundamentada racionalmente —es decir, procesalmente—, la que funcionaría como una idea regulativa⁹³⁴.

Para Nino, en cambio, si bien no podría aceptarse una conexión conceptual de carácter necesario entre derecho y moral⁹³⁵, sí podría afirmarse sin problema una conexión necesaria tanto justificatoria⁹³⁶, como interpretativa⁹³⁷. Para el profesor argentino, sostener la tesis de la conexión justificatoria y, al mismo tiempo, tomarse la Constitución en serio implicaría hacer frente a la pregunta sobre si la Constitución termina siendo superflua para las decisiones jurídicas⁹³⁸. Recurre así a la célebre figura de la construcción de una catedral para evidenciar que, al tratarse de una obra colectiva cuyos realizadores no pueden controlar por sí mismos el resultado final, éstos —es decir, los partícipes de la práctica colectiva jurídica—, deberían decidir no según la racionalidad de lo que les pareciera óptimo, sino según lo que les pareciera mejor

⁹³³ Cfr. Ibídem, pp. 73-82.

⁹³⁴ Para Alexy: “[...] Su vinculación con el derecho significa que al derecho pertenecen no sólo las reglas especiales de la fundamentación jurídica, sino también las reglas generales de la argumentación moral [...]”. (Ibídem, p. 84).

⁹³⁵ Para el profesor argentino: “[...] no existe un concepto de derecho que sea verdadero, en tanto que los demás son falsos. Por lo tanto, la pregunta sobre si existe una relación conceptual entre derecho y moral, [...] carece de respuesta [...]”. (C. S. NINO, *Derecho, moral y política*, cit., p. 44).

⁹³⁶ Nino hace referencia en ese sentido a la “no insularidad del discurso jurídico”, lo que implicaría “[...] que no existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación de razones morales [...]”. (Cfr. Ibídem, pp. 82-86). Para un debate de la tesis, Cfr. P. NAVARRO, C. REDONDO y J. J. MORESO, “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, en P. NAVARRO y C. REDONDO, *Normas y actitudes normativas*, México, Fontamara, 2^a ed., 2000, pp. 77 ss.; y C. S. NINO, “Respuesta a J. J. Moreso, P. E. Navarro y M. C. Redondo”, *Doxa*, 13, 1993, pp. 261-264.

⁹³⁷ Afirma: “[...] el derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral”. (C. S. NINO, *Derecho, moral y política*, cit., p. 129).

⁹³⁸ Cfr. C. S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 4^a reimp., 2013, pp. 14 ss. Nino ya se lo había planteado antes de alguna manera: “[...] Lo paradójico [...] es que parece que, para que las normas jurídicas sean operativas, para que provean o completen razones para actuar, es necesario recurrir a principios morales; pero esos principios indican por sí mismos cómo debemos conducirnos, lo que hace superfluas a las normas jurídicas”. (C. S. NINO, *El constructivismo ético*, Madrid, CEC, 1989, pp. 115-116). Sobre la insuficiencia de las respuestas de Nino a esta “paradoja”, Cfr. J. CIANCIARDO, “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y del derecho. Una aproximación desde el pensamiento de Carlos Nino”, *Díkaion*, 19, 2010, pp. 63 ss.; o C. I. MASSINI CORREAS, “La “paradoja de la irrelevancia” y la obligatoriedad del derecho. La respuesta anticipada de Tomás de Aquino”, en J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO y R. SANTA MARÍA D’ANGELO (Coords.), *Derecho natural y iusnaturalismos*, cit., pp. 359 ss. Sobre este asunto, retornaremos en el siguiente capítulo. (Cfr. Cap. VI.C.1).

considerando las elecciones de otros, lo que llama: “racionalidad de lo segundo mejor”⁹³⁹. Eso lo lleva a plantear como solución al problema, un razonamiento escalonado a dos niveles: el primero, en el que se deberían articular las razones iusfundamentales y consensuales que legitiman o no la práctica social constituida por la Constitución; y sólo si el resultado es favorable, pasar al segundo —constreñido ya por el primero—, en el que se trata de aplicar la Constitución para justificar acciones y decisiones, pero excluyendo los principios morales que pudiendo parecer en sí mismos mejores, sin embargo, implicarían restar vigencia a la Constitución⁹⁴⁰.

En la línea de lo reseñado, no cabe duda de que lo más común entre los cultores de la teoría estándar es desmarcarse, de alguna u otra forma, del positivismo jurídico⁹⁴¹. Alexy, por ejemplo, rechaza, tanto los iuspositivismos incluyente y excluyente, como los que llama no-positivismos “súper-incluyente” y “excluyente”, para abrazar más bien un

⁹³⁹ Señala: “[...] Si la única forma de tomar decisiones justificadas moralmente es hacerlo en el contexto de prácticas sociales existentes fundadas en una constitución, es necesario preservar[las] [...], aún quizá cuando ellas provengan de la ortodoxia democrática. Esta necesidad está sólo limitada por la situación en que las prácticas son tan malas que ellas no pueden ser mejoradas. Sólo en este caso, que es la peor situación, está moralmente justificada la decisión, a la luz de la constitución ideal, de no tener en cuenta la constitución histórica y enfrentar el riesgo de no poder establecer exitosamente otra”. (C. S. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Trad. R. Saba, Barcelona, Gedisa, 1^a reimp., 2003, p. 57).

⁹⁴⁰ Cfr. C. S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., pp. 70 ss. Atienza considera que así, tanto Nino como él mismo, escapan de la acusación de proponer un “imperialismo de la moral”. (Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 285 ss. y 375 ss.) Sobre este asunto volveremos luego. (Cfr. Cap. VI.C.2).

⁹⁴¹ Incluso respecto de Nino —quien acepta explícitamente la tesis central del positivismo conceptual o metodológico (Cfr. C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2^a ed., 12^a reimp., 2003, p. 43.)— existen razones suficientes para pensar que dicha opción no es compatible con su tesis de la no insularidad del derecho. (Cfr. S. BLANCO, “La argumentación jurídica como sucedáneo imperfecto del razonamiento moral. La teoría de C. S. Nino”, en P. SERNA BERMÚDEZ (Dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, cit., pp. 228 ss.) Moreso distingue algunas conexiones necesarias entre el derecho y la moral que, dependiendo de su formulación más específica, pueden ser admitidas por el positivismo. (Cfr. J. J. MORESO, “Sobre seis posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral”, en C. HERMIDA y J. A. SANTOS (Coords.), *Una Filosofía del derecho en acción*, cit., pp. 67-82).

“no-positivismo incluyente”⁹⁴². Otros, como MacCormick⁹⁴³ o Atienza y Ruiz Manero⁹⁴⁴, han dado el paso desde el positivismo jurídico, a lo que prefieren llamar “postpositivismo”⁹⁴⁵.

En ese sentido, el profesor de la Universidad de Kiel ha formulado la tesis de la “doble naturaleza del derecho”, por la que sostiene que el derecho tiene una dimensión real o fáctica —cuyo elemento central es la coerción⁹⁴⁶—, y una dimensión ideal o crítica —con la pretensión de corrección como elemento clave⁹⁴⁷—, cuyo recto balance se expresaría precisamente en el no-positivismo incluyente propuesto. Se trataría de dos dimensiones cuya conexión dialéctica pertenecería a la naturaleza o esencia del derecho⁹⁴⁸. A su juicio, ésta sería una tesis abstracta y formal, que para determinar su

⁹⁴² Mientras que el no-positivismo excluyente propondría que todo defecto moral conduce a la invalidez jurídica, y el súper-incluyente, que ningún defecto moral conduce a ella, el no-positivismo incluyente propondría la fórmula de Radbruch: sólo si se traspasa el umbral de injusticia el defecto moral conduce a la invalidez jurídica. (Cfr., R. ALEXY, “El no-positivismo incluyente”, *Doxa*, 36, 2013, pp. 16-18). Para Finnis, la disyunción “positivismo-no positivismo” resulta ser históricamente errada y teóricamente injustificada. (Cfr. J. FINNIS, “Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s «Ideal Dimension»”, *The American Journal of Jurisprudence*, 59, 2014, pp. 96-98.)

⁹⁴³ Para MacCormick: “[...] Si el universo del pensamiento está necesariamente dividido en dos campos mutuamente excluyentes de modo tal que quienquiera que admite algún mínimo moral como esencial para la existencia del derecho queda fuera del campo positivista [...], esta teoría [la suya] cae en este campo rival [...]. Quizá es más adecuado decir que este libro presenta una teoría institucional del derecho, y que esta teoría [es] [...] pospositivista, si no antipositivista”. (N. MACCORMICK, *Instituciones del derecho*, cit., pp. 344-345). Cfr. También: N. MACCORMICK, “MacCormick on MacCormick”, en A. J. MENÉNDEZ y J. E. FOSSUM (Eds.), *Law and Democracy in Neil MacCormick’s Legal and Political Theory*, Dordrecht, Springer, 2011, p. 24.

⁹⁴⁴ Para los profesores de Alicante: “[...] El positivismo jurídico ha agotado ya [...] su ciclo histórico. En contra de lo que han sostenido algunos autores [...], el llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esa forma de entender el Derecho. El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional [...] porque tiene (en todas sus variantes) un enfoque exclusivamente del Derecho como sistema, y no (también) del Derecho como práctica social [...].” (M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *Para una teoría postpositivista del Derecho*, cit., p. 152).

⁹⁴⁵ En realidad, para Atienza, también Nino y Alexy serían postpositivistas. (Cfr. M. ATIENZA, “Prólogo”, en N. MACCORMICK, *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, Trad. J. Gascón Salvador, Rev. L. Vega Reñón, Lima, Palestra, 2016, p. 14).

⁹⁴⁶ Los otros dos serían la institucionalización de los procedimientos de creación y aplicación de las normas, y el asentimiento o aceptación real del derecho. (Cfr. R. ALEXY, “La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho”, en *El concepto y la naturaleza del derecho*, cit., p. 54).

⁹⁴⁷ Cfr. R. ALEXY, “La doble naturaleza del derecho”, cit., pp. 29 ss. Para una crítica de esta tesis, Cfr. J. SIECKMANN, “La tesis de la naturaleza dual en la teoría de Robert Alexy”, Trad. M. Chuquillanqui, en C. BERNAL PULIDO (Ed.), *La doble dimensión del derecho*, cit., pp. 92 ss.

⁹⁴⁸ Señala: “En mis trabajos juveniles evité expresarme sobre el concepto de naturaleza [...]. Sin lugar a dudas esto se debió a mi cercanía a la [...] filosofía analítica [...]. Sin embargo, cuando comencé a reflexionar acerca del problema del positivismo jurídico, rápidamente me pareció claro que este problema no podría ser resuelto sin emplear el concepto de necesidad [...]. Indagar acerca de las propiedades

contenido exigiría ser explicada en el marco de un sistema, cuya idea central es lo que denomina “institucionalización de la razón”⁹⁴⁹. Para el profesor alemán, el constitucionalismo democrático sería la forma política más adecuada a la institucionalización de la razón, y la mencionada naturaleza dialéctica abarcaría sus elementos cruciales: los derechos fundamentales, la democracia, la argumentación jurídica y la jurisdicción constitucional, pues éstos mostrarían que la razón requiere de instituciones para concretizarse, y que éstas requieren razones para legitimarse⁹⁵⁰. El último acápite de este subcapítulo estará destinado, precisamente, a examinar el primero de dichos elementos cruciales.

2. Los derechos humanos y los derechos fundamentales

Mientras que en su *Teoría de los derechos fundamentales*⁹⁵¹ Alexy se ocupó de la estructura de tales derechos en tanto que subjetivos, a partir de tres tipos de entidades: disposición jurídica, norma jurídica y posición jurídica⁹⁵²; en sus trabajos posteriores, profundizó más bien en su fundamentación o justificación⁹⁵³, tema en el que nos centraremos en lo que sigue.

necesarias específicas a un objeto, es indagar sobre sus propiedades esenciales; así como indagar acerca de [ellas] [...], es indagar acerca de su naturaleza. La única característica esencial del Derecho la constituye su naturaleza dual [...].” (R. ALEXY, “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento...”, cit., pp. 77-78).

⁹⁴⁹ Cfr. R. ALEXY, “La institucionalización de la razón”, cit., pp. 234 ss.

⁹⁵⁰ Cfr. R. ALEXY, “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento...”, cit., pp. 76-77.

⁹⁵¹ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 151 ss. De particular importancia resulta que para Alexy: “[...] Del carácter de principio de las normas de derecho fundamental deriva, no sólo que, en razón de los principios contrapuestos, los derechos fundamentales están restringidos y son restringibles, sino que también sus restricciones y la posibilidad de restringirlos, son restringidas. Una restricción a los derechos fundamentales sólo es admisible si en el caso concreto a los principios contrapuestos les corresponde un peso mayor que aquél que corresponde al principio de derecho fundamental [...]”. (Ibídem, p. 257). Finalmente añade: “[...] La garantía del contenido del artículo 19 párrafo 2 LF no formula ninguna restricción a la posibilidad de restringir los derechos fundamentales, que [sea] adicional a la del principio de proporcionalidad. Sin embargo, como la garantía del contenido esencial es equivalente a una parte del principio de proporcionalidad, ella es una razón más a favor de la validez del principio de proporcionalidad”. (Ibídem, p. 262). Para Nino, por ejemplo, también los derechos están en conflicto. (Cfr., C. S. NINO, “Conflictos de derechos”, en *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2013, pp. 113 ss.) Para una tesis alternativa, Cfr. P. SERNA BERMÚDEZ y F. TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, cit., pp. 37 ss. Sobre este asunto diremos luego algo más. (Cfr. Cap. VI.C.2).

⁹⁵² Cfr. C. BERNAL PULIDO, “El carácter fundamental de los derechos fundamentales”, en L. CLÉRICO, J. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, cit., p. 91.

⁹⁵³ Cfr. R. ALEXY, “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento...”, cit., pp. 79-84.

Para el profesor de Kiel, los derechos humanos tendrían cinco características conceptuales⁹⁵⁴. **a) Universalidad**, por la que sus destinatarios son todos los individuos de la especie humana, sin mediación de título adquisitivo, y los destinatarios son también los grupos y Estados. Se trataría de derechos que pueden ser absolutos o relativos, dependiendo de si se tienen frente a todos los seres humanos o no, respectivamente. **b) Moralidad**, por la que existen cuando la norma que los concede vale moralmente, lo que ocurre si está justificada racionalmente frente a cualquiera que participe en una discusión racional. **c) Fundamentalidad**, por la que su objeto de protección no es todo bienestar, sino sólo los intereses y necesidades fundamentales, los que guardan relación con la existencia y la autonomía del ser humano, y que pueden ser más o menos sensibles a la historia⁹⁵⁵. **d) Prioridad** frente al derecho positivo, en tanto que no sólo no pueden ser derogados por éste, sino que son además el patrón de su interpretación. **e) Abstracción**, en el sentido en que los desacuerdos sobre derechos humanos, vienen vinculados generalmente a su concreción.

El rasgo de la moralidad de los derechos humanos sería el mejor camino hacia su fundamentación o justificación. En opinión de Alexy, su existencia residiría en su validez moral, dependiente de su fundamentabilidad⁹⁵⁶. Su carácter moral no excluiría su positivización, lo que podría ocurrir por su incorporación a pactos internacionales o a la Constitución de un país. De ocurrir esto último, pasarían a ser derechos fundamentales o constitucionales, es decir, serían también derecho positivo⁹⁵⁷. Lo anterior pondría en evidencia la naturaleza dual de los derechos fundamentales, pero también, el que su

⁹⁵⁴ Cfr. R. ALEXY, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y libertades*, 8, 2000, pp. 24-31; y R. ALEXY, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, en *La institucionalización de la justicia*, cit., pp. 80-82.

⁹⁵⁵ De hecho, el profesor alemán plantea dos tesis de mucha relevancia al respecto, que expresan lo que llama “universales jurídicos materiales”. La primera: la existencia de derechos humanos básicos que poseen “validez eterna”, y la segunda: que las normas jurídicas formalmente válidas y eficaces que son incompatibles con derechos humanos básicos, son extremadamente injustas, y por lo tanto, no son derecho. En ese sentido, Alexy plantea una “contingencia reflexiva”, que por una parte es relativa al tiempo, pero por otra, lo trasciende, en tanto que aspira a la realización de la verdad o corrección práctica. (Cfr. R. ALEXY, “Derecho, discurso y tiempo”, cit., pp. 64 ss.) Sobre la problemática de lo permanente y lo histórico en el derecho, volveremos en seguida. (Cfr. Cap. VI.C.1).

⁹⁵⁶ Cfr. R. ALEXY, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, cit., p. 81; o “Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales”, cit., pp. 35-37.

⁹⁵⁷ Cfr. R. ALEXY, “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, Trad. P. Larrañaga, en *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Fontamara, 1^a reimp., 2007, pp. 48-52.

fundamentabilidad dependa de la de los derechos humanos, en tanto que caso especial de la fundamentación de las normas morales en general⁹⁵⁸.

El profesor alemán —descartando tanto los enfoques escépticos, como algunos de los no-escépticos⁹⁵⁹—, pretende justificar los derechos humanos a partir de su propia variante de la fundamentación de la concepción liberal kantiana de los mismos, signada por los principios de universalidad y de autonomía⁹⁶⁰. Se trata de una fundamentación teórico-discursiva directa —es decir, de derechos discursivamente necesarios— en dos escalones: el primero, las reglas del discurso⁹⁶¹, y sobre la base de éste, el segundo: los derechos humanos.

Para Alexy, un argumento de naturaleza “explicativa” se construye si se analiza la praxis discursiva —la de afirmar, preguntar y argumentar—, y se descubre, como necesariamente presupuestas, reglas que expresan las ideas de libertad e igualdad del participante en el discurso en cuanto participante⁹⁶². Pero como ello no implicaría que dicha necesidad se dé también en el campo de la acción, las capacidades discursivas deben conectarse con el interés de hacer uso de ellas en la vida real —“interés en la corrección”—, conexión que implicaría el reconocimiento de los demás como seres

⁹⁵⁸ Cfr. R. ALEXY, “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento...”, cit., p. 80.

⁹⁵⁹ Cfr. R. ALEXY, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, cit., pp. 82-86; o “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, cit., pp. 52-59.

⁹⁶⁰ Señala: “[...] El principio de universalidad de los derechos humanos afirma que todos los hombres tienen determinados derechos [...]. El principio de autonomía obra en dos direcciones. Se refiere tanto a la autonomía privada como también a la pública [...]. Objeto de la autonomía pública es la elección en común con otros, y la relación de una concepción política de lo justo y de lo bueno. En la autonomía pública están necesariamente ligados derechos humanos y democracia [...].” (R. ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., p. 62). Alexy se apoya en parte en Nino, para quien: “[...] La regla básica del discurso moral, que constituye el acuerdo mínimo que suscribimos en forma tácita cuando participamos lealmente en él, podría expresarse de este modo: “*Es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, juzgue válidos*” [...]”. (C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, cit., p. 230. Cursivas en el texto).

⁹⁶¹ Cfr. Cap. V.B.1. Alexy ve claro que los intentos (Cfr., por ejemplo, A. CORTINA ORTS, “Pragmática formal y derechos humanos”, en G. PESES-BARBA MARTÍNEZ (Ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, pp. 125-133.) de fundamentar los derechos humanos infiriéndolos de la teoría del discurso es inviable, pues reconocer al otro como interlocutor, no implicaría reconocerlo como persona. (Cfr. R. ALEXY, “Una concepción teórico discursiva de la razón práctica”, cit., p. 152, nota 69).

⁹⁶² A juicio de Alexy: “[...] el argumento de consenso conduce a un complemento necesario del argumento de autonomía. Este complemento consiste en la introducción de la imparcialidad y con ello de la igualdad. De este modo entra en juego el segundo elemento central de la concepción liberal de los derechos humanos. La autonomía se complementa a través de la universalidad en forma de igualdad e imparcialidad”. (R. ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., pp. 116-117).

autónomos, es decir, como personas, por lo que se les estaría confiriendo dignidad, con los derechos humanos que ello implica⁹⁶³.

El profesor de Kiel completa este argumento con uno que llama “existencial”, vinculado a justificar el interés en la corrección a partir de la aceptación de nuestras posibilidades discursivas, entendiéndonos a nosotros mismos como “criaturas discursivas”⁹⁶⁴. Finalmente, acepta que resulta imposible fundamentar los derechos humanos en cuanto derechos morales, sin conceptos como “autonomía” y “persona”, lo que implicaría aceptar la existencia de entidades que no pueden ser identificadas por medios psíquicos y físicos, lo que exigiría una metafísica racional o analítica de carácter universal; un concepto de metafísica, sin embargo, no “enfático” —es decir, omnicomprensivo, necesario, normativo, y salvífico—, sino sólo “constructivo”⁹⁶⁵.

El concepto clave de “autonomía individual” en el sentido kantiano del término está estrechamente asociado, entre los cultores de la teoría estándar —como acabamos de apreciar—, al de dignidad de la persona como fundamento de los derechos humanos⁹⁶⁶. En concreto, para Atienza, por ejemplo, desde su dimensión “filosófica”, la

⁹⁶³ Cfr. R. ALEXY, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, cit., pp. 87-88.

⁹⁶⁴ Para Alexy: “[...] Aquí puede hablarse de fundamentación porque no se trata de cualesquiera preferencias encontradas no importa dónde, sino de una confirmación de algo ya necesariamente demostrado como posibilidad por la vía de la explicación”. (Ibidem, p. 89).

⁹⁶⁵ Cfr. Ibidem, pp. 90-94. Sodero señala con acierto que una fundamentación de este tipo apela, o al menos, necesita, alguna “naturaleza humana”. (Cfr. E. SODERO, “Alexy y la rehabilitación de la pregunta sobre el concepto de derecho”, en L. CLÉRICO, J. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, cit., p. 252). A nuestro juicio, esa es la tercera alternativa que no considera Nino, entre concebir la persona moral a partir de características graduables como la racionalidad, o la de hacerlo en términos meramente biológicos. (Cfr. C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, cit., pp. 43-45). Sobre este asunto regresaremos en el siguiente capítulo. (Cfr. Cap. VI.C.1).

⁹⁶⁶ Para Sieckmann: “La idea de autonomía es central para la filosofía práctica moderna, así como para la filosofía jurídica y para el Derecho. Proporciona un fundamento normativo para el Estado constitucional, en particular a través de las ideas de autonomía política, de autonomía individual o personal y de dignidad humana [...]”. (J. SIECKMANN, “El concepto de autonomía”, *Doxa*, 31, 2008, p. 466). Para Dworkin, tomarse los derechos en serio, implicaría aceptar la idea “vaga, pero poderosa”, de la dignidad humana en el sentido kantiano. (Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., p. 295). Como se sabe, para Kant: “[...] todo ser racional, como fin en sí mismo, habría de poder considerarse al mismo tiempo como legislador universal con respecto a todas las leyes a las que pueda verse sometido, porque justamente esa pertinencia de sus máximas para con una legislación universal es lo que le distingue como fin en sí mismo, e igualmente esta dignidad (prerrogativa) suya por encima de todos los seres simplemente naturales comporta que siempre haya de adoptar sus máximas desde su propio punto de vista, pero al mismo tiempo haya de asumir también el punto de vista de cualesquiera otros seres racionales como legisladores (a los que por eso se les llama también personas) [...]”. (I. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, <438>).

dignidad —como límite negativo a lo moralmente admisible, en el sentido de la segunda formulación del imperativo categórico kantiano—, se asociaría a los valores de la igualdad y de la autonomía —primera y tercera fórmula del imperativo kantiano, respectivamente— para ser el fundamento de todos los derechos⁹⁶⁷. Por su parte, para Nino, la dignidad sería uno de los principios, conjuntamente con el de autonomía —complementado por el “hedonista”⁹⁶⁸— y el de la inviolabilidad de la persona, de los que se desprenderían derechos humanos concretos⁹⁶⁹.

Precisamente, el intento metaético de Nino por justificar un objetivismo moral de carácter discursivo o argumentativo —no razonablemente descubierto, sino razonablemente construido— que dé sustento al derecho a través de la incorporación de los derechos humanos, quizá pueda considerarse el más completo⁹⁷⁰. Se trata de un constructivismo ético que pretende situarse entre los propuestos por Habermas y por Rawls⁹⁷¹. También Alexy, en el mismo esfuerzo por rehabilitar la razón práctica —como

⁹⁶⁷ M. ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en *Bioética, derecho y argumentación*, Lima, Palestra, 2^a ed., 2010, pp. 189-192. Atienza entiende que de los tres valores superiores imponderables —es decir: que no admiten gradación ni excepción— de “dignidad”, “autonomía” e “igualdad”, sólo le pasaría a la dignidad el hecho de ser imponderable siempre, pues no se plasmaría, como sí los otros dos, en derechos concretos ponderables, como el de libertad de expresión o el de igualdad ante la ley. (Cfr. Ibídem, pp. 193-194; y M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “A modo de epílogo: una conversación sobre teoría del derecho y otras varias cosas”, en *Para una teoría postpositivista del Derecho*, cit., pp. 287-289). Para Ruiz Manero, por su parte, la “gramática profunda” del principio de dignidad, lo haría imponderable, pues tendría una vertiente justificativa indudable, pero su vertiente directiva, sólo se reconduciría a través de los derechos fundamentales inherentes a ella. (Cfr. J. RUIZ MANERO, “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli”, en L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Un debate sobre principios constitucionales*, cit., pp. 256-258). Para Alexy, el art. 1. de la Ley Fundamental, daría la impresión de que la dignidad sería un principio absoluto o imponderable, pero en realidad lo que ocurriría, es que daría lugar a dos normas distintas, un principio y una regla, es decir, no sería un derecho fundamental “normal”. (Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 86-89; y R. ALEXY y M. ATIENZA, “Entrevista a Robert Alexy”, en R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 504). Ruiz Manero no ve diferencias significativas en estos matices. (Cfr. M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “A modo de epílogo: una conversación sobre teoría del derecho y otras varias cosas”, cit., pp. 293-294). Sobre esto volveremos más adelante. (Cfr. Cap. VI.C.1).

⁹⁶⁸ Cfr. R. ALEXY, “La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino”, *Doxa*, 26, 2006, pp. 182 ss.

⁹⁶⁹ Cfr. C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, cit., pp. 199-301.

⁹⁷⁰ Lo que no significa que no pueda ser objeto de acertadas críticas desde ambos flancos. Cfr. por ejemplo, S. BLANCO, “La argumentación jurídica como sucedáneo imperfecto del razonamiento moral”, cit., pp. 252 ss.; o J. C. BAYÓN, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEC, 1991, pp. 224 ss. Particularmente interesante nos resulta el camino que ensaya Moreso para responder desde los presupuestos de Nino al “dilema de Eutifrón”. (Cfr. J. J. MORESO, “Constructivismo ético y el dilema de Eutifrón”, en *La Constitución: modelo para armar*, cit., pp. 101-110). Aunque, a nuestro juicio, ni siquiera la mejor defensa del constructivismo ético acaba por responder solventemente al dilema. Sobre ello retornaremos en el momento oportuno. (Cfr. Cap. VI.B.1).

⁹⁷¹ Cfr. C. S. NINO, *El constructivismo ético*, cit., pp. 91-110. Lo intenta a través de dos tesis. a) La ontológica: “La verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica

tuvimos oportunidad de ver—, pretende ir en última instancia más allá de Habermas, a través de una metafísica, aunque sólo de carácter “constructivo”⁹⁷².

Con esta última reflexión hemos querido retornar al punto de partida de este capítulo: la de la teoría “estándar” es una argumentación procedural axiológica, donde se destaca —aunque no de manera exclusiva— un componente de orden moral. La importancia de ello quedará aún más de relieve, cuando en el siguiente capítulo nos ocupemos tanto del contraste con el modelo de Recaséns, como de la propuesta de un horizonte de superación de ambos enfoques.

discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos”. b) La epistemológica: “La discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no sólo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que a través de la reflexión individual alguien pueda tener acceso al conocimiento de soluciones correctas, aunque debe admitirse que este método es mucho menos confiable que el colectivo, debido a la dificultad de permanecer fiel a la representación de los intereses de otros y ser imparcial”. (C. S. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 161).

⁹⁷² Cfr. R. ALEXY, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, cit., pp. 89-94.

CAPÍTULO VI: CONTRASTE DE LAS PROPUESTAS Y HORIZONTE DE SUPERACIÓN

En este último capítulo propondremos caminos que pueden ser útiles para la superación de algunos aspectos tanto de la teoría “estándar”, como del modelo recaseniano sobre la interpretación jurídica. Para ello, en primer lugar, daremos cuenta de los aportes comparativos de la teoría estándar de la argumentación jurídica. En segundo lugar, nos detendremos en las ventajas correlativas de la propuesta recaseniana acerca del *logos* de lo razonable. Finalmente, ofreceremos dichos horizontes de superación o mejora, sometiéndolos a una breve discusión.

A. Aportes de la teoría estándar de la argumentación jurídica

Como dejamos claro en su momento⁹⁷³, los siguientes aportes, así como los rasgos de los que dimos cuenta en el capítulo anterior y que constituyen su fuente, han sido seleccionados teniendo en cuenta la propuesta recaseniana —y en particular, su revalorización—, de tal manera que pueda favorecer el contraste crítico entre ambos enfoques. Desde luego, no obstante el inevitable sesgo según lo señalado, se trata de dos conjuntos de aportes que pretenden identificar objetivamente la fisonomía de la teoría “estándar”, y en particular, del modelo propuesto por Robert Alexy. Dedicaremos cada uno de los siguientes acápite a ellos.

1. Clarificación de las dimensiones y de los problemas de la argumentación jurídica

Luego de revisar tanto el modelo interpretativo de Recaséns como el argumentativo de la teoría estándar, parece claro que este último aventaja al primero nítidamente en cuanto a la clarificación de algunas de las dimensiones y de los problemas fundamentales del razonamiento jurídico. Lo veremos brevemente.

⁹⁷³ Cfr. Introducción; y Cap. V.A.

Quizá sea lo más llamativo al respecto, las dos distinciones que con toda razón señala Atienza como características de la teoría “estándar”⁹⁷⁴. En primer lugar, la distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación, con un marcado acento de preocupación por este último, concentrándose en la evaluación racional de la argumentación jurídica. En segundo lugar, la distinción y el intento integrador de los aspectos interno y externo de la justificación: como tuvimos oportunidad de ver, mientras que el primer aspecto tiene por objeto hallar la respuesta correcta a través del respeto a las reglas de la inferencia al operar con las premisas; en el segundo se destacan, sobre todo, las más complejas dimensiones materiales del razonamiento práctico —sin descuidar las lógico-formales, desde luego—, en concreto, aquellas que versan sobre la decisiva justificación razonable de la validez de la premisa fáctica y de la normativa.

Creemos que lo dicho es correcto, no obstante valga la pena señalar que en Recaséns las preocupaciones aludidas estaban también presentes de alguna u otra manera, aunque sin la necesaria clarificación —explícitamente pretendida por nuestro autor⁹⁷⁵—, la que llegaría sólo tiempo después con los aportes de la teoría estándar⁹⁷⁶. Por ejemplo, nos queda claro que, más allá de lo que una primera lectura del ambiguo lenguaje de Recaséns pueda sugerir, el profesor hispano-mexicano no rechazó el rol de la lógica formal en la interpretación y aplicación razonables del derecho. Definitivamente no la consideró una suerte de “obstáculo” para el razonamiento jurídico⁹⁷⁷ —como sí lo hizo con la *forma mentis* del formalismo jurídico—, sino que, más bien, la valoró como no tan decisiva como la lógica material, para alcanzar la respuesta más justa en el caso concreto⁹⁷⁸.

⁹⁷⁴ Cfr. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., pp. 13 y 67-68; o *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 31. Cfr. también Cap. V.A.

⁹⁷⁵ Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 249-251; y *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 664.

⁹⁷⁶ Cfr. J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., p. 40.

⁹⁷⁷ Cfr., por ejemplo, M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 263 y 267.

⁹⁷⁸ Como vimos (Cfr. Cap. II.A.2), si por momentos parecía que la lógica formal o de lo racional debía ser reemplazada por el *logos* de lo razonable —pues sería una provincia distinta de la lógica—, en otros momentos planteaba a ambas dimensiones del razonamiento jurídico como complementarias. En concreto, para Recaséns: “[...] la mera lógica es insuficiente para resolver problemas jurídicos; pues el tratamiento de éstos requiere necesariamente otras consideraciones. Pero una vez que esas consideraciones extralógicas han suministrado los esclarecimientos necesarios, entonces, en un ámbito

Un segundo aspecto a destacar es cómo la teoría estándar ha logrado estructurar lógicamente e incorporar casi connaturalmente los clásicos métodos interpretativos del derecho, a manera de razones o formas de argumentos que operan dentro del razonamiento jurídico justificatorio⁹⁷⁹. En ese sentido, tiene razón Cabra Apalategui al señalar que no sólo no era necesario renunciar a dichos métodos para elaborar una propuesta de la interpretación jurídica como la que Recaséns concibió, sino que resultaba más bien imprescindible incorporarlos para no dañar su carácter propiamente jurídico⁹⁸⁰.

Sin embargo, creemos que nuestro autor, si bien estuvo lejos de ofrecernos una estructura y una sistemática de dichos métodos, y más bien por momentos daba la apariencia de oponerse radicalmente a ellos⁹⁸¹, en el fondo pretendió realizar una idea, por lo menos, semejante a la destacada por Cabra. Para el maestro hispano-mexicano el *logos* de lo razonable no reemplaza propiamente a los métodos clásicos en cuanto meros métodos, sino que se postula más bien para superar su “pluralidad” y su aplicación instrumental arbitraria —es decir, para dirigirlos, restándoles su pretendida autonomía—, en cuanto “meta-método” prudencial interpretativo⁹⁸². Por su parte, Castro Cid había notado ya en Recaséns la afinidad de su *logos* de lo razonable con algunos métodos tradicionales aparentemente rechazados por él, como el objetivo y el teleológico⁹⁸³. En ese sentido, no debemos olvidar también que la misma equidad —entendida por él como método a superar, en el sentido de mera corrección de la

limitado, puede operar la lógica formal”. (L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., p. 477. Cursivas en el texto).

⁹⁷⁹ Alexy, por ejemplo, se refiere a los cánones de interpretación, como parte de la justificación externa de las decisiones jurídicas. (Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 323 ss.) En un sentido semejante: N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 121 ss. Cfr. también, Cap. V.C.3.

⁹⁸⁰ Cfr. J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., pp. 52 ss.

⁹⁸¹ Por ejemplo: “[...] lo que de verdad deberíamos desechar de una vez y para siempre es el referirnos a una pluralidad de diversos métodos de interpretación (literal, subjetivo, subjetivo-objetivo, consuetudinario, histórico, analógico, equidad, etc.) [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 183-184).

⁹⁸² Para Recaséns: “[...] Lo único que se puede formular con validez universal es la regla siguiente. En cada caso el juez debe interpretar la ley de aquel modo y según el método que lleve a la solución más justa entre todas las posibles, incluso cuando el legislador impertinentemente hubiese ordenado un determinado método de interpretación [...]”. (Ibídem, p. 181). Cfr. también: Cap. II.B.2.

⁹⁸³ Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 234, nota 72.

interpretación literal de la ley—, sería luego admitida en un sentido más amplio como coextensiva al *logos* de lo humano: precisamente como el “meta-método” interpretativo que Recaséns propone⁹⁸⁴. A nuestro modo de ver, el que nuestro autor sea tan crítico con que el legislador estipule taxativamente un método de interpretación —en particular, si se trata del literal— debe entenderse como una defensa de que su único “método” tiene más de razón práctica global orientada a los problemas jurídicos, que de una técnica o instrumento particular excluyente para la solución de casos concretos⁹⁸⁵.

Un tercer aspecto en que la teoría estándar muestra definitivas ventajas frente a la propuesta recaseniana es la distinción y clarificación de lo que podríamos llamar diversos “momentos” o “facetas” del razonamiento jurídico, y de las que hemos pasado breve revista en el capítulo previo. Más allá de que sean asuntos donde el debate permanezca abierto⁹⁸⁶ —y más aún, si los mismos conducen a discusiones metateóricas de fondo⁹⁸⁷—, no cabe duda de que el método analítico ha resultado sumamente útil en ese sentido, también para los impulsores de la teoría estándar⁹⁸⁸. Por ejemplo, pensemos en los sentidos estricto, amplio y amplísimo de “interpretación jurídica” de Wróblewski⁹⁸⁹; o en el modelo de relación entre reglas y principios en la decisiones jurídicas que involucran derechos fundamentales propuesto por Alexy⁹⁹⁰; o en los roles complementarios de la coherencia y de la consistencia en la justificación externa que plantea MacCormick⁹⁹¹; o, finalmente, en las concepciones formal, material y pragmática de la argumentación jurídica que prefiere distinguir Atienza⁹⁹².

⁹⁸⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, voz “Equidad”, cit., pp. 428-429; o *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 246. Cfr. también: Cap. II.B.4.

⁹⁸⁵ Cfr. Balance de la Primera Parte.

⁹⁸⁶ Cfr., por ejemplo, M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 202 ss. y 265 ss.

⁹⁸⁷ Cfr., por ejemplo, M. BARBERIS, “¿Imperialismo de la argumentación?”, cit., pp. 327 ss.; o R. L. VIGO, “El iusnaturalismo clásico frente a las teorías de la interpretación...”, cit., pp. 195 ss.

⁹⁸⁸ Para Kaufmann, en concreto, la teoría de la argumentación procede principalmente de la analítica. (Cfr. A. KAUFMANN, *Hermenéutica y derecho*, Rev. Trad. J. A. Santos, Granada, Comares, 2007, p. 95).

⁹⁸⁹ Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 21 ss.

⁹⁹⁰ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 63 ss.

⁹⁹¹ Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 119 ss.

⁹⁹² Cfr. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., pp. 76 ss.

Recaséns, en cambio, ni siquiera en aquello que corresponde a sus aportes más penetrantes, logra una aceptable claridad, por lo menos para los estándares contemporáneos. Recordemos, por ejemplo, lo difuso de la relación que plantea entre el *logos* de lo razonable y la lógica formal; o entre la dialéctica —en el sentido de argumentación—, y la interpretación y la aplicación jurídicas; o entre la prudencia y la equidad en su dinámica al interior del *logos* de lo razonable para las soluciones jurídicas⁹⁹³; o entre los principios que dimanan de la dignidad del hombre, los ideales de carácter general, los valores o las ideas *a priori*, los bienes, los propósitos y los fines, y su rol respectivo en la interpretación y en la aplicación equitativas del derecho⁹⁹⁴. Ello, sin desmerecer, por supuesto, que Recaséns tenga bazas fuertes en otros aspectos del paralelo con la teoría estándar, como veremos en el siguiente subcapítulo.

2. Esfuerzo por desarrollar una teoría general de la argumentación jurídica

Si bien, como señala Vega Reñón⁹⁹⁵, estamos todavía lejos de haber concebido una teoría general de la argumentación acabada o exhaustivamente solvente —suponiendo que ello sea posible—; los impulsores de la teoría estándar han realizado, complementariamente, un extraordinario esfuerzo por lograr una teoría general de la argumentación específicamente jurídica⁹⁹⁶, que abarque, en ese sentido, casi todos los aspectos del razonamiento práctico jurídico, siempre bajo la renovada perspectiva de la argumentación.

Por supuesto, con ello no queremos decir que esta perspectiva global sobre la razón práctica y su dimensión jurídica sea patrimonio original o exclusivo de los modelos de Alexy y de los demás cultivadores de la teoría estándar. Como señala Pérez Luño, creemos que es indudable que dichos esfuerzos entroncan de alguna u otra manera con los que, por ejemplo, hicieran los clásicos españoles de la Segunda Escolástica como Vitoria, Soto, Molina o Vázquez⁹⁹⁷. Recordemos en ese sentido que la tesis doctoral de

⁹⁹³ Cfr. Cap. II; y Balance de la Primera Parte.

⁹⁹⁴ Cfr. Cap. IV.

⁹⁹⁵ Cfr. L. VEGA REÑÓN, *Introducción a la Teoría de la argumentación*, cit., p. 15.

⁹⁹⁶ Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 135-136.

⁹⁹⁷ Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, “Los clásicos españoles del derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica”, cit., pp. 317 ss.

Recaséns fue precisamente sobre uno de los epígonos de ese movimiento intelectual hispánico renovador: Francisco Suárez⁹⁹⁸. Incluso Atienza mismo ha reconocido con toda justicia, por ejemplo, que en Tomás de Aquino se encuentran ya esbozadas y magistralmente combinadas las tres concepciones o dimensiones de la argumentación que destacamos como aporte del profesor de Alicante en el acápite anterior⁹⁹⁹. Lo mismo, sin duda, puede decirse de alguna u otra manera del propio Aristóteles, por ejemplo, como Recaséns mismo ha dejado constancia en más de una ocasión¹⁰⁰⁰.

Pero concentrándonos en los aportes específicos de la teoría estándar, queda claro que hablamos de una teoría que se hace cargo, por ejemplo, tanto de la fundamentación iusfilosófica de la práctica jurídica, como de su concreción¹⁰⁰¹; que se ocupa no sólo de las complejidades de la interpretación del derecho y de su aplicación, sino también de las de su creación legislativa¹⁰⁰²; que se detiene sobre todo en el contexto de justificación, diseñando modelos técnicos de cierta sofisticación para la evaluación concreta de la argumentación justificatoria, pero sin olvidar del todo el contexto de descubrimiento¹⁰⁰³; que si bien se ocupa principalmente del razonamiento decisorio de las instancias judiciales definitivas, no deja de preocuparse también por las peculiaridades propias de los otros contextos en que se realiza la justificación jurídica¹⁰⁰⁴; que, como vimos, se centra sobre todo en la justificación material del derecho, pero sin descuidar los aspectos lógico-formales del mismo¹⁰⁰⁵; que versa principalmente sobre la justificación de la premisa normativa del razonamiento jurídico, pero preocupándose también por la premisa fáctica, es decir, por los problemas probatorios¹⁰⁰⁶; y que no sólo es consciente de la relevancia de los aspectos axiológicos —en particular de los morales— para el razonamiento jurídico, sino que se esfuerza por

⁹⁹⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *La Filosofía del derecho de Francisco Suárez...*, cit.

⁹⁹⁹ Cfr. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., p. 78.

¹⁰⁰⁰ Cfr. por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 339 ss.; *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 290; o *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 261. Cfr. también: Cap. II.B.

¹⁰⁰¹ Cfr., por ejemplo, A. AARNIO, R. ALEXY y A. PECZENIK, “The Foundation of Legal Reasoning”, cit.

¹⁰⁰² Cfr., por ejemplo, M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 53 ss.

¹⁰⁰³ Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 423 ss.

¹⁰⁰⁴ Cfr. Ibídem, pp. 703 ss.

¹⁰⁰⁵ Cfr., por ejemplo, R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 305 ss.; o N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 19 ss.

¹⁰⁰⁶ Cfr., por ejemplo, M. GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, cit., pp. 47 ss.

explicar las instancias propias en que dicha conexión moral-jurídica se da a nivel teórico y también práctico¹⁰⁰⁷.

En suma, es preciso reconocer que el de la teoría estándar es un extraordinario esfuerzo por traducir la razón práctica en una metodología global —no sólo ordenada, sino ante todo sistemática— del razonamiento jurídico, en particular del judicial-justificatorio, todo ello desde la rica perspectiva que ofrece la argumentación. Por lo que podemos concluir que se trata de un esfuerzo valioso por desarrollar una teoría general de la argumentación jurídica, que no había sido siquiera esbozada por Recaséns¹⁰⁰⁸; pero que, creemos, en sus intenciones de fondo, le hubiese resultado al profesor hispano-mexicano del todo sugerente, dado sus últimos esfuerzos por elaborar tanto una nueva Filosofía de la interpretación del derecho —que dé cuenta de la creación, interpretación y aplicación jurídicas¹⁰⁰⁹—, como de una teoría general del *logos* de lo razonable —que se ocupe de la razón práctica toda, pero en particular, de su dimensión jurídica¹⁰¹⁰—.

Lo señalado en el párrafo anterior como destacable, no es óbice para que podamos cuestionar si era realmente necesaria, o siquiera posible, una sistematización de la razón práctico-jurídica como la pretendida por la teoría estándar. Ciertamente no se trata de criticar el esfuerzo por elaborar una metodología global para dar cuenta ordenadamente y racionalmente —o aún mejor, razonablemente— de los diversos problemas jurídicos¹⁰¹¹, sino más bien de confrontar un sesgo mucho más específico de dicho esfuerzo: lo que Haba —desde una postura de corte irracionalista que tampoco compartimos— ha criticado gruesamente, aunque con acierto, como “intelectualismo”¹⁰¹². Nos referimos a un intento de sistematización procedural-

¹⁰⁰⁷ Cfr. C. S. NINO, *Derecho, moral y política*, cit., pp. 21 ss.; y *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., pp. 66 ss.

¹⁰⁰⁸ Cfr. J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., p. 58.

¹⁰⁰⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 22-24.

¹⁰¹⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 7-47.

¹⁰¹¹ Esfuerzos como esos, que entroncan directamente con los clásicos latinos y españoles, se han conocido también en el mundo hispánico, no hace demasiado tiempo. Por citar sólo un par de ejemplos de ambos lados del atlántico: F. A. LAMAS, *La experiencia jurídica*, (1991), cit.; o J. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de las leyes*, (1991), cit.; y *Metodología de la determinación del derecho*, (1994-1996), cit.

¹⁰¹² Para Haba: “Casi todos los que escriben estudios al respecto, en cualquiera de las variadas direcciones teóricas existentes en el seno de la disciplina Teoría del Derecho, tienden a contemplar el pensamiento jurídico como manifestación, sea en unas u otras formas, del paradigma fundamental constituido por una gran ficción general básica: la idea de que ese pensamiento está determinado por, o en todo caso ha de

ideal de la razón práctica, en la que se ha creído conveniente tratar de convertir la metodología del derecho, desde luego, en un intento honesto por eliminar la arbitrariedad del razonamiento jurídico.

Por supuesto, no se trata ya del sistematicismo deductivista que criticaron Viehweg¹⁰¹³, Perelman¹⁰¹⁴ o el propio Recaséns¹⁰¹⁵, sino de una sistematización más bien proceduralista de la razón práctica, quizá como vestigio de la común dependencia racionalista kantiana por parte de los diversos modelos defendidos por los partidarios de la teoría estándar¹⁰¹⁶. En todo caso, creemos que este fenómeno está mucho más presente, por ejemplo, en la obra de Alexy¹⁰¹⁷, que en la de Atienza¹⁰¹⁸, aunque en la de este último se deja sentir también, de alguna manera, en su intento por lograr un esquema metodológico que sea autosuficiente para evaluar cualesquiera de las complejas formas en que la razón práctica pueda justificar las decisiones jurídicas¹⁰¹⁹. A diferencia del sistematicismo criticado en su momento por Recaséns¹⁰²⁰, en la teoría estándar las premisas son débiles, aunque la fortaleza de las conclusiones se pretende lograr, como es sabido, a partir del rigor del procedimiento ideal-racional, lo que se ha llamado: modelo de razón “débil-fuerte”¹⁰²¹.

ser reconstruido como, una estructura del tipo “sistema jurídico” [...]. (E. HABA, “Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación”, cit., p. 75).

¹⁰¹³ Cfr. T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, cit., pp. 73 ss.

¹⁰¹⁴ Cfr. C. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación jurídica*, cit., pp. 30 ss.

¹⁰¹⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 144 ss.

¹⁰¹⁶ Aun cuando se trate de teorías procedimentales, en un sentido, más exigentes que la kantiana, y hayan sido construidas para resolver específicamente problemas práctico-morales. (Cfr. L. GIANFORMAGGIO, “La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa*, 14, 1993, pp. 160 ss.)

¹⁰¹⁷ A nuestro juicio resulta sintomático en el sentido señalado, que Alexy diseñase una fórmula matemática del peso para evidenciar —aun cuando sólo sea figurativamente—, el rigor racional del proceso de ponderación en sentido estricto que propone. (Cfr. R. ALEXY, “La fórmula del peso”, cit.)

¹⁰¹⁸ Quizá se dé un tanto en el profesor de Alicante —a diferencia de los representantes no hispanos de la teoría estándar— lo que Recaséns advertía con acierto respecto del pensamiento español en general: tanto un sentido eminente de lo práctico y de lo vital, como cierta tendencia a la unidad del conocimiento por encima de su disgregación. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Contribuciones españolas al estudio de la prudencia”, cit., pp. 188 ss.)

¹⁰¹⁹ El propio Atienza reconoce: “[...] Quizá sea imposible dar cuenta completa de todos esos elementos [se refiere no sólo la forma de la argumentación, sino las razones que se esgrimen en sus diversos tipos y los elementos pragmáticos de la misma]; o si se quiere, para lograrlo habría que idear un método que probablemente sería excesivamente complejo o engorroso como para que pudiera ser manejable y, por tanto, de utilidad para el jurista [...]. (Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 424).

¹⁰²⁰ Cabra Apalategui llega a sostener que más que el razonamiento deductivo, lo que critica Recaséns es el pensamiento sistemático como instrumento idóneo para resolver los problemas humanos. (Cfr. J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., p. 47).

¹⁰²¹ Cfr. E. PATTARO, “Models of Reason. Types of Principles and Reasoning”, cit., p. 118.

Recaséns, en cambio, entrevió la necesidad de buscar en la experiencia metafísica de la realidad de las cosas¹⁰²², una suerte de justo medio entre el pensamiento exclusivamente sistemático y el meramente aporético¹⁰²³, que pueda librarnos respecto de los peligros de Escila y Caribdis, en concreto, de los extremos indeseables tanto del racionalismo, como del irracionalismo; aunque a decir verdad —como veremos en el siguiente subcapítulo— estuvo aún lejos de lograrlo.

Tampoco nosotros creemos ser capaces de resolverlo tan fácilmente, pero ofreceremos para la discusión, al final de este capítulo, algunas ideas que podrían ser útiles en dicho cometido. En todo caso, por lo pronto, conviene ocuparnos ya de las ventajas que pueden entresacarse del modelo recaseniano, si hacemos el contraste con la teoría estándar.

B. Ventajas de la propuesta de Recaséns

Este subcapítulo presupone el tratamiento que hicéramos sobre los aportes del maestro hispano-mexicano, en las dos primeras Partes de este trabajo. Aquí incidiremos sintéticamente en aquellos que el contraste con la teoría estándar permita sopesar mejor. Los hemos agrupado también en dos, a los que dedicaremos sendos acápite. Cabe señalar que no nos ha preocupado excesivamente evitar solapamientos, sino que hemos optado por estos puntos, a modo de vistas complementarias por donde se pueda penetrar de la mejor manera en las intuiciones de fondo de Recaséns, las que constituyen, a nuestro juicio, lo más valioso de su patrimonio intelectual. Como veremos, en algunos casos se trata de características que han sido detectadas tempranamente como deficitarias respecto de la teoría estándar por alguno de sus propios impulsores¹⁰²⁴. En otros casos, se trata de rasgos que difícilmente podrían ser

¹⁰²² Cfr. Cap. III.B.

¹⁰²³ Coincide en ello con Zippelius: el sistema no debería ser entendido como punto de partida ni como hipótesis inicial, sino como un proyecto o aspiración de unidad. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 512-515). Para Larenz, por ejemplo, el pensamiento problemático y el sistemático no tienen por qué excluirse. (Cfr. K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del derecho*, cit., p. 156).

¹⁰²⁴ Por ejemplo, la importancia de recurrir a los estudios sociológicos; o de ocuparse de los aspectos descriptivos de la justificación; o de considerar suficientemente el contexto de descubrimiento; o la necesidad de ofrecer razones materiales de equidad que permitan a la razón práctica no sólo descartar la

concebidos como auténticos aportes por la teoría estándar, dadas sus diferencias metateóricas de fondo con respecto al modelo recaseniano. Lo veremos a continuación.

1. Fundamentación experiencial y material del derecho

Para Recaséns, la experiencia de la vida humana auténtica —con su íntima estructura estimativa material— es la realidad radical que funda toda la realidad y, por lo tanto, también la jurídica, la que hace parte de la cultura o vida humana objetivada¹⁰²⁵. Por ello no debe llamar la atención que se refiera explícitamente a la necesidad de una justificación axiológica de los preceptos jurídicos¹⁰²⁶, o que señale que la justificación del derecho es la realización de los valores éticos superiores como la justicia y los derechos humanos, aunque normalmente la motivación radical del mismo sean los valores perentorios o subordinados, como la seguridad jurídica¹⁰²⁷. Pero esta justificación o fundamentación axiológica, abarca no sólo la creación del derecho, sino también su aplicación jurisdiccional, pues la justicia y los valores materiales por ella implicados, son los elementos axiológicos rectores de toda interpretación jurídica, la que ha de ser siempre razonable o, como vimos, “equitativa”¹⁰²⁸.

Queda claro que en el caso del modelo del profesor español, no se trata de una teoría de la fundamentación o justificación racional-ideal del derecho, por lo menos como ocurre con la teoría “estándar”—donde el elemento trascendental de raigambre kantiana es explícitamente el predominante¹⁰²⁹—, sino que su enfoque parte de la experiencia humana concebida en el sentido más amplio posible, y se perfila necesariamente en el contraste con la realidad social¹⁰³⁰. En ese sentido, nos resulta

irracionalidad, sino proponer salidas razonables en los casos más complejos; o, finalmente, cumplir una función moral o política más crítica o menos consecuente con el derecho de los Estados democráticos contemporáneos. (Cfr., por ejemplo, M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 305-325).

¹⁰²⁵ Cfr. Cap. III; y la extensa bibliografía allí citada. En ese sentido, no debemos olvidar que uno de los primeros intentos de sistematización de su propuesta iusfilosófica llevara el nombre de “Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la Filosofía del derecho”.

¹⁰²⁶ Cfr., por ejemplo: L. RECASÉNS SICHES, *Los temas de la Filosofía del derecho...*, cit., pp. 10-11; o *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 367 ss.

¹⁰²⁷ Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, “Unicidad en el método de interpretación...”, cit., pp. 238 ss.

¹⁰²⁸ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 246-247; y *Nueva filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 178 ss.

¹⁰²⁹ Cfr. R. ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., p. 72.

¹⁰³⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 325 ss.

paradójico que en la teoría estándar la justificación práctica del derecho —por así decirlo: real, o si se prefiere: institucional—, termine planteándose como el resultado del seguimiento aproximado o posible de unas pautas procedimentales que, de suyo, se conciben como ideales e irreproducibles en la realidad¹⁰³¹. A nuestro modo de ver, aquello que de acierto ofrecen estas reglas en los diversos niveles del discurso práctico justificatorio, está precisamente en lo que mantienen de conexión con la realidad misma, es decir, con el modo de ser propio de los hombres. Pero el problema al respecto, termina siendo, al menos, doble. En primer lugar: la dificultad de la fundamentación última de dicha conexión con la realidad, asumiendo los presupuestos prioritarios ideales o trascendentales de los que se parte¹⁰³². En segundo lugar: la reducción de la realidad considerada a su exclusiva dimensión empírica o sensible, sin una justificación suficiente para dicha opción gnoseológica¹⁰³³.

Pero si se plantease como salida a este problema, el retorno a cierta pureza trascendental en el esfuerzo metodológico justificante —lo que nos parecería, una suerte de huida hacia adelante—, tampoco creemos que se pueda arribar a una solución más plausible¹⁰³⁴. A nuestro juicio, Kaufmann tiene razón cuando evidencia la

¹⁰³¹ Nos parece que Atienza intenta tomar distancia de una crítica, por lo menos, semejante a la que hemos formulado aquí. (Cfr. M. ATIENZA, “Crítica de la crítica crítica”, cit., pp. 112-113). En realidad, también defiende en cierto sentido a Alexy y a MacCormick al respecto. (Cfr. M. ATIENZA, “Entre callar y no callar: decir lo justo”, cit., pp. 184-185). Por nuestra parte, creemos que aquello que de acertado tiene la excesiva crítica de Haba, no hace mella en una teoría de fuertes acentos sociológicos y realistas no-positivistas como la de Recaséns. (Cfr. E. HABA, “Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación”, cit., pp. 39 ss.) Para Seoane: [...] el haz de reglas y formas de argumentos del discurso parece basar su idoneidad fundamentadora en la corrección hipotética y la justificación suficiente que les confiere Alexy, apelando a una suerte de presunción *iuris et de iure* que únicamente consigue arrinconar el problema de su fundamentación en lugar de afrontarlo, y que acaba lastrando irremediablemente la teoría”. (Cfr. J. A. SEOANE, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica”, cit., p. 177).

¹⁰³² Para Atienza, combinar la fundamentación pragmático-trascendental con una fundamentación empírica como lo hace Alexy no generaría, en realidad, una fundamentación pragmático-trascendental débil, sino una fundamentación más bien empírica. (Cfr. M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., p. 284). Vigo, con acierto, va más allá de esta crítica y cuestiona la viabilidad misma del proyecto de fundamentación pragmática de raigambre neokantiana. (Cfr. R. VIGO, “La teoría jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy”, cit., pp. 334-336).

¹⁰³³ Recaséns, en concreto, terminó por no estar de acuerdo con la reducción de la experiencia de lo real a lo empírico o sensible, actitud gnoseológica que consideró típicamente moderna, y que debía ser superada. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “La experiencia jurídica”, cit., p. 19; o *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 49).

¹⁰³⁴ Desde su propia perspectiva, Cabra Apalategui ha señalado también algunas limitaciones de la justificación procedimental respecto de la corrección jurídica. (Cfr. J. M. CABRA APALATEGUI, “Corrección y racionalidad en el discurso jurídico”, en *Sobre derecho y argumentación. Estudios de Teoría de la argumentación jurídica*, Granada, Comares, 2015, pp. 115-137).

imposibilidad de arribar a contenidos morales materiales o sustantivos —como pretende la teoría estándar— a partir exclusivamente de la mera forma procedural¹⁰³⁵. Desde luego, los contenidos materiales de moralidad —como los derechos humanos, por ejemplo— aparecen muchas veces en las conclusiones del razonamiento práctico-jurídico de la teoría estándar, en una formulación inobjetablemente correcta, o por lo menos pacífica, para los efectos de la argumentación que llevamos a cabo aquí. Sin embargo, al no haberseles podido extraer de la pura formalidad del mismo, hemos de concluir que han tenido que ser explícita o implícitamente presupuestados —es decir: previamente descubiertos y razonablemente formulados—, y en ese sentido, no han podido ser construidos ideal-procesalmente, como se pretende¹⁰³⁶.

Nos parece que lo señalado en el párrafo anterior equivale a sostener que el dilema de Eutifrón recordado y explicado con acierto por Moreso, encuentra su mejor forma de resolverse si recae del lado realista —y no empirista— de Sócrates: precisamente porque los contenidos materiales son realmente correctos, es muy probable que nos parezca razonable que serían valores elegidos por los seres humanos en condiciones procesales ideales¹⁰³⁷. Lo mismo puede ser dicho de otro modo, yendo a lo que, creemos, resulta ser el fondo del asunto: precisamente en las razones no discutidas que podrían explicar el misterioso “equipamiento” de todos los hombres para esa suerte de “gramática moral universal” de la que habla Moreso, estaría la fuente material de dichos contenidos axiológicos correctos¹⁰³⁸.

¹⁰³⁵ Kaufmann se refiere a Rawls, sin embargo, creemos que dicha objeción puede ser perfectamente aplicable al constructivismo ético presente también en los modelos de quienes hemos considerado los casos centrales de la teoría estándar. (Cfr. A. KAUFMANN, “En torno al conocimiento científico del derecho”, *Persona y derecho*, 31, 1994, pp. 18-19; o también: *La Filosofía del derecho en la posmodernidad*, Trad. L. Villar Borda, Bogotá, Temis, 2007, pp. 46 ss.)

¹⁰³⁶ Para Serna: “[...] Los procedimientos no permiten obtener contenidos; su conclusión o resultado es meramente negativa, la no-incorrectitud o irracionalidad, y por ello los procedimientos donde no sólo se argumenta, sino que también se decide, no pueden pensarse, ni diseñarse, como si estuviesen regidos por una teoría de la argumentación en todos sus extremos [...]”. (P. SERNA BERMÚDEZ, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 1^a reimp., 2012, p. 90).

¹⁰³⁷ Cfr. J. J. MORESO, “El constructivismo ético y el dilema de Eutifrón”, cit., p. 103.

¹⁰³⁸ Cfr. Ibídem, p. 107.

A diferencia de la teoría estándar, en la teoría experiencial y prudencial de Recaséns, la racionalidad o razonabilidad meta-metodológica está formulada o “diseñada” —por decirlo de alguna manera— a partir de la experiencia vital que le sirve de fundamento, y con el objetivo de lidiar con lo concreto y problemático de la realidad humana tal cual es. Una realidad que se reconoce como contingente, pero en la que —por debajo de sus circunstancias siempre cambiantes, sus recursos insuficientes y sus posibilidades del todo limitadas— subyacen una naturaleza de las cosas y, sobre todo, una naturaleza humana permanente, que le dan cierta estabilidad y soporte. Dicho de otro modo: la fundamentación del derecho de nuestro autor es una tesis compleja en la que se reconoce en sus últimos estadios de formulación, cierto predominio, no del todo claro, de los insumos teóricos del realismo jurídico clásico aristotélico, tomista y suareciano, frente a los raciovitalistas y neo-kantianos, también presentes¹⁰³⁹.

Para nuestro autor, conocer los caracteres esenciales del hombre hace viable explorar una lógica o *logos* adecuado para lo humano, con lo que la correspondencia entre la naturaleza humana y la de sus problemas sociales, y la razón apropiada para abordarlos, queda suficientemente de manifiesto¹⁰⁴⁰. En ese orden de ideas, vale la pena señalar, por ejemplo, que en el planteamiento de Recaséns no hay espacio para algo parecido a la tesis de un “auditorio ideal” como criterio racional de clausura de toda la fundamentación jurídica —por más fáctico-consensual que pueda terminar siendo en los hechos¹⁰⁴¹—, sino que resulta ser la realidad misma de las cosas humanas —sensible, pero también metafísicamente experimentada—, la pauta última de referencia de la racionalidad práctica o *logos* de lo razonable¹⁰⁴².

En ese sentido, resulta por lo menos cuestionable que Alexy sostenga sin más que su modelo de fundamentación axiológica de corte constructivista ofrezca menos

¹⁰³⁹ Cfr. Cap. II; Balance de la Primera Parte; Cap. III.B y C; Cap. IV; y Balance de la Segunda Parte.

¹⁰⁴⁰ Para Recaséns: “[...] cuando hayamos descubierto esos caracteres esenciales de lo humano, y hayamos establecido las categorías en las que lo humano se da, nos hallaremos ya en el camino para explorar una nueva parte de la lógica, la lógica de lo humano [...].” (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 137).

¹⁰⁴¹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Argumentación, logos de lo humano...”, cit., pp. 164 ss. Cfr., por ejemplo, A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, cit., p. 166. Cfr. también al respecto: J. M. CABRA APALATEGUI, *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*, cit., pp. 99 ss.

¹⁰⁴² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 308 ss.

flancos a la crítica que otros, como el intuicionista de Scheler¹⁰⁴³. Como tuvimos oportunidad de ver, Recaséns, por el contrario, supo pronto que tenía que hallar esa anhelada objetividad axiológico-moral más allá del raciovitalismo de su maestro y del formalismo neokantiano, y la buscó primero en una recepción moderada de las teorías fenomenológico-axiológicas de Scheler y de Hartmann, a través de la formulación de su tesis de la objetividad intravital de los valores materiales, para luego buscarla complementariamente —más allá de lo discutible que pueda resultar dicha compatibilidad— en una metafísica de corte clásico realista, a través de la tesis de una experiencia finalista de la naturaleza humana y de las cosas¹⁰⁴⁴.

Precisamente, en el modelo de Recaséns, la dignidad y los derechos humanos que en ella se justifican son los contenidos materiales primordiales —aunque no excluyentes, desde luego— que concretan y determinan los valores formales de la justicia, la seguridad jurídica y el interés general¹⁰⁴⁵. Como pudimos apreciar, nuestro autor propone, en última instancia, una remisión en la determinación del derecho a la teleología de una naturaleza humana de carácter metafísico¹⁰⁴⁶, en concreto, de una metafísica “enfática” y no constructiva, como la que muy probablemente reprocharía Alexy¹⁰⁴⁷. En Recaséns se trata de una dignidad que por su impronta kantiana hace referencia necesariamente a la autonomía, pero que no se trata de una dignidad meramente o principalmente autonómica como en el caso de la teoría estándar¹⁰⁴⁸, sino

¹⁰⁴³ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 129-130.

¹⁰⁴⁴ Cfr. Cap. III.B y C; Cap. IV.A.1; y Balance de la Segunda Parte.

¹⁰⁴⁵ Cfr. Cap. IV.A.3 y B.1. Queda claro que la semejanza terminológica de los “valores formales” recasenianos con los “principios formales” de Alexy, no se corresponde con una semejanza de sentido, puesto que para el profesor alemán el acento de caracterización de estos principios no está en su vocación a ser completados por la materialidad de los otros valores superiores, como en el caso de Recaséns, sino más bien en su carácter de fortalecimiento del aspecto autoritativo del derecho: “[...] los objetos de optimización de los principios formales son decisiones legales sin tener en cuenta su contenido. Los principios formales requieren que la autoridad de las normas debidamente expedidas y socialmente eficaces sea optimizada [...]”. (R. ALEXY, “Principios formales”, cit., p. 20).

¹⁰⁴⁶ Recordemos que para Recaséns: “Por medio de la experiencia metafísica de las estructuras finalistas de la realidad humana, podemos hallar el camino que nos lleve a captar objetivamente criterios éticos; y, entre éstos, aquéllos pertinentes para la orientación del Derecho. El análisis del orden finalista o teleológico de la realidad humana nos proporcionará las normas de contenido para llenar con auténtica significación el principio formalista de que se debe atribuir o dar a cada quien lo que es suyo [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 292).

¹⁰⁴⁷ Cfr. R. ALEXY, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, cit., pp. 89 ss.

¹⁰⁴⁸ Cfr. M. ATIENZA, “Sobre el concepto de dignidad humana”, cit., pp. 189 ss.; o C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, cit., pp. 199 ss. Cfr. también: Cap. V.E.2.

de una dignidad que se refiere también —y sobre todo— a una ontología, la del ser humano¹⁰⁴⁹.

A nuestro juicio, en esta búsqueda inacabada de realismo metafísico por parte de la axiología jurídica de Recaséns se encuentra la grandeza de su propuesta de fondo, pero también parte importante de su debilidad. Grandeza, porque es la dignidad y los derechos humanos que de ella dimanan el contenido sustantivo que ha de determinar —con mayores pretensiones de objetividad que las que ofrece la teoría estándar— la interpretación más justa de las normas positivas en orden al caso concreto. Pero también su debilidad, pues creemos que en el déficit de contenido material metafísico-realista de la naturaleza humana que sustenta esa dignidad —un déficit de “personalismo” o de “humanismo”, en términos recasenianos¹⁰⁵⁰—, se encuentra precisamente el déficit de un parámetro axiológico verdaderamente objetivo —extra lingüístico, como veremos en el siguiente acápite —para interpretar y determinar en concreto el alcance de dichas normas jurídicas positivas. Pero sobre estos aspectos altamente controvertidos, habremos de volver recién en el último subcapítulo.

2. Estimativa de acento moral-referencial en la interpretación jurídica

En relación con el punto anterior, hay un par de aspectos importantes que se conectan entre sí, y que vale la pena abordar en este acápite. El primero es que, a diferencia de la teoría estándar, en la propuesta de Recaséns el problema interpretativo se muestra como una cuestión genuinamente axiológica, es decir, como un problema acerca del conocimiento, la individualización y la aplicación de los valores jurídicos, y por ello, no puede catalogarse como un problema prioritariamente acerca del esclarecimiento del lenguaje utilizado por el legislador, por el constituyente o por los demás actores de la práctica argumentativa jurídica, como en el caso de la teoría estándar¹⁰⁵¹. Sintéticamente, se podría decir que en Recaséns la interpretación jurídica

¹⁰⁴⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Iusnaturalismos actuales comparados*, cit., pp. 41-42; o *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 334. Cfr. también: Cap. IV.B.1.

¹⁰⁵⁰ Cfr., por ejemplo: L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 323. Cfr. también, Cap. IV.B.

¹⁰⁵¹ Cabra Apalategui llega a señalar al respecto que, para Recaséns: “[...] la interpretación jurídica no es, en lo esencial, un problema lingüístico (semántico), sino valorativo: interpretar significa identificar los

es más un problema de tipo axiológico-referencial de la realidad —aun cuando se pueda problematizar el tipo de realidad al que se refiera¹⁰⁵²—, que un problema de mera o exclusiva significación del lenguaje¹⁰⁵³.

Para el maestro hispano-mexicano, en definitiva, el problema de la interpretación de los valores morales del derecho —en el sentido de individualización jurisdiccional de los mismos¹⁰⁵⁴—, no es principalmente un problema de la textura abierta del lenguaje común que los expresa o de la ambigüedad de los gestos culturales que los recoge, sino más bien de la naturaleza de dichos valores y de su dinámica directiva o normativa de la acción. Ello explicaría, por ejemplo, por qué Recaséns entiende que el juez está siempre vinculado al derecho positivo, pero al mismo tiempo, que no lo está al mero texto de la ley. Para nuestro autor, el derecho positivo aplicable al caso está conformado, sobre todo, por los valores jurídicos escogidos por el legislador o por los jueces en su labor jurisprudencial, y que, en ese sentido, subyacen a la disposición normativa que los designa; aunque el derecho positivo también está constituido para él —como tuvimos oportunidad de ver¹⁰⁵⁵— por aquellos otros valores que sin haber sido recogidos autoritativamente, se les puede reconocer, sin embargo, en las creencias o convicciones sociales más comunes, o que, en todo caso, el juez puede descubrir intravitalmente como indispensables para una interpretación equitativa o justa de la norma jurídica en cada circunstancia particular¹⁰⁵⁶.

criterios o juicios de valor adoptados por el legislador". (J. M. CABRA APALATEGUI, "Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...", cit., p. 56). Cfr. también del mismo autor: "Antiformalismo y argumentación jurídica, cit., p. 79. Cabra reconocerá luego que, para Recaséns, el juez aplica también "otros criterios extrajurídicos", además de los elegidos por el legislador. (Cfr. "Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...", cit., p. 57).

¹⁰⁵² Cfr. Balance de la Primera Parte.

¹⁰⁵³ Sobre estos asuntos, Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho, t. III: El conocimiento y la interpretación jurídica*, cit., pp. 110 ss. Desarrolla la tesis de Massini, desde una perspectiva básicamente coincidente, aunque con matices: P. ZAMBRANO, "Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación", en J. CIANCIARDO *et alii* (Coords.), *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2016, pp. 57 ss. Para las implicancias de una "semántica realista", Cfr. A. LLANO CIFUENTES, *Metafísica y lenguaje*, Pamplona, EUNSA, 1984, pp. 64 ss.

¹⁰⁵⁴ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 628; o también: voz "Interpretación del derecho", cit., pp. 545-546.

¹⁰⁵⁵ Cfr. Cap. IV.B.2.

¹⁰⁵⁶ Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 537 ss. Para Recaséns: "[...] Según los casos, varía [...] la fuente o el criterio de las valoraciones que el juez debe llevar a cabo: en ocasiones tal vez le baste con manejar las valoraciones en las que de hecho y efectivamente está inspirado el orden jurídico positivo, ya formulado de antemano en leyes, reglamentos, precedentes

En todo caso, recordemos que tanto los valores o principios subyacentes a las normas jurídicas instituidas por el legislador o los recogidos jurisprudencialmente por el juez, como aquellas convicciones sociales comunes sobre lo justo, son, para Recaséns, derecho aplicable al caso concreto, pero sólo en la medida en que no sean contrarios a la dignidad del hombre y a los derechos humanos, es decir, que no sean gravemente injustos¹⁰⁵⁷. Por ello, la justicia a la que alude el maestro hispano-mexicano difícilmente puede ser reducida a la moral social predominante o a una moral que subjetivamente se haya planteado realizar el legislador al formular la norma positiva instituida¹⁰⁵⁸.

No obstante, si bien es cierto que la propuesta de Recaséns no reduce ni las normas jurídicas en particular, ni el derecho en general, a mero lenguaje —y en ese orden de ideas, problemas como los de ambigüedad o de indeterminación propios del lenguaje jurídico¹⁰⁵⁹ no dejan al intérprete desprovisto de elementos interpretativos objetivos y genuinamente axiológicos para la determinación razonable del derecho¹⁰⁶⁰—; cabe señalar que, tanto la fundamentación axiológico-jurídica de limitada

jurisprudenciales, etc.; en otras ocasiones, [...] el juez tendrá que integrar esas valoraciones pertenecientes a la legalidad positiva con las valoraciones insertas en creencias y convicciones sociales, en usos y costumbres, estimaciones a las cuales la ley se refiere tácita o expresamente. Y, por fin, hay casos en los cuales el juez tendrá que completar los criterios axiológicos pertenecientes al orden positivo con estimaciones que él realice por propia cuenta". (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 257). Cfr. también: Cap. II.B.4.

¹⁰⁵⁷ Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 189. Cfr. también: Cap. IV.B.2.

¹⁰⁵⁸ Para Cabra Apalategui, uno de los escollos insalvables de la tesis reseñada de Recaséns sería "[...] que el legislador no se propone realizar las exigencias de *la justicia*, sino de *su justicia* [...]" (J. M. CABRA APALATEGUI, "Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...", cit., p. 57. Cursivas en el texto). Por nuestra parte, creemos que tampoco debemos leer la interpretación propuesta por Recaséns, desde modelos que entienden que la interpretación depende exclusivamente de la intención autoritativa. (Cfr., por ejemplo: J. RAZ, "La intención en la interpretación", Trad. J. J. Moreoso y P. E. Navarro, en *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la Teoría del derecho y la razón práctica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 273-304; o, en el mismo libro: "Sobre la naturaleza del derecho", Trad. R. Sánchez Brígido, pp. 118-136).

¹⁰⁵⁹ Cfr., por ejemplo, M. GASCÓN ABELLÁN, "Concepciones de la interpretación y problemas interpretativos", en M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.), *Argumentación jurídica*, cit., pp. 242 ss.

¹⁰⁶⁰ Nos parece que —más allá de los aportes que pueden puntualizarse y que en parte se han indicado ya— el señalado es uno de los peligros que corren los modelos propuestos por algunos representantes de la teoría estándar al concentrarse excesivamente en la analítica de los enunciados jurídicos, corriendo el riesgo de reducir el derecho a dichos enunciados, y de terminar concibiendo una teoría del derecho como una teoría exclusivamente o principalmente referida al lenguaje. Por ejemplo, Atienza y Ruiz Manero han dedicado su libro conjunto más importante al derecho normativo en tanto que lenguaje jurídico, aunque cabe precisar que sólo como un primer capítulo de una teoría general del derecho, todavía por realizarse. (Cfr. M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho*, cit., pp. 17-21).

conexión con los fines teleológicos de la naturaleza humana¹⁰⁶¹, como la vaga teoría de la concreción de los valores o principios jurídicos en reglas particulares para la acción que propone nuestro autor¹⁰⁶², tampoco llegan a ser elementos que ofrezcan una fisonomía metodológica acabada o completa para una determinación prudencial del derecho.

Un segundo y último aspecto al que resulta pertinente aludir en este acápite, tiene que ver, precisamente, con que Recaséns concibe la interpretación jurídica, a diferencia del modo predominante en la teoría estándar, como una actividad cognoscitiva axiológica —estimativa— pero de tipo eminentemente “prudencial” —en un sentido vinculado al aristotélico-tomista del término—, es decir, como una actividad no sólo intelectual, sino también moralmente directiva de la acción humana¹⁰⁶³. Como tuvimos oportunidad de ver, para el maestro hispano-mexicano, la prudencia como virtud intelectual-moral gobierna con libertad toda la práctica creativa, interpretativa y aplicativa del derecho. En ese sentido, para Recaséns, la prudencia no sólo resulta ser —como anotó con acierto Cabra Apalategui— una “[...] categoría de cierre o criterio último de la unidad de razón práctica [...]”¹⁰⁶⁴, sino que es también un hábito indispensable en el sujeto decisor para dotar de razonabilidad a todo el proceso descubridor y justificatorio de lo justo en concreto, una suerte de columna vertebral del meta-método del *logos* de lo razonable aplicado al derecho¹⁰⁶⁵, por lo que se puede matizar la idea de Cabra de que la prudencia en Recaséns funciona de manera similar “[...] a como lo hacen los argumentos morales o la corrección práctica en los planteamientos de Nino o Alexy [...]”¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶¹ Cfr. Cap. III.B.3 y C; Cap. IV.B; y Balance de la Segunda Parte.

¹⁰⁶² Cfr. Cap. IV.A.2.

¹⁰⁶³ Cfr. Cap. II. B.3 y 5. Cfr. también: C. I. MASSINI CORREAS, *La prudencia jurídica*, cit., pp. 43 ss. Recordemos que para Aristóteles la prudencia: “[...] es la virtud de la inteligencia mediante la cual se puede resolver acerca de los bienes y males que antes [1362b 10-28] se ha dicho se encaminan a la felicidad”. (ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 9, 1366b 20 ss.); mientras que para Tomás de Aquino, muy sintéticamente: “[...] la prudencia es sabiduría acerca de las cosas humanas [...]”. (T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 47, a. 2, ad. 1). Sobre los ricos matices entre Aristóteles y Tomás de Aquino respecto de sus concepciones de la prudencia, Cfr. G. KALINOWSKI, “Aplicación del derecho y prudencia”, cit., pp. 125 ss.

¹⁰⁶⁴ J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., p. 55.

¹⁰⁶⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Algunas contribuciones españolas al estudio de la prudencia”, cit., p. 194.

¹⁰⁶⁶ J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., p. 55.

Quizá la idea del párrafo anterior pueda expresarse de otro modo: el *logos* de lo razonable o de lo humano, en cuanto racionalidad práctica, se encuentra directamente emparentado con la racionalidad que Alexy llama “aristotélica”, modelo histórico de racionalidad que el profesor alemán más bien posterga u olvida para dar preeminencia, en su propia teoría, a una variante del modelo kantiano como base, combinándolo complementariamente con elementos del modelo hobbesiano, como pudimos apreciar en su momento¹⁰⁶⁷. Como ha señalado con acierto Seoane¹⁰⁶⁸, en el modelo de Alexy, básicamente a causa de su distanciamiento de la realidad, se echa de menos la prudencia en el sentido aristotélico del término, la que se hace indispensable tanto si se considera la imperfección intrínseca del hombre y del mundo en el que existe, como si se toma en cuenta la necesidad de individualizar la decisión jurídica sin renunciar a la razonabilidad en ningún momento del proceso, proscribiendo así la arbitrariedad también del último paso decisorio¹⁰⁶⁹. En ese sentido, a nuestro juicio, precisamente por su profunda conexión con la realidad humana —tanto del decisor, como de los problemas prácticos sociales a resolver—, la propuesta de Recaséns considera ambos elementos señalados como deficitarios por Seoane en la teoría de Alexy¹⁰⁷⁰.

Por lo anotado, nos parece que juzga un tanto precipitadamente Cabra Apalategui cuando señala que en el *logos* de lo razonable la categoría fundamental no sería la moral sino, la de “relevancia”¹⁰⁷¹, por lo que no se trataría de “[...] una teoría moral que sostenga la corrección de una serie de principios de justicia, sino una estimativa, un conjunto de “directrices de prudencia” [...]”¹⁰⁷²; o cuando ve en el modelo

¹⁰⁶⁷ Alexy señala que hoy: “[...] compiten sobre todo tres concepciones de la razón práctica o de la racionalidad práctica que, tomando como punto de referencia los modelos históricos, pueden ser llamadas la “aristotélica”, la “hobbesiana” y la “kantiana” [...]”; para decantarse luego por defender “[...] la concepción kantiana en una variante teórico-discursiva [...]”. (R. ALEXY, “Una concepción teórico-discursiva...”, pp. 133 y 135). Cfr. también: R. ALEXY, *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., pp. 61 ss.) Cfr. también: Cap. V.B.1.

¹⁰⁶⁸ Cfr. J. A. SEOANE, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica”, cit., pp. 183 ss. En un sentido semejante: P. SERNA BERMÚDEZ, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, cit., p. 90.

¹⁰⁶⁹ Serna nota que esto ocurre precisamente con el planteamiento de Peczenik. (Cfr. Ídem.) Para Peczenik: “El último paso de la ponderación [...] no puede ser justificado por otras razones. Si pudiera serlo *no* sería el último. Por lo tanto, a toda justificación subyace un supuesto arbitrario”. (A. PECZENIK, “Derecho, moralidad, coherencia y verdad”, en *Derecho y razón*, cit., p. 36. Cursivas en el texto).

¹⁰⁷⁰ Cfr., por ejemplo: L. RECASÉNS SICHES, “Argumentación, logos de lo humano y subjetivismo”, cit., pp. 164 ss.

¹⁰⁷¹ Cfr. J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., p. 45.

¹⁰⁷² Ibídem, p. 48.

de Recaséns —sin los suficientes matices, claro está— un antícpo de lo que luego será el principio de proporcionalidad alexiano¹⁰⁷³. Quizá la clave del problema esté en pensar que la prudencia que opera en el modelo del maestro hispano-mexicano es la de raigambre kantiana, la que deja su influjo más bien en algunos modelos de los partidarios de la teoría estándar.

Recordemos que Aubenque ha subrayado lo suficiente que en Kant la prudencia es despojada de su condición moral clásica, y es concebida más bien como un arte o una técnica, en tanto que resulta incompatible con el rigorismo con el que el filósofo de Königsberg entendió el juicio moral¹⁰⁷⁴. Parece manifiesto que esta misma aproximación se deja sentir en algunos teóricos contemporáneos de la argumentación jurídica que defienden alguna variante del modelo kantiano de racionalidad práctica. Por ejemplo, ocurre de alguna manera con Nino, cuando descarta las razones de prudencia como razones justificatorias últimas por no considerarlas morales, sino más bien como meramente referidas a la maximización del interés individual¹⁰⁷⁵. Pero pasa de otro modo también con Atienza, cuando se inclina por entender a la dogmática jurídica como una “tecno-praxis”¹⁰⁷⁶; o cuando plantea como cláusula de cierre de su modelo evaluativo de las decisiones jurídicas una idea de “razonabilidad”, pero entendida

¹⁰⁷³ Cfr. Ibídem, pp. 49 ss. Cfr. también: Balance de la Segunda Parte.

¹⁰⁷⁴ Kant distingue entre las reglas (o imperativos técnicos) de la moralidad, los consejos (o imperativos pragmáticos) de la prudencia (concernientes a la prosperidad), y los “mandatos” o “leyes” de la moralidad. (Cfr. I. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, <416-417>). Para Aubenque: “La tripartición de los imperativos de la *Fundamentación* es sustituida, en las dos versiones de la Introducción a la *Crítica del juicio*, por una división dicotómica de proposiciones y principios prácticos. Esta dicotomía tiene como función excluir de la “filosofía práctica” todo lo que no concierne a la ley moral. En la *Fundamentación* todavía podía ser tentador atribuirle a la prudencia —de la cual la tradición hacía una virtud— un lugar intermedio entre la habilidad y la moralidad. Con la Introducción a la *Crítica del juicio* la duda ya no es posible: la prudencia queda totalmente puesta del lado de la habilidad, de la cual sólo es un caso particular. La prudencia es reducida al rango de un arte, de una técnica cuyas reglas se distinguen de las otras reglas técnicas sólo por la circunstancia más bien agravante de la indeterminación de su fin”. (P. AUBENQUE, “La prudencia en Kant”, en *La prudencia en Aristóteles*, cit., pp. 278-279). Cfr. I. KANT, *Crítica del juicio*, Introducción, I.

¹⁰⁷⁵ Cfr., por ejemplo: C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, cit., p. 79. Cfr. al respecto: S. BLANCO, “La argumentación jurídica como sucedáneo imperfecto del razonamiento moral”, cit., pp. 203 ss. Un uso semejante del término “razones prudenciales” en F. SCHAUER, *Positivismo constitucional*, Trad. M. Chuquillanqui, Rev. J. Ruiz Manero, Lima, Palestra, 2016, pp. 71 ss.

¹⁰⁷⁶ Para Atienza: “[...] cabría utilizar el término tecno-praxis para señalar la fusión entre el campo de la técnica y el del pensamiento y acción dirigidos a la vida moral y política de los hombres, que Aristóteles llamó “praxis”. La dogmática jurídica sería entonces una peculiar combinación de técnica social y de filosofía práctica (moral y política), un lugar de reunión de la razón instrumental y la razón práctica [...]”. (M. ATIENZA, “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, cit., p. 159).

básicamente como eficiencia o proporcionalidad, en el sentido de un adecuado balance entre los costos y los beneficios al momento de tomar una decisión¹⁰⁷⁷.

En el sentido de lo señalado, debemos dejar sentado que en Recaséns lo razonable es una categoría de tipo eminentemente moral¹⁰⁷⁸, puesto que es una prudencia de naturaleza moral —por su raigambre aristotélico-tomista— la que como virtud dirige todo el proceso interpretativo o justificatorio, logrando así una más acabada unidad del razonamiento práctico¹⁰⁷⁹. Por un lado, dicha prudencia opera en la búsqueda de la solución “equitativa” con una serie de principios de justicia —la dignidad y los derechos humanos—, que el maestro hispano-mexicano considera de contenido moral intrínsecamente fundado y de validez necesaria¹⁰⁸⁰. Por otro lado, la misma trabaja también articulando las razones morales con criterios de naturaleza distinta a la moral —exigencias respecto de la adecuación, la licitud ética y la eficacia de los medios, que guardan alguna semejanza con los subprincipios alexianos de idoneidad, necesidad y ponderación¹⁰⁸¹—, pero sin dejar de lado ciertos contenidos morales como límites infranqueables o no negociables para la razonabilidad práctico-jurídica¹⁰⁸².

Dicho sintéticamente, nos inclinamos a pensar que no corresponde hablar en Recaséns de un principio si quiera precursor de la proporcionalidad como la entiende la

¹⁰⁷⁷ Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 564. Por ello no llama la atención que Atienza, en una obra tan completa como la citada, no le dedique si quiera algunas líneas a la prudencia. Algo semejante parece criticar Amaya en Atienza y en la teoría estándar. (Cfr. A. AMAYA, “Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial”, *Diánoia*, 67, 2011, pp. 136 ss.) Atienza, por su parte, parece no advertir del todo la relevancia de una observación de esta naturaleza. (Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 814-815).

¹⁰⁷⁸ Sin embargo, hay que reconocer que el lenguaje del maestro hispano-mexicano puede ser ambiguo al respecto. Para muestra de lo que señalamos quizá baste recordar que se refiere al derecho como una “técnica” o “utensilio” (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 500-501); sin perjuicio de que el sentido aristotélico de “prudencia” que él mismo recoge, resulta incompatible con su comprensión como ciencia o técnica. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 164).

¹⁰⁷⁹ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Logos de lo humano, experiencia jurídica...”, cit., pp. 18 ss. Cfr. también, Cap. II.B.3.

¹⁰⁸⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 548 ss.; o “Los derechos humanos”, cit., pp. 126-146. Cfr. también: Cap. IV.

¹⁰⁸¹ Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 256-259; *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 284-288; o *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 531-536. Cfr. también: Cap. II.B.5.

¹⁰⁸² Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 63, 308 y 321; o *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 154 y 326. Cfr. también, al respecto: Balance de la Segunda Parte.

teoría estándar, por lo menos por dos razones. En primer lugar, porque en el modelo de Recaséns, los valores morales se muestran como no subordinados y definitivamente menos dúctiles a la acción proporcionalista de las razones pragmáticas¹⁰⁸³. En segundo lugar, porque el *logos* de lo humano, se plantea antes bien como un meta-método de solución y justificación de problemas prácticos, compatible con muchas formas razonables de operar con los materiales jurídicos, y no como un procedimiento de carácter instrumental con pretensiones excluyentes que incluso pueda ser establecido por el legislador como el único adecuado para la interpretación de los derechos¹⁰⁸⁴.

Por lo señalado, se puede concluir que en Recaséns la razón práctica no resulta ser de corte consecuencialista, contextualista, pragmático, posibilista o coherentista, como podría pensarse¹⁰⁸⁵; aun cuando resulte indiscutible que dicho tipo de razones — subordinadas y unificadas por la prudencia — se encuentren presentes también en su modelo, aunque un tanto desordenadamente, cabe reconocer¹⁰⁸⁶. Es a esto, en última instancia, a lo que se refiere el maestro hispano-mexicano cuando alude a la equidad clásica, aunque ensanchando su sentido, como tuvimos oportunidad de ver¹⁰⁸⁷. Para Recaséns la equidad es la misma razón práctica en cuanto informada por la virtud de la prudencia, por lo que se identifica, en realidad, con el meta-método del *logos* de lo razonable que propone. En ese sentido, nos parece que dicho enfoque se distancia definitivamente de la manera de corte pragmático en que entiende la equidad, por ejemplo, Atienza: básicamente como un “meta-principio” o criterio instrumental para cierta clase de ponderación¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸³ Nos parece que, en ese sentido, el proporcionalismo de la teoría estándar de la argumentación jurídica no escapa fácilmente a las falencias de cierto consecuencialismo ético. (Cfr. J. ALVARADO MARAMBIO, “Derechos fundamentales, interpretación proporcionalista y consecuencialismo. La relevancia jurídica de las teorías morales fundamentales”, *Estudios constitucionales*, 13, 2015, pp. 410 ss.)

¹⁰⁸⁴ Lo que ha ocurrido, por ejemplo, con el *Tratado que establece una Constitución para Europa*, en su artículo II-112.

¹⁰⁸⁵ Es la tesis que llega a defender J. M. CABRA APALATEGUI, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns...”, cit., pp. 48-51; o también en: “Antiformalismo y argumentación jurídica”, cit., pp. 77-78.

¹⁰⁸⁶ Parece que de alguna manera Atienza advierte esto al vincular los esfuerzos de Recaséns a lo que él mismo considera una concepción material de la argumentación, en desmedro de la pragmática. (Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., p. 372).

¹⁰⁸⁷ Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 260 ss. Cfr. también: Cap. II.B.4 y 5.

¹⁰⁸⁸ Cfr. M. ATIENZA, “A vueltas con la ponderación”, cit., p. 30.

La virtud de la prudencia en Recaséns gobierna todo el razonamiento jurídico dotándolo de unidad desde la perspectiva del decisor. Se trata de una unidad que no sólo sujeta y amolda internamente las razones instrumentales a las morales permeándolas, sino que se logra también en otros aspectos importantes del razonamiento jurídico. Por ejemplo, no disociando la esencial unidad de los contextos de descubrimiento y de justificación, aun cuando no los distinga convenientemente¹⁰⁸⁹; o por ejemplo, a través del esfuerzo por integrar los sentimientos en el razonamiento práctico, pero subordinándolos a la razón¹⁰⁹⁰. En el maestro hispano-mexicano, dichas integraciones se intentan —como tuvimos oportunidad de apreciar¹⁰⁹¹— sin que su propuesta colapse en irracionalismo o no cognitivismo¹⁰⁹². Como veremos con mayor claridad en el siguiente subcapítulo, la razón práctica resulta ser una, tanto porque el decisor es uno, como porque la realidad social es también unitaria, más allá de los planos que quepa distinguir legítimamente para abordar los aspectos de uno y de otra, en la solución de los diversos problemas jurídicos.

C. Horizonte de superación

Una vez concluido el contraste, podemos afirmar, sin lugar a dudas, que la Filosofía de la interpretación del derecho de Recaséns ha de ser considerada precursora de las teorías de la argumentación jurídica en general, y en concreto, de su versión “estándar”. Ello es así, porque, no obstante sus enormes diferencias teóricas, trabajó con antelación en la misma línea que ellas, por lo menos en los tres siguientes aspectos de fondo y de la mayor relevancia: a) la rehabilitación de la razón práctica, en orden a

¹⁰⁸⁹ Cfr. Cap. VI.A.1. Que por lo menos vislumbró la distinción de contextos queda claro en este pasaje: “Esta tesis que sostengo —de la unidad de sentido de la sentencia, y por tanto de la imposibilidad de construir la sentencia por sucesiva relación entre tres componentes (norma, hechos y fallo)— se aclara y justifica plenamente, lo mismo en el plano del proceso mental del juez que en el plano de la sentencia — como una estructura ideal objetiva [...]. Cuando la sentencia ha sido ya concebida, entonces su formulación puede adoptar la apariencia de un silogismo, si es que así se desea presentarla. Pero tal presentación es falaz, porque oculta la verdadera índole de la sentencia, y sus fundamentos auténticos [...].” (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 317).

¹⁰⁹⁰ Cfr., por ejemplo: L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 55-58; o *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 112-114. Cfr. también: Cap. III.B.2. Intento, como vimos, por lo menos, semejante al de N. MACCORMICK, *Practical Reason in Law and Morality*, cit., p. 64.

¹⁰⁹¹ Cfr. Balance de la Primera Parte.

¹⁰⁹² Como parecía sugerir A. GARCÍA FIGUEROA, “Teorías de la argumentación. Entre la lógica y la palabrería”, cit., pp. 121-122; o “Contexto de descubrimiento y contexto de justificación”, cit., p. 146.

que sea capaz de alcanzar objetividad, mientras limita la arbitrariedad; b) el ensanchamiento de la misma, para que pueda hacerse cargo de la determinación justa del derecho en los complejos sistemas jurídicos contemporáneos; y c) la búsqueda de su plena unidad, a partir de la estrecha vinculación entre la moral y el derecho, sin descuidar los otros aspectos axiológicos relevantes para la solución de los problemas jurídicos.

Si bien nos hemos ocupado con cierto detalle de las ventajas y de las debilidades comparativas de ambos modelos, podríamos intentar resumir el contraste diciendo lo siguiente. Mientras que la teoría estándar presenta fortalezas comparativas, sobre todo, respecto de la descomposición analítica y de la clarificación de los problemas teóricos y prácticos de la argumentación específicamente jurídica; el *logos* de lo razonable, por su parte, plantea las suyas, principalmente, respecto de los aspectos de fondo: el de la fundamentación metafísico-antropológica de la interpretación jurídica, y el de sus consecuencias en la dinámica eminentemente prudencial de su metodología¹⁰⁹³. Precisamente por ello, creemos que el modelo defendido por el maestro hispano-mexicano no debe ser reconocido sólo como precursor de la teoría estándar, sino que es justa su revalorización en tanto que tiene mucho que ofrecer para la mejora de las teorías de la argumentación jurídica contemporáneas.

En ese sentido, creemos que las críticas que se pueden formular a la teoría estándar desde los aciertos del modelo de Recaséns, no pueden ser consideradas “internas”, como las que le ha dedicado con acierto, por ejemplo, Atienza¹⁰⁹⁴. Nos inclinamos a pensar que en este caso se trata, en rigor, de críticas que deben ser entendidas como “externas”, en el sentido de que se formulan desde una configuración de fondo o metateórica muy distinta a la de la teoría estándar, y que no comparte con

¹⁰⁹³ Para una presentación y un paralelo crítico de los modelos procedimentales y de los prudenciales del razonamiento jurídico: Cfr. G. MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 272-352.

¹⁰⁹⁴ Lo que nos reafirma en la opción de considerar a Atienza, no obstante sus críticas a los modelos de Alexy y de MacCormick, como representante de la así llamada “teoría estándar”. Para recordar las críticas de Atienza, se puede ver, por ejemplo: M. ATIENZA, *Las razones del derecho*, cit., pp. 202-225 y 265-327; y más recientemente: “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”, cit.

ella ese “aire de familia” al que hacíamos referencia al principio del capítulo anterior¹⁰⁹⁵. Quizá lo mismo pueda ser dicho más precisamente: no obstante la amalgama de distintas tradiciones de pensamiento que se pueden distinguir en ambos enfoques en contraste, nos parece que, en definitiva, subyacen a cada uno de ellos modelos predominantes de racionalidad práctica que son muy diferentes: el kantiano y el aristotélico, por ponerlo en las clarificadoras categorías de Alexy¹⁰⁹⁶.

Sin perjuicio de lo señalado, somos también de la opinión de que quedan algunos elementos deficitarios comunes a ambos enfoques, de los que resulta imprescindible ocuparse. En ese sentido nos permitiremos proponer dos caminos complementarios que conformarían una suerte de “horizonte de superación”, y a los que dedicaremos los siguientes acápite. Cabe apuntar que sólo los esbozaremos, mientras intentamos defenderlos de las principales objeciones que se les podría hacer, sin pretender desarrollarlos exhaustivamente. Creemos que la opción tomada se puede justificar en la medida en que desarrollarlos cabalmente, equivaldría a diseñar una aproximación iusfilosófica de la fundamentación y de la determinación del razonamiento jurídico en todos sus extremos, tarea importantísima, pero que escapa por ahora no sólo a los objetivos de nuestro trabajo, sino también a nuestras posibilidades. En todo caso, consideramos los siguientes puntos como imprescindibles para dicha tarea pendiente.

1. Una fundamentación antropológico-metafísica del derecho

Es oportuno recordar que, a diferencia de Alexy que ha buscado recientemente una fundamentación de su propuesta en una metafísica sólo construida¹⁰⁹⁷, Recaséns hacia el final de su trabajo intelectual buscó fundamentar su *logos* de lo razonable en una metafísica de la vida ya no sólo matizada como en un principio —menos perspectivista y menos historicista que la de su maestro Ortega—, sino, antes bien, enriquecida por la experiencia de una naturaleza humana y de sus fines-bienes,

¹⁰⁹⁵ Cfr. Cap. V.A.

¹⁰⁹⁶ Cfr. R. ALEXY, “Una concepción teórico-discursiva...”, cit., pp. 133 ss.; o *Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., pp. 61 ss. Cfr. también: Cap. V.B.1 y Cap. VI.B.2.

¹⁰⁹⁷ Cfr. R. ALEXY, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, cit., pp. 89 ss. Esto lo destaca muy positivamente Vigo. (Cfr. R. VIGO, “La evolución del pensamiento jurídico de Robert Alexy”, cit., pp. 398-399).

fuertemente tributaria de los hallazgos de la metafísica realista aristotélico-tomista¹⁰⁹⁸. Como tuvimos oportunidad de apreciar¹⁰⁹⁹, se trató sin embargo de un esfuerzo de síntesis inacabado, aunque del todo sugerente: básicamente, por el intento de superar el reductivismo experiencial moderno —tanto del empirismo como del criticismo kantiano—, a través de la exploración de una experiencia jurídica de lo humano que, previa a su necesario desglose o descomposición epistemológica, se le presenta gnoseológicamente al hombre común y corriente de manera unitaria y “viva”, y a la que se pretende acceder sin alterarla, a través de una metodología de corte “fenomenológico existencial”¹¹⁰⁰.

Creemos que en el ámbito de la Filosofía práctica, un autor polaco con una influencia scheleriana quizá más fuerte aun que la que tuvo Recaséns y en una línea de preocupaciones semejante a la suya, ha hecho un esfuerzo de síntesis bastante más consistente que el de nuestro autor. Wojtyla ha evidenciado, en concreto, que es posible valerse de la fenomenología como método para acceder al ser de la persona humana a partir de la experiencia moral de su libertad y de sus actos. Esta metodología pone de manifiesto, a su modo de ver, que es la experiencia del hombre, concretamente de su acción libre o moral, un camino privilegiado que revela al “yo” de la persona humana, respetando su subjetividad, es decir, sin reducirla a mero objeto de conocimiento¹¹⁰¹. Se trata de un camino que no pretende absolutizar los hallazgos de dos corrientes de pensamiento que hoy continúan en pugna: la objetiva (la Filosofía del ser) y la subjetiva

¹⁰⁹⁸ Cfr., por ejemplo: L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 315 ss.; *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 292; *Iusnaturalismos actuales comparados*, cit., p. 38; o “En juego, nuestra vida, dignidad y libertad...”, cit., pp. 63 ss. Cfr. también: Cap. III.B.3.

¹⁰⁹⁹ Cfr. Cap. III.B.2.

¹¹⁰⁰ Así lo califica M. VILLORO TORANZO, “Reseña a *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*”, cit., pp. 855-856. A su manera, también lo hace: J. RODRÍGUEZ ITURBE, *El concepto de derecho...*, cit., pp. 207-208.

¹¹⁰¹ Para Wojtyla: “En la experiencia, los actos y los sentimientos se manifiestan en su nexo más profundo con el propio “yo”, y se revela también toda la estructura personal de la autodeterminación en la cual el hombre encuentra el propio yo como aquel que se posee y tiene dominio de sí, en todo caso como aquel que puede poseerse y dominarse [...]. La estructura de la autoposición y autodominio como esenciales para el “yo personal”, como constituyente de la subjetividad personal del hombre, la experimentamos cada uno de nosotros en la experiencia del valor moral, del bien o del mal [...]. En todo caso, la experiencia enseña que lo “moral” está fuertemente radicado en lo *humanum*, y más exactamente es lo que se debe definir como “lo personal” [...]. (K. WOJTYLA, “La subjetividad y lo irreducible en el hombre”, en *El hombre y su destino*, Trad. P. Ferrer, Madrid, Palabra, 3^a ed., 2005, pp. 34-35).

(la Filosofía de la conciencia), sino, más bien, buscar su recíproca interrelación, como exigencia de la esencia misma de la experiencia humana real y concreta¹¹⁰².

Por otro lado, se puede destacar también, en el ámbito propiamente iusfilosófico y en una órbita trazada por la influencia de Capograssi¹¹⁰³, que Cotta haya desarrollado lo que llamó una “onto-fenomenología pro-perspectivista del Derecho”¹¹⁰⁴. El profesor italiano partió de asumir los datos jurídico-empíricos, para luego concretar fenomenológicamente su sentido existencial, como camino para comprender el fundamento de la estructura del ser del hombre. En una formulación que nos recuerda inmediatamente el punto de partida de la Filosofía del derecho recaseniana —aunque sin los excesos del perspectivismo de huella orteguiana—, insistió en que ha de considerarse al derecho como una realidad integrada en la vida humana, interpretándola conjuntamente como cosa considerada en sí misma, pero también en su desarrollo existencial y en su fundamento ontológico¹¹⁰⁵.

¹¹⁰² K. WOJTYLA, *Persona y acción*, cit., p. 53. Para Buttiglione, este dualismo ha impedido tanto a la filosofía postcartesiana como a la filosofía del ser, por lo menos en tanto que se convertido en simple filosofía del ente, entender verdaderamente al hombre según es dado por la integridad de su experiencia de ser en el mundo. (Cfr. R. BUTTIGLIONE, *El pensamiento de Karol Wojtyla*, Trad. J. García Norro y R. Rovira, Madrid, Encuentro, 1992, p. 153). En concreto, Wojtyla intenta recuperar la metafísica clásica a partir de la experiencia de la subjetividad del hombre, una experiencia de la ética material (no apriorística como la de Scheler) y a la vez normativa (pero no trascendental como la de Kant). (Cfr. J. MERCKI, “Las fuentes de la Filosofía de Karol Wojtyla”, Trad. J. Ansaldi, en J. M. BURGOS (Ed.), *La Filosofía personalista de Karol Wojtyla*, Madrid, Palabra, 2^a ed., 2012, pp. 22-23).

¹¹⁰³ Recordemos que Capograssi tiene influencia también en Recaséns a través de su célebre comprensión de la experiencia jurídica. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico...*, t. I, cit., pp. 286-290; “La experiencia jurídica”, cit., pp. 24-25; o *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 61-66.)

¹¹⁰⁴ Cfr. S. COTTA, *El derecho en la existencia humana*, cit., p. 28. Para Cotta: “La integración de estos dos elementos (ontológico y fenomenológico) de la investigación en torno al derecho no responde a un empeño meramente sincretista, sino a la convicción de que de este modo es posible plantear e intentar dar solución satisfactoria al problema del *fundamento* del derecho [...], el fundamento *último* del “ser-ahí” del derecho, entendido como una modalidad constante de la existencia humana, ha de buscarse en la estructura del hombre. Pero esta conexión del derecho con la estructura del hombre no cabe deducirla [...] de definiciones *a priori* del derecho o del hombre, sino que ha de comprobarse mediante el análisis fenomenológico de la existencia”. (S. COTTA, “Perfil de una ontofenomenología del derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 25, 1985, pp. 29-30. Cursivas en el texto).

¹¹⁰⁵ En opinión de Rafael Santa María: “La experiencia jurídica para Sergio Cotta representa un punto clave para responder a la cuestión del derecho como causa originaria, y al mismo tiempo muestra esa relación indesligable entre hombre y derecho. Ciertamente esta experiencia no es fin en sí misma, sino medio para lograr una adecuada comprensión del ser del hombre, particularmente, el conocimiento del hombre en su integral humanidad”. (R. SANTA MARÍA D’ANGELO, “La reflexión jurídica de Sergio Cotta y su aporte al derecho contemporáneo”, en J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO (Comp.), *El derecho y la moral en el debate iusfilosófico contemporáneo*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2010, p. 334). Para Romano, por su parte: “[...] El intento de captar el *proprium* del derecho lleva a Cotta a recurrir a la llamada “reducción fenomenológica”, que él reinterpreta fundiéndola, por un lado, con la sensibilidad de la *filosofía de la*

Si bien no podemos detenernos aquí a examinar críticamente las sugerentes perspectivas integradoras de los autores reseñados como ejemplo¹¹⁰⁶, cabe destacar que no pensamos que el error de Recaséns haya consistido en intentar una síntesis superadora tanto de las limitaciones del realismo clásico como de las de los modelos formalistas o axiológico-materiales de raigambre neokantiana. Nos parece, antes bien, que el error estribó en haber sacrificado en dicha necesaria búsqueda existencial o vital de la experiencia jurídica o práctica¹¹⁰⁷, probablemente lo mejor de la tradición clásica si de fundamentación del derecho se trataba: el realismo metafísico de fondo o como punto de llegada. En cambio, el maestro hispano-mexicano optó por conservar lo que nos parece habría que haber superado. Se quedó, por un lado, con la vía gnoseológica del apriorismo y del intuicionismo axiológico de corte scheleriano, aunque matizado, primero, desde la tesis de la objetividad intravital de los valores¹¹⁰⁸, y luego, también, desde la tesis de la experiencia jurídica¹¹⁰⁹. Por otro lado, optó por quedarse no sólo con los valiosos aportes metodológicos de la metafísica de la vida, sino también con el raciovitalismo orteguiano mismo de base¹¹¹⁰, que aunque atenuado en su perspectivismo e historicismo, resultaba todavía incompatible con la tesis de una naturaleza humana permanente, finalista y perfectiva, como fuente última de contenidos jurídico-morales para la determinación del derecho¹¹¹¹.

existencia jurídica —cuyos maestros fueron en Italia Capograssi y Piovani— y, por otro, con un constante retorno al pensamiento clásico, en el sentido más amplio del término”. (B. ROMANO, “Sergio Cotta: la «ontofenomenología» y «el derecho en la existencia»”, *Persona y derecho*, 57, 2007, p. 29. Cursivas en el texto).

¹¹⁰⁶ Por nuestra parte, hemos intentado también un camino, por lo menos, semejante al de estos autores para acceder al fenómeno jurídico. (Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, “Persona humana y cosa justa natural en el diálogo multicultural”, en *Persona humana y derecho. Un diálogo con la Filosofía jurídica de Javier Hervada*, México, Porrúa, 2014, pp. 111-131; o “El fundamento antropológico del Bioderecho. Una reflexión biojurídica”, *Cuadernos de Bioética*, 26, 2015, pp. 13-23.)

¹¹⁰⁷ Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 266-267.

¹¹⁰⁸ Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, “Argumentación, logos de lo humano...”, cit., p. 180. Cfr. también: Cap. IV.A.1.

¹¹⁰⁹ Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 308 ss. Cfr. también: Cap. III.B.

¹¹¹⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Los naturalismos actuales comparados*, cit., p. 38. Cfr. también: Cap. III.C.

¹¹¹¹ A nuestro modo de ver, uno de los problemas de fondo del raciovitalismo siguió siendo, a pesar de los crecientes matices de Recaséns a lo largo de su obra, la confusión entre ontología y gnoseología que diagnosticara en su momento con bastante claridad Benito de Castro. (Cfr. B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., pp. 261-262, nota 20).

En ese orden de ideas, somos de la opinión de que la perspectiva que con Villoro hemos llamado aquí “existencial” —o metodológicamente fenomenológica— de acceso práctico a una antropología metafísica realista, podría ser hoy de enorme utilidad para el perfeccionamiento de una teoría de la argumentación o de la interpretación jurídica que requiere urgentemente ocuparse por lo menos de dos aspectos cruciales. Por un lado —en la línea trazada en los párrafos anteriores— de un contacto más vital con la realidad antropológica en su dimensión social o co-existencial práctica, que no se reduzca a sus aspectos meramente empíricos o sociológicos. Por otro lado, de una fundamentación más fuerte y sólida de los valores materiales implicados por los derechos humanos, que justifique calificarlos como inherentes, universales e inalienables, y que ofrezca, además, elementos genuinamente axiológicos materiales o de contenido —es decir: extralingüísticos y no meramente consensuales— para su determinación concreta.

Respecto de este segundo aspecto señalado, parece indispensable superar la idea de base, predominante en la teoría estándar, de una dignidad como fundamento de los derechos humanos que se reduzca o esté estrechamente limitada a una autonomía en términos kantianos o, por lo menos, de raigambre kantiana¹¹¹², y trabajar por perfilar una noción de “dignidad” que la conciba más bien como libertad, pero referida necesariamente a una ontología finalista y perfectiva, es decir, a cierta estructura teleológica antropológico-metafísica¹¹¹³.

En todo caso, nos inclinamos por defender la tesis del párrafo anterior, porque creemos que el primer modelo de dignidad como autonomía ofrece, por lo menos, tres tipos de limitaciones de calado respecto de la fundamentación y de la determinación de los derechos humanos, que no se debe pasar por alto. En primer lugar, al presentarse

¹¹¹² Cfr. Cap. V.E.2. Para una crítica de esta idea, Cfr. I. M. Hoyos CASTAÑEDA, *De la dignidad y de los derechos humanos*, cit., pp. 164-168.

¹¹¹³ Para un desarrollo detallado de dicha tesis, Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos...*, cit., pp. 91 ss. Cfr., también, la bibliografía allí citada. Para una síntesis de los más importantes alcances respecto de una “fundamentación real o natural” de los derechos humanos, Cfr. C. A. G. MAINO, *Concepto y fundamento de los derechos humanos a la luz del pensamiento del profesor Francisco Puy. Una perspectiva actual desde el iusnaturalismo español*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 203 ss.

como una característica graduable, al depender precisamente del grado de autonomía o de racionalidad empírica del sujeto, termina por no justificar una dignidad que se concibe hoy pacíficamente —por no decir, también autoritativamente— como igual en todos los seres humanos¹¹¹⁴. En segundo lugar, al ser una dignidad concebida como inmanente al sujeto, es decir, como relativa a él o a su conciencia, no puede ser considerada un fundamento intangible o trascendente, como requerirían unos derechos entendidos precisamente como inherentes, universales e inalienables¹¹¹⁵. Finalmente, al ser una capacidad esencialmente formal de autodeterminación moral, no aporta en absoluto —en realidad, no puede hacerlo— contenidos sustanciales que ayuden a determinar qué es lo que en concreto habría que respetar en cada persona como contenido esencial o jurídicamente protegido de sus derechos humanos frente a un conflicto de pretensiones al respecto¹¹¹⁶.

Por otro lado, el segundo modelo, el de una dignidad referida a una ontología —o a una naturaleza humana— como la que proponemos¹¹¹⁷, ofrece precisamente una contrapartida de ventajas que debería tomarse en cuenta. En primer lugar, al tratarse de una característica esencial de todo ser humano, es decir, que no depende de actualización fáctica o empírica alguna, se hace capaz de sustentar una dignidad que puede predicarse sin problema como “igual” en todos los seres humanos, más allá de sus múltiples diferencias. En segundo lugar, se trata de un fundamento de los derechos humanos que se presenta con carácter trascendente a la conciencia del sujeto, por lo que puede entenderse realmente como objetivo e intangible¹¹¹⁸. Por último, sus fines

¹¹¹⁴ Cfr., por ejemplo, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Preámbulo y art. 1.

¹¹¹⁵ Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, t. I: *El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2^a ed., 2005, pp. 133-141.

¹¹¹⁶ Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos...*, cit., pp. 93-95.

¹¹¹⁷ En un sentido semejante, por ejemplo: J. FINNIS, *Aquinas*, cit., pp. 176-180; o C. STARCK, “La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial en el derecho alemán”, cit., pp. 137-144. Para una reseña de los diversos sentidos del término “naturaleza” y su vinculación con la Filosofía práctica, Cfr. F. VIOLA, *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la Ética contemporánea*, Trad. V. Bellver, Granada, Comares, 1998, pp. 14-33.

¹¹¹⁸ Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, t. I: *El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, cit., p. 102.

perfectivos inherentes¹¹¹⁹ ofrecen contenidos que resultan indispensables para una determinación jurisdiccional concreta de los derechos, que no resulte arbitraria.

Cabe recordar que Recaséns, entrevió el camino de una dignidad a modo de libertad ontológica, sin llegar a recorrerlo del todo¹¹²⁰. Ello ocurrió, sin duda, por su perspectivismo-historicismo remanente, pero también por la poca claridad con la que concibió los fines propios del modo de ser humano, unas veces como bienes humanos universales en el sentido aquí defendido, pero otras veces como propósitos singulares subjetivamente escogidos¹¹²¹; lo que Finnis ha distinguido entre “valores” o “bienes humanos básicos”, en tanto que universalmente participables de maneras diversas, y “bienes”, en tanto que meros objetivos considerados deseables¹¹²². En todo caso, parece claro que el profesor español se aproximó a la idea, aquí defendida, de una dignidad como fundamento de los derechos humanos que se experimenta prácticamente como autonomía o autodeterminación, pero que se refiere y se resuelve, sobre todo, en una ontología que la sustenta racionalmente y que la determina razonablemente en los aspectos materiales o sustanciales ético-jurídicos, a lo largo de todo el proceso creativo y determinativo del derecho¹¹²³.

El camino que aquí proponemos implica —como tuvimos oportunidad de ver¹¹²⁴—, por un lado, abrirse a la posibilidad de una experiencia unitaria e integral de lo jurídico que, ni se reduzca a lo empírico como tiende a ocurrir con la teoría estándar, ni se confunda con algún tipo de conocimiento *a priori* como en Recaséns¹¹²⁵; y por otro lado, emplearse en superar el falaz modelo de razón débil-fuerte¹¹²⁶ predominante en las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica, por el que se pretende arribar

¹¹¹⁹ Para Tomás de Aquino: “[...] como el bien tiene razón de fin, y el mal, de lo contrario, síguese que todo aquello a lo que el hombre se siente naturalmente inclinado lo aprehende la razón como bueno y, por ende, como algo que debe ser procurado, mientras que su contrario lo aprehende como mal y como vitando. De aquí que el orden de los preceptos de la ley natural sea correlativo al orden de las inclinaciones naturales [...].” (T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 2).

¹¹²⁰ Cfr. Cap. IV.B.2.

¹¹²¹ Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 292; *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 319-320; o voz “Finalidad”, cit., pp. 236 ss.

¹¹²² Cfr. J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 93; o “Postscript”, cit., p. 443.

¹¹²³ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 292 ss.

¹¹²⁴ Cfr. Cap. IV.A.1.

¹¹²⁵ Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., p. 13.

¹¹²⁶ Cfr. E. PATTARO, “Models of Reason”, cit., pp. 118-119.

lógicamente a conclusiones necesarias o fuertes, a partir de premisas tan sólo plausibles o débiles¹¹²⁷. Dicho de otro modo: nuestra propuesta implica superar la tajante separación de matriz kantiana entre ser y deber ser¹¹²⁸, entre hecho y valor¹¹²⁹.

Por supuesto, para sostener una tesis semejante se hace indispensable intentar hacer frente, cuando menos, a las principales objeciones que pueden formularse al respecto¹¹³⁰. La primera de ellas, podría plantearse así: si lo que se busca es precisamente un fundamento o justificación ética para los derechos humanos que sea objetivo y reconocible universalmente, a duras penas puede plantearse como tal una dignidad que se hace depender de su sustento en una naturaleza humana concebida desde un concepto “enfático de metafísica”¹¹³¹; y ello porque, por un lado, se puede constatar cierto escepticismo sobre la posibilidad del conocimiento metafísico en general¹¹³² y, por otro lado, no se ve con claridad la existencia de algo que pueda ser llamado “naturaleza humana”, en particular, por lo menos en los términos propuestos¹¹³³.

La segunda objeción podría formularse del siguiente modo: aun cuando existiera algo así como una naturaleza humana, no podría deducirse lógicamente —a partir de su conocimiento formulado a través de juicios descriptivos a manera de premisas— juicios

¹¹²⁷ Cfr. R. VIGO, “La teoría discursiva no positivista de Robert Alexy”, cit., p. 339.

¹¹²⁸ Cfr. I. KANT, *Crítica de la razón práctica*, <73-74>.

¹¹²⁹ Cfr. J. BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la Filosofía jurídica*, Madrid, Tecnos, 3^a ed. 2^a reimp., 2007, pp. 84 ss.

¹¹³⁰ Las dos primeras objeciones y sus respuestas han sido tratadas de manera semejante en otros lugares, aunque aquí se han realizado algunos matices importantes. (Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos...*, cit., pp. 110 ss.; o “El fundamento antropológico del Bioderecho”, cit., pp. 19 ss.)

¹¹³¹ Cfr. R. ALEXY, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, cit., pp. 90-94. Para Alexy: “Es imposible justificar los derechos humanos sin hacer uso de conceptos como los de autonomía y persona. Con estos conceptos nuestro mundo se puebla de entidades que no pueden ser identificadas con los medios psíquicos y físicos que están a nuestra disposición. Esto implica que la idea de los derechos humanos *qua* derechos morales es incompatible con el naturalismo. Ciertamente, existen enfoques metafísicos respecto de los cuales es más que justificado guardar una posición escéptica [...]. La pregunta decisiva es la siguiente: ¿es posible una metafísica racional o analítica? El análisis de los derechos humanos apoya la tesis de que esto es en realidad posible”. (R. ALEXY, “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento...”, cit., pp. 82-83).

¹¹³² Cfr., por ejemplo: N. HOERSTER, “Ética jurídica sin metafísica”, en R. VÁSQUEZ (Comp.), *Derecho y moral. Ensayos de un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1^a reimp., 2003, pp. 225-226.

¹¹³³ Cfr., por ejemplo: H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, cit., pp. 235-239.

prescriptivos a modo de conclusión¹¹³⁴, y los que formulan las exigencias éticas de derechos humanos lo son. Se dice, en definitiva: del ser no se puede desprender válidamente el deber, puesto que el razonamiento se torna falaz si se pretende obtener una conclusión cuyo contenido no esté incluido previamente en las premisas; a lo que se ha llamado, como es sabido, “falacia naturalista”¹¹³⁵.

La tercera objeción podría ser planteada más o menos con Alexy, en el sentido de que la variante ético-discursiva de la concepción kantiana, terminaría siendo más adecuada que la de matriz aristotélica, porque a través de los derechos humanos y de la democracia, convierte la debilidad de sus exigencias concretas en una ventaja: pues se reafirma la viabilidad de la razón práctica procedural para alcanzar objetividad, sin dejar de asegurar espacios para las diferentes y variadas concepciones personales de la vida buena¹¹³⁶.

A la primera objeción es posible responder que, si bien el rechazo a ciertos argumentos puede deberse, evidentemente, a su debilidad, también es posible que su exclusión pueda responder a la existencia de ciertos prejuicios gnoseológicos o epistémicos reductivos no justificados, como parece ser éste el caso¹¹³⁷. Sea como fuere,

¹¹³⁴ Los conocidos términos de Hume fueron: “[...] En todo sistema moral de que haya tenido noticia, hasta ahora, he podido siempre observar que el autor sigue durante cierto tiempo el modo de hablar ordinario, estableciendo la existencia de Dios o realizando observaciones sobre los quehaceres humanos, y, de pronto, me encuentro con la sorpresa de que, en vez de las cópulas habituales de las proposiciones: *es* y *no es*, no veo ninguna proposición que no esté conectada con un *debe* o un *no debe*. Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto que este *debe* o *no debe* expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que ésta sea observada y explicada y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber: cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes [...]” (D. HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, Trad. F. Duque, Madrid, Tecnos, 4^a ed., 2005, pp. 633-634. Cursivas en el texto).

¹¹³⁵ Para Beuchot: “La falacia naturalista procede de George E. Moore, pero tiene su ilustre antecesor en Hume. Este último niega que se pueda pasar de una cuestión de hecho a una de derecho, o pasar del ser al deber ser. A eso le llama Moore “falacia naturalista”, pues dice que el atributo “bueno” (i. e. moralmente bueno) no es definible mediante atributos naturales; la ética no puede reducirse al discurso fáctico natural y, como reducir es el inverso de deducir (de modo que si *p* se reduce a *q*, entonces *q* se deduce de *p* o es implicado por él), no se puede inferir lo ético (valorativo o normativo) de lo fáctico natural”. (M. BEUCHOT, *Filosofía y derechos humanos*, México, Siglo Veintiuno Editores, 3^a ed., 1999, p. 135).

¹¹³⁶ Cfr. R. ALEXY, “Una concepción teórico-discursiva...”, cit., p. 157.

¹¹³⁷ Para Ross, por ejemplo: “[...] las aserciones metafísicas no admiten ser refutadas, precisamente porque ellas se mueven en una esfera que está más allá del alcance de la verificación. Hay que aprender simplemente a pasarlas por alto como algo que no tiene función o lugar legítimo en el pensamiento científico [...] el modo más efectivo de derrotar a la metafísica en el derecho es simplemente crear una

las dificultades que ofrece la metafísica “enfática” no son diferentes a las que nos propone una fundamentación constructiva-discursiva de los derechos, pero brinda —a diferencia de ella, como vimos— un fundamento con pretensiones de trascendencia y de materialidad objetiva¹¹³⁸. Por otro lado, nuestra propuesta no implica, desde luego, imponer una suerte de lectura oficial de la naturaleza humana como fuente determinativa última del derecho a través de los derechos humanos, sino de señalar que es a través de una interpretación práctica abierta —pero coherente— de lo que nos hace universalmente humanos, que se hace posible superar las dificultades, y encontrar racionalmente el fundamento suficiente y el contenido teleológico determinativo de unos derechos concebidos precisamente como “universales” y “humanos”.

Respecto de la segunda objeción, se han ensayado varias respuestas que consideramos consistentes¹¹³⁹. Ofreceremos aquí sintéticamente dos líneas argumentativas complementarias. Se puede decir, en primer lugar, que es posible que se dé una “falacia naturalista”, pero sólo si se reduce el ser al mero hecho empírico, y sobre esa base se intenta luego derivar de él un deber. Mas el tránsito no es falaz si se comprende metafísicamente la dinamicidad y perfectibilidad humanas contenidas en ese “ser”, las que, aunque no sensiblemente patentes, pueden defenderse racionalmente como una exigencia de su inteligibilidad. Podríamos decir, en esa línea de ideas, que el ser humano no es un mero acontecer, sino un ser-en-realización¹¹⁴⁰. En segundo lugar, se debe reconocer que en la argumentación sobre el fundamento

teoría jurídica científica cuya autosuficiencia relegue a las especulaciones metafísicas al olvido, junto con otros mitos y leyendas de la infancia de la civilización [...].” (A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 319). Para López Calera: “Desde luego si nos metemos a reflexionar sobre lo que es lo humano de todo ser humano acabamos mareados y sin salida o transitando por los cauces milenarios y secos del iusnaturalismo más rancio e insostenible [...].” (N. LÓPEZ CALERA, “¿Y si los derechos humanos no tienen un puesto en el derecho?”, en A. SQUELLA NARDUCCI y N. LÓPEZ CALERA, *Derechos humanos: ¿invento o descubrimiento?*, Madrid, Fundación Coloquio jurídico europeo, 2010, p. 94). Finalmente, para García Figueroa: “[...] en nuestra “era postmetafísica” una “ética sin metafísica” no es solo posible, sino exigible. En cuestiones prácticas, es posible (y seguramente deseable), en fin, “permanecer en la superficie””. (A. GARCÍA FIGUEROA, “Derecho, metafísica y naturaleza. Alexy en la región de las verdades eternas”, en C. BERNAL Pulido (Ed.), *La doble dimensión del derecho*, cit., p. 265). Sobre la respuesta a este tipo de prejuicios, Cfr., por ejemplo: A. OLLERO, *El derecho en teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos*, Pamplona, Thomson Reuters, 2007, pp. 211 ss.

¹¹³⁸ Cfr., por ejemplo, D. A. HERRERA, “¿Es posible una argumentación jurídica más allá del iusnaturalismo o del iuspositivismo?”, en F. Puy Muñoz y J. G. PORTELA (Eds.), *La argumentación jurídica*, cit., p. 193.

¹¹³⁹ Por ejemplo: J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 66-82; o A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., pp. 184-186.

¹¹⁴⁰ J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*, cit., pp. 62-66.

ontológico de los derechos humanos se llega a conclusiones deónticas a partir de premisas teóricas, pero aclarando, al mismo tiempo, que ello no ocurre exclusivamente a partir de ellas. Tal razonamiento deóntico parte del primer principio práctico que se capta por sindéresis, y que puede formularse: “debe hacerse el bien y evitarse el mal”, el que se omite retóricamente por evidente, por lo que no se trata en realidad de una falacia, sino de un entimema¹¹⁴¹. La naturaleza o condición ontológica humana a la que nos referimos no es la base teórica previa de donde se infieren ilícitamente juicios prescriptivos, sino que es el sustrato metafísico que permite dotar de contenido material los preceptos de la ley natural cuyos primeros principios prácticos indemostrables se aprehenden directamente o por evidencia¹¹⁴².

Finalmente, respecto de la tercera objeción, creemos que es posible encontrar una armonía entre lo permanente y lo histórico en el derecho —como lo han intentado tanto Recaséns¹¹⁴³ como Alexy¹¹⁴⁴—, pero que no sólo no implique renunciar a la noción de una naturaleza humana con consecuencias ético-jurídicas perfectivas, sino que pase por articularla adecuadamente, para no entender dichas dimensiones como si estuvieran en conflicto. Nos parece que la noción clave para lograrlo es la clásica de “persona humana”, en su faceta de centro o eje del derecho¹¹⁴⁵. En esta fórmula, la

¹¹⁴¹ Cfr. G. KALINOWSKI, “Sobre la relación entre el hecho y el derecho”, Trad. C. I. Massini Correas, en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, cit., pp. 81-95.

¹¹⁴² Cfr. T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 2. Cabe señalar que cuando optamos por argumentar a partir de los fines o bienes básicos de la naturaleza humana, no excluimos la participación necesaria que los principios morales de la ley natural tienen tanto en la fundamentación práctica como en la determinación del derecho. No creemos que exista oposición entre, por un lado, la afirmación de la imposibilidad de derivación lógica de los principios de ley natural a partir del conocimiento teórico metafísico y, por otro lado, la afirmación acerca de que los derechos humanos se fundamentan en la naturaleza humana. (Cfr. R. P. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 85-90; y más recientemente: C. I. MASSINI CORREAS, “Sobre bienes humanos, naturaleza humana y ley natural. Reflexiones a partir de las ideas de Javier Hervada y John Finnis”, *Persona y derecho*, 71, 2014, pp. 247 ss.)

¹¹⁴³ Cfr., por ejemplo: L. RECASÉNS SICHES, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, cit., p. 28.

¹¹⁴⁴ Cfr., por ejemplo: R. ALEXY, “Derecho, discurso y tiempo”, cit., pp. 64 ss.

¹¹⁴⁵ Para una propuesta antropológica más integrada que la de nuestro autor en el sentido propuesto, y desde una esfera de influencia muy cercana a la suya, Cfr. L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, cit., pp. 259 ss. En otro lugar sintetizábamos: “La persona humana es el individuo de naturaleza humana, la realización existencial de lo humano, o si se quiere, una substancia de naturaleza humana. Y sin embargo, sería un error entender que la persona es la mera individuación, la simple concreción de la naturaleza humana, el mero individuo de una especie. A diferencia de las demás criaturas, cada ser humano es pues “persona”, es decir, un ser singular, un sujeto con incomunicabilidad ontológica, único, irrepetible e irremplazable. El hombre puede descubrir que detrás de las operaciones inmateriales de la inteligencia y de la voluntad, subyace tras su dimensión corporal física, un sustrato también inmaterial que se expresa

“personeidad”, por así decirlo, haría alusión a la existencia histórica o temporal del sujeto: concreta y contingente, cultural; mientras que la “humanidad” haría otro tanto respecto de su naturaleza común, dinámica aunque permanente. No habría oposición, pues, entre lo histórico y lo inmutable en el derecho —en particular, en lo que resulta ser su núcleo axiológico: los derechos humanos—, básicamente porque no hay confrontación tampoco en la persona humana, su fundamento, que se despliega culturalmente, mientras permanece ella misma, tanto en su común condición humana como en su identidad personal. Somos de la opinión de que en una antropología metafísica semejante, se encuentra una veta valiosa para articular, por un lado, exigencias éticas universales e indisponibles a modo de prohibiciones respecto del atentado directo contra bienes humanos básicos¹¹⁴⁶, y por otro lado, manifestaciones positivas diversas o plurales de dichos bienes¹¹⁴⁷ e incluso, de algunos males concretos que la prudencia política aconseje tolerar en cada caso, en orden al bien común de la sociedad¹¹⁴⁸.

Queda claro, entonces, que este elemento “natural” del derecho, con ser indispensable para su fundamentación y, por lo tanto, para su determinación, no se plantea como excluyente del elemento institucional, autoritativo o positivo, propiamente “cultural”¹¹⁴⁹. Este último resulta también indispensable, al menos, por dos razones. En primer lugar, porque no todo está determinado en justicia por la naturaleza humana y de las cosas, por lo que existen diversas opciones legítimas que el

en la racionalidad y que podemos llamar “espíritu” o “alma espiritual” [...]. (J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, “Persona humana y cosa justa natural...”, cit., p. 115).

¹¹⁴⁶ Cfr. J. FINNIS, *Absolutos morales*, cit., pp. 15 ss. Al respecto, Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, EUNSA, 2006, pp. 61 ss.

¹¹⁴⁷ Cfr. J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 113 ss.

¹¹⁴⁸ Nos parece que la noción de “perfeccionismo moral pluralista”, si bien es usada por George en una discusión distinta, aunque adyacente, puede ser útil para esclarecer lo sostenido aquí. (Cfr. R. P. GEORGE, *Para hacer mejores a los hombres*, cit., pp. 171-202).

¹¹⁴⁹ Decíamos en otro lugar: “[...] Se puede entender por “cultura” —haciendo alusión a sus raíces semánticas— todo aquello que siendo manifestación humana, “cultiva”, despliega integralmente al hombre [...]. Las culturas en sentido histórico-social son manifestaciones concretas —o por lo menos debieran serlo— del hombre en su despliegue cultural humanista, en su cultivo de lo propiamente humano. En ese estricto sentido es posible, a la luz de la comprensión de la identidad fundamental de la persona humana, juzgar distintos fenómenos y concreciones culturales como más o menos “humanos”, en la medida en que mejor desplieguen lo más genuinamente humano [...].” (J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, “Persona humana y cosa justa natural...”, cit., pp. 129-130). Cfr. también: A. GARCÍA QUESADA, “El desafío cultural de las universidades católicas. Consideraciones en torno a la *Ex corde ecclesiae*”, *Persona y cultura*, 2, 2003, pp. 66-69.

legislador, el juez o el particular —cada cual en su propio ámbito de decisión— pueden tomar, con el objetivo de fomentar el bien común en unas circunstancias histórico-geográficas concretas¹¹⁵⁰. En segundo lugar, porque incluso aquello que encuentra un alto grado de determinación simplemente a través de los fines de la naturaleza humana —pensemos, por ejemplo, en el principio básico de respeto a la vida humana inocente—, requiere con frecuencia ser positivado o formalizado autoritativamente, para fomentar su respeto social efectivo a través de los mecanismos técnicos de protección propios del derecho¹¹⁵¹. No se trata de plantear una suerte de “reconciliación” entre dos dimensiones del derecho que se conciben primero por separado o hasta en conflicto¹¹⁵², sino antes bien, como veremos en seguida, de una armónica dinámica determinativa que requiere tanto de lo natural como de lo cultural de la realidad, y que exigen su abordaje epistemológico de manera integral¹¹⁵³.

Este modelo de integración entre lo natural y lo cultural es lo que nos lleva a pensar, por ejemplo, que si se plantea la distinción normativa entre reglas y principios desde un mero plano lógico-estructural o lingüístico, ésta no debería ser considerada sino débil, es decir, apenas una cuestión de grado, precisamente, respecto de su nivel de indeterminación¹¹⁵⁴. Sin embargo, si se le plantea desde el plano que consideramos definitivo, es decir, el de su contenido y su referencia a la realidad humana práctica y a sus fines perfectivos, puede trazarse una distinción más fuerte: por un lado, entre los principios básicos y sus conclusiones necesarias e indisponibles —lo que se ha llamado

¹¹⁵⁰ Cfr., por ejemplo: T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 91, a. 3, ad. 1. Cfr. también: R. P. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, cit., pp. 107 ss. Para un enfoque clásico del bien común, entendido como bien propio del hombre en cuanto hombre, Cfr. D. CASTELLANO, “¿Qué es el bien común?”, en M. Ayuso (Ed.), *El bien común. Cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas*, Madrid, Itinerarios, 2013, pp. 13-25.

¹¹⁵¹ Cfr. J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 10^a ed., 2001, pp. 176 ss.

¹¹⁵² Cfr., por ejemplo, R. ALEXY, “La doble naturaleza del derecho”, cit., pp. 41 ss. Como vimos (Cfr. Cap. III.A.4; y Balance de la Segunda Parte), Recaséns se refirió, por su parte, a tres dimensiones, no concebidas tampoco del todo armónicamente, pese a sus esfuerzos en ese sentido. (Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 40 ss.; o *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 156 ss.)

¹¹⁵³ Para Serna: “[...] La propia índole cultural es uno de los constitutivos ontológicos del ser humano, que es esencialmente pro-creador, cultivador y creador de un mundo, en el sentido de un plexo de relaciones entre los objetos que se encuentran en su entorno existencial [...].” (P. SERNA BERMÚDEZ, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, cit., p. 132).

¹¹⁵⁴ Cfr., por ejemplo: H. L. A. HART, *Post scriptum al Concepto de derecho*, cit., p. 39; o L. PIETRO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, cit., pp. 27 ss.

en lenguaje clásico “ley natural”¹¹⁵⁵—, y por otro lado, aquellas normas autoritativas que son más bien determinaciones o concreciones de diverso grado, pero no necesarias —y por lo tanto, disponibles— de los primeros¹¹⁵⁶.

En definitiva, el que proponemos, es en parte un horizonte de superación que se puede encontrar en una fundamentación del derecho que parta de una experiencia jurídica existencial de los problemas humanos que, sin dejar de considerar la circunstancialidad e historicidad de la cultura y sus elementos institucionales, incorpore las estructuras ontológicas finalistas permanentes y perfectivas de lo humano que subyacen en particular a los derechos humanos, en un modelo práctico de solución de las controversias jurídicas¹¹⁵⁷; probablemente, algo semejante a lo que Nino ha llamado, “iusnaturalismo pleno”¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁵ Para Hervada, por ejemplo, se puede describir la ley natural “[...] como el conjunto de leyes racionales [lo que podría llamarse también “principios”] que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona”. (Cfr. J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, cit., pp. 144-145. Cursivas en el texto). Para Vallet de Goytisolo: “Las denominadas leyes (en sentido lato) naturales son propiamente principios que captamos por nuestra potencia del *intellectus principiorum* [...]”. (J. VALLET DE GOYTISOLO, *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 51).

¹¹⁵⁶ Cfr. T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a. 2. Al parecer Cianciardo apunta a lo mismo cuando distingue entre “principios razonables *per se*” y el resto de los principios y la totalidad de las reglas. (Cfr. J. CIANCIARDO, *Una introducción a los principios constitucionales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp. 33-37). Sin embargo, creemos que resulta perfectamente posible plantear principios razonables *per se* —es decir, conclusiones de ley natural—que encuentren, desde un criterio estructural, una forma más bien “regulativa”, por ejemplo, la regla: “quedá prohibida toda disposición de la vida humana inocente”. Debemos este matiz a una sugerencia de la profesora Trilce Valdivia Aguilar.

¹¹⁵⁷ Nos parece que algo semejante propone, por ejemplo, Mora Restrepo, al mostrar la insuficiencia del modelo de justificación externa y proponer un modelo de fundamentación ontológica. (Cfr. G. MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*, cit., pp. 381 ss.)

¹¹⁵⁸ Cfr. C. S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., p. 37. Por ejemplo, es precisamente la no consideración de la interrelación armónica entre lo permanente y lo histórico que ofrecen los enfoques iusnaturalistas de Tomás de Aquino, de los escolásticos salmantinos o de Finnis, lo que lleva a Bernal Pulido a considerar la propuesta de Alexy como dotada de “[...] planteamientos más sólidos y plausibles [...]”. (C. BERNAL PULIDO, “La tesis de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy. Estudio introductorio”, en C. BERNAL PULIDO (Ed.), *La doble dimensión del derecho*, cit., p. 25).

2. Una Filosofía de la determinación prudencial del derecho, integradora de la argumentación y de la interpretación

Desde esta renovada perspectiva iusnaturalista —en sintonía con lo que se ha llamado con Berlin “tradición central de Occidente”¹¹⁵⁹—, es posible ofrecer todavía un conjunto adicional de elementos de fondo que ayuden a una reforma de la teoría de la interpretación y de la argumentación jurídicas, sobre todo, desde el ensanchamiento y el fortalecimiento de la razón práctica en su rol determinativo del derecho. En este acápite final, buscando simplicidad expositiva, iremos ocupándonos de algunas de las muchas objeciones que podrían plantearse, sin apartarnos del hilo argumentativo que desplegaremos para apoyar las tesis a defender.

Creemos que este horizonte de mejora o de superación que proponemos, pasa por ensayar una Filosofía del derecho que lo conciba desde sus primeros principios, no como una idea *a priori*¹¹⁶⁰, o con una naturaleza dialéctica entre lo ideal y lo real¹¹⁶¹, sino como una realidad natural-cultural auténticamente práctica, y en tanto que tal, susceptible de experiencia humana, de inducción y de abstracción¹¹⁶². En ese sentido, puede decirse que en relación con la más consistente tradición clásica¹¹⁶³, y desde un análisis histórico-etimológico¹¹⁶⁴, los términos *to díkaion* o *ius* se refieren, en primer lugar, a la conducta objetivamente debida en justicia —es decir, al derecho, a lo que es justo según una medida externa de igualdad—, y por analogía de atribución, también a

¹¹⁵⁹ Cfr. R. P. GEORGE, *Para hacer mejores a los hombres*, cit., pp. 33-35. Para un desarrollo sintético de lo que dicha tradición implica para la concepción de la razón práctica, Cfr. J. GARCÍA-HUIDOBRO, *Una introducción a la tradición central de la Ética*, Lima, Palestra, 2009.

¹¹⁶⁰ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del derecho*, cit., pp. 11 ss. Para Castro Cid: “Recasén Siches parte [...] del supuesto de que el tema sobre el concepto del Derecho ocupa el lugar preferente dentro de la Teoría Fundamental. Y, continuando con la trayectoria de los pensadores que, como R. Stammler, G. Del Vecchio, G. Radbruch, etc., sostienen el carácter fundamental a priori de dicho concepto, afirma asimismo que resulta absolutamente imposible fundamentarlo en la simple experiencia jurídica [...]”. (B. DE CASTRO CID, *La Filosofía jurídica...*, cit., p. 78).

¹¹⁶¹ Cfr. R. ALEXY, “Reflexiones en torno a cómo mi pensamiento...”, cit., pp. 73 ss.

¹¹⁶² Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, t. I: *El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, cit., pp. 28 ss.

¹¹⁶³ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, V, 1-3; o T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 57, a. 1 y ad. 1. En ese mismo sentido, Cfr., por ejemplo: G. KALINOWSKI, “Ley y derecho. (A propósito de *Una definición del derecho* del Profesor Michel Villey)”, Trad. C. Arias de Ronchietto, en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, cit., pp. 19 ss.; o R. L. VIGO, *Las causas del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pp. 55-56.

¹¹⁶⁴ Cfr., por ejemplo: J. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de las leyes*, cit., pp. 2-3.

la norma que la regula, a la facultad de exigirla, al arte de discernirla, a la sentencia que la resuelve, entre otros muchos aspectos de la realidad jurídica¹¹⁶⁵.

Ello implica plantear una relación intrínseca o esencial entre derecho y justicia, que, al mismo tiempo, no “moralice excesivamente” al derecho, por así decirlo¹¹⁶⁶. Nos parece que, en parte, a ello apunta Ollero en un reciente trabajo¹¹⁶⁷, aun cuando para nosotros, ni el derecho positivo —es decir, la determinación no necesaria y la formalización conveniente del derecho natural— sea el único derecho que exista, ni la norma injusta —desde luego, en lo que tenga de injusta— deba considerarse siempre, desde un punto de vista práctico, “derecho”¹¹⁶⁸. Por ello, si bien coincidimos con Recaséns¹¹⁶⁹ y con Alexy¹¹⁷⁰ en la importancia de reivindicar la conocida fórmula de Radbruch¹¹⁷¹, creemos que es necesario ir más allá de ella.

A nuestro modo de ver, el derecho es lo objetivamente justo, ya sea porque ha sido establecido así por la naturaleza del hombre y de las cosas, o porque lo haya sido por la autoridad legítima¹¹⁷². En ese orden de ideas, la norma positiva injusta puede considerarse “derecho”, sólo si obliga en justicia en algún sentido, lo que, ciertamente, suele suceder. Dicho de otro modo: la norma injusta tiene de “derecho” lo que tenga de justa. Ello puede ocurrir porque su obediencia ofrece algún tipo de seguridad jurídica o

¹¹⁶⁵ Cfr., por ejemplo: A. OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el derecho?*, cit., pp. 283 ss.; o C. ORREGO SÁNCHEZ, *Analítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2005, pp. 9-27.

¹¹⁶⁶ Sobre ello nos hemos ocupado con cierto detalle otro lugar, Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, “Notas para un iusnaturalismo realista en clave antropológica”, *Prudentia Iuris*, 75, 2013, pp. 52-54. Aunque aquí se ofrecen matizaciones importantes a dicha tesis.

¹¹⁶⁷ Para Ollero: “En ese ajustamiento objetivo de relaciones de convivencia consiste la *justicia objetiva*, que determina jurídicamente lo suyo de cada uno y genera la exigencia moral de respeto propia de la *virtud subjetiva de la justicia*”. (A. OLLERO TASSARA, “Derecho y moral: una relación desnaturalizada”, en A. OLLERO TASSARA, J. A. GARCÍA AMADO y C. HERMIDA DEL LLANO, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Madrid, Fundación Coloquio jurídico europeo, 2012, p. 25. Cursivas en el texto).

¹¹⁶⁸ Para una discusión de la tesis de Ollero sobre este punto, Cfr. J. A. GARCÍA AMADO, “Iuspositivismo sin misterio y antipositivismo con enigmas. Comentario a las tesis de Andrés Ollero”, en A. OLLERO TASSARA, J. A. GARCÍA AMADO y C. HERMIDA DEL LLANO, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, cit., pp. 64 ss.; y B. DE CASTRO CID, “¿Es posible la desmoralización del derecho? Comentarios tangenciales a la propuesta de A. Ollero”, en C. HERMIDA y J. A. SANTOS (Coords.), *Una Filosofía del derecho en acción*, cit., pp. 42 ss.

¹¹⁶⁹ Cfr., por ejemplo: L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 138-139; o *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 308.

¹¹⁷⁰ Cfr., por ejemplo: R. ALEXY, “Maurschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, cit., pp. 167-168; o “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, cit., pp. 227-235.

¹¹⁷¹ Cfr. G. RADBRUCH, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, cit., pp. 34-35.

¹¹⁷² Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, V, 7.

porque evita mayores desajustes sociales que su incumplimiento, es decir, porque aporta en algún sentido relevante al bien común¹¹⁷³. Por ello, si la norma o la sentencia son gravemente injustas —dicho de otro modo: si atentan contra prohibiciones de ley natural al lesionar bienes humanos básicos o, lo que para nosotros es lo mismo, atentan directamente contra la dignidad¹¹⁷⁴—, no debe considerarse que exigen obediencia en justicia, por más pretensión de validez formal que ostenten, y por más que sea posible defender su consideración teórica de “derecho” en algún sentido relevante¹¹⁷⁵.

Somos conscientes de que una propuesta como la nuestra torna difusos los contornos entre los valores o principios formales y los materiales del derecho, que tanto Recaséns como Alexy se han esforzado en destacar y equilibrar¹¹⁷⁶. A nuestro juicio, por ejemplo, la seguridad tendrá de valiosa —es decir: de jurídica— lo que tenga de justa, por lo que consideramos que no estamos hablando de dos valores en potencial conflicto, sino de dos dimensiones de un único valor jurídico, algo así como las dos caras de una misma “moneda axiológica”: la de la justicia¹¹⁷⁷.

¹¹⁷³ En un sentido semejante: C. I. MASSINI CORREAS, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, cit., pp. 219-220; o A. OLLERO TASSARA, “Derecho y moral: una relación desnaturalizada”, cit., pp. 46 ss. Para algunos matices a esta tesis, Cfr. R. L. VIGO, *Interpretación jurídica*, cit., pp. 269 ss.

¹¹⁷⁴ Esta última es la fórmula que prefiere Recaséns. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, “Revisión sobre el problema...”, cit., p. 47).

¹¹⁷⁵ Cfr. al respecto, J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 379 ss.; y “Postscript”, cit., pp. 475-476; Cfr. también: J. A. SEOANE, “La doctrina clásica de *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación”, en R. L. VIGO (Ed.), *La injusticia extrema no es derecho*, cit., pp. 227 ss.; o C. I. MASSINI CORREAS y J. GARCÍA HUIDOBRO, “Valoración e inclusión en el derecho. La máxima “*lex injusta non est lex*” y la iusfilosofía contemporánea”, en J. CIANCIARDO *et alii*, *Razón jurídica y razón moral. Estudio sobre la valoración ética en el derecho*, México, Porrúa, 2012, pp. 117-145. Para la defensa de una conexión tanto clasificante como cualificante entre justicia y derecho, Cfr. R. L. VIGO, “Consideraciones sobre la visión de John Finnis acerca de la tesis “La ley injusta no es ley”, en J. B. ETCHEVERRY (Ed.), *Ley, moral y razón, Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2013, p. 125. Cfr., especialmente, el debate: R. ALEXY, “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, *The American Journal of Jurisprudence*, 58, 2013, pp. 105-110; y J. FINNIS, “Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy...”, cit., pp. 100-109.

¹¹⁷⁶ Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 136 ss.; o R. ALEXY, “Legal Certainty and Correctness”, *Ratio Juris*, 28, 2015, pp. 444 ss.

¹¹⁷⁷ De hecho, para Recaséns, tampoco puede haber justicia, sino existe un mínimo de seguridad jurídica. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 298).

En ese mismo sentido, creemos que la consistencia y la coherencia normativa¹¹⁷⁸, por ejemplo, son elementos justificatorios de la interpretación jurídica, pero sólo en la medida en que se les comprenda respecto de sus consecuencias¹¹⁷⁹ para con una justicia en relación, sobre todo, con principios materiales y derechos indisponibles. Éstos resultan armónicos —es decir: revelan un sentido normativo— si se les comprende como expresión deontica de la armonía propia de la naturaleza humana y de sus fines. Desde luego, no se trata con esto de restarle importancia al elemento institucional del derecho, sino de plantear la tesis siguiente. El elemento institucional, y la consistencia y la coherencia que exige, se justifica por el orden social que ayuda a lograr, y si ese orden es bueno para el hombre en sociedad —es bien común, digamos, más que una mera “forma de vida satisfactoria”¹¹⁸⁰—, es precisamente porque puede considerarse justo, es decir, sistémicamente consistente, pero sobre todo, axiológicamente coherente con la naturaleza del hombre y sus fines perfectivos.

En ese orden de ideas, volvemos a la tesis de las dos caras de la “moneda axiológica”: es justo que no siempre prime la maximización de los principios morales del sistema, sobre el cumplimiento consistente de la norma autoritativa. Pero para ello, creemos que resulta imprescindible asumir también la tesis de la existencia de principios morales objetivos e indisponibles. Es decir, en nuestra propuesta, el límite para la prevalencia consistente de las razones institucionales estaría en la moral, pero no en toda ella —ciertamente no en sus contingentes formulaciones lingüísticas asumidas como mandatos indeterminados de optimización¹¹⁸¹—, sino sólo en las razones morales, pocas pero fundamentales, que son auténticas prohibiciones de ley natural¹¹⁸². Éstas proscriben sin excepción, como una exigencia elemental de la razonabilidad práctica, los

¹¹⁷⁸ Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 152 ss.; o *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 189 ss. Cfr. también: R. ALEXY y A. PECZENIK, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, cit., pp. 131 ss.

¹¹⁷⁹ Cfr., por ejemplo: N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 104 ss.

¹¹⁸⁰ Cfr. Ibídem, pp. 193 ss.

¹¹⁸¹ Cfr., por ejemplo: R. ALEXY, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, cit., pp. 13 ss.

¹¹⁸² Para una defensa de la importancia del rol determinativo de justicia de la formulación positiva de los absolutos morales desde el enfoque de Finnis, Cfr. P. ZAMBRANO, “Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana”, en J. B. ETCHEVERRY (Ed.), *Ley, moral y razón*, cit., pp. 92 ss.

atentados directos contra los bienes humanos básicos¹¹⁸³, que son su contenido principal “natural”, es decir, objetivo, trascendente y extralingüístico¹¹⁸⁴, base para hablar de auténticos “derechos humanos absolutos”¹¹⁸⁵. A nuestro modo de ver, nuestra concepción de la intrínseca moralidad del derecho en las descritas coordenadas, nos libra —aunque a alguno pudiera parecerle paradójico— de aquello que de acierto tienen críticas como las de Barberis respecto de cierto “imperialismo de la moral” por parte de la teoría estándar¹¹⁸⁶.

En la línea de lo argumentado, creemos que la referida practicidad intrínseca del derecho, evidencia la importancia de que no sea una razón teórica, aunque aplicativamente práctica, sino una más bien constitutivamente práctica, la que se haga cargo de la determinación del derecho¹¹⁸⁷. A nuestro modo de ver, la tan revalorizada razón práctica no es más que la única razón del hombre, pero considerada en cuanto que trabaja al modo práctico, es decir, en su rol directivo y valorativo de la conducta humana¹¹⁸⁸, en este caso, de la jurídica. A diferencia de lo que plantea por lo general la teoría estándar, no se trata de una razón que alcanza la corrección en tanto que se ciñe

¹¹⁸³ Cfr. J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 148 ss.; o *Absolutos morales*, cit., pp. 15 ss.

¹¹⁸⁴ Para Herrera: “[...] lo jurídico no abarca todo lo que es moralmente debido, sino que se refiere a un *mínimo de moralidad exigible públicamente* en la vida social. Sin embargo, todo lo que se refiera al reconocimiento del estatuto de persona humana y la tutela de la vida humana forma parte de dicho mínimo [...]”. (D. A. HERRERA, *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, Buenos Aires, EDUCA, 2012, p. 381. Cursivas en el texto).

¹¹⁸⁵ Cfr. J. FINNIS, *Aquinas*, cit., pp. 164-165; o “Postscript”, cit., p. 467. Podría decirse que lo que planteamos es una suerte de contrapartida moral de la tesis institucional de los aspectos “intocables” del derecho, de Moreso. (Cfr. J. J. MORESO, “Los intocables del derecho”, en J. M. SAUCA (Ed.), *El legado de Dworkin a la Filosofía del derecho*, cit., pp. 99 ss.) La mayor cercanía de Recaséns a las tesis por nosotros defendidas aquí, es lo que nos hace pensar que en su propuesta no puede hablarse de un consecuencialismo o un coherentismo como el que predomina en las teorías de la argumentación jurídica. Para una opinión distinta, como vimos anteriormente: Cfr. J. C. CABRA APALATEGUI, “Antiformalismo y argumentación jurídica”, cit., pp. 77-80.

¹¹⁸⁶ Cfr. M. BARBERIS, “¿Imperialismo de la argumentación?”, cit., pp. 331 ss. Para Alexy, la tesis de la doble naturaleza de los derechos fundamentales, expresa una “moralización adecuada” de los mismos. (Cfr. R. ALEXY, “Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales”, cit., p. 29).

¹¹⁸⁷ Cfr. C.I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, t. III: *El conocimiento y la interpretación jurídica*, cit., p. 65.

¹¹⁸⁸ Cfr. T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, q. 79, a. 12. Insiste en ello, por ejemplo: G. KALINOWSKI, “La razón práctica: sus conceptos, juicios y razonamientos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 17, 1977, p. 202. Para Massini Correas un conocimiento es práctico si: a) su objeto es material y formalmente práctico, b) su fin es la dirección de la acción, y c) su modo es primordialmente sintético. (Cfr. C.I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, t. III: *El conocimiento y la interpretación jurídica*, cit., p. 66).

a las reglas de un procedimiento ideal¹¹⁸⁹. Antes bien, es una razón capaz de conocimiento “verdadero” y, por ello, directivo de la acción, en tanto que parte de la evidencia de los primeros principios prácticos, y trabaja informada o perfeccionada por la virtud de la prudencia, operando razonablemente —pues la exactitud no es posible, dada la naturaleza de los problemas— con la contingencia de lo humano¹¹⁹⁰.

Lo señalado en el párrafo anterior requiere, al menos, tres aclaraciones. La primera, es que planteamos que el conocimiento jurídico es primordialmente de tipo práctico —moral o ético— y no técnico, en el sentido de que tiene como fin el perfeccionamiento del hombre a través de la bondad de la acción, subordinando normativamente los aspectos técnico-productivos o *poiéticos* del derecho, es decir, aquellos cuyo fin es, más bien, instrumental, al centrarse en la perfección del producto a realizar¹¹⁹¹. La segunda, es que la “verdad práctica” de la que hablamos¹¹⁹², si bien se entiende como “correspondencia” en el sentido realista y a semejanza de la verdad teórica o especulativa¹¹⁹³, difiere de ésta al menos en tres aspectos importantes: a) su

¹¹⁸⁹ Cfr., por ejemplo: R. ALEXY, “Una concepción teórico discursiva de la razón práctica”, cit., p. 137; o A. AARNIO, R. ALEXY y A. PECZENIK, “The Foundation of Legal Reasoning”, cit., p. 261.

¹¹⁹⁰ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, I, 3, 1094b. Cfr. también: T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 4. Para Martínez Doral: “[...] ningún tipo de saber universal alcanza ya a captar la singularidad de la situación en la que es preciso decidir. Ningún criterio “teórico” nos daría entonces seguridad infalible sobre el acierto de nuestra decisión. Esta sólo nos puede ser suministrada por la rectitud de la voluntad [...]”. (J. MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, EUNSA, 1963, p. 87).

¹¹⁹¹ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, VI, 4-5; o *Metafísica*, IX, 8, 1050a 30 ss. Sobre ello, Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 164. En un sentido semejante: R. L. VIGO, *Interpretación jurídica*, cit., p. 99; o F. A. LAMAS, *La experiencia jurídica*, cit., pp. 485-487. Para una concepción del derecho como técnica, Cfr. A. RUIZ MIGUEL, “Dogmática jurídica, ¿ciencia o técnica?”, en C. ALARCÓN CABRERA y R. L. VIGO (Coords.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, pp. 409-412. Para una postura más matizada desde la teoría estándar, pero que, a nuestro juicio, no integra convenientemente los elementos técnicos del derecho en los propiamente prácticos, Cfr. M. ATIENZA, “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, cit., pp. 148-159. Quizá por ello Atienza no alcance a ver la relevancia que la pretensión de corrección tendría en el discurso de las partes en un proceso. (Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 704-705).

¹¹⁹² Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, VI, 1-2. Para el Aquinate: “[...] la rectitud del apetito respecto del fin es la medida de la verdad en la razón práctica. Según esto, se determina la verdad de la razón práctica, por su concordancia con el apetito recto. Pero la verdad misma de la razón práctica es regla de la rectitud del apetito con relación a lo que es para el fin. De acuerdo a esto, llamamos *recto* el apetito que prosigue lo que dice la verdadera razón”. (T. DE AQUINO, *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, VI, 2, n. 811). Sobre el problema de hasta qué punto puede hablarse de verdad en las proposiciones morales y jurídicas, Cfr. G. KALINOWSKI, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, cit., pp. 93 ss.

¹¹⁹³ Cfr. ARISTÓTELES, *Metafísica*, IV, 7, 1011b 25 ss.; o T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, q. 21, a. 2. Para Massini Correas: “[...] la verdad práctica no podría conceptualizarse en forma totalmente distinta que la verdad teórica y se trataría siempre, en su caso, de una adecuación del intelecto con la realidad que, en este caso, consistirá en un fin o en los medios necesarios para ese fin. El fin es, para el realismo, un bien, y el bien y el ente son convertibles, por lo que se tratará siempre de una realidad y su conocimiento

objeto no es un estado de cosas, sino una ordenación de la acción hacia el bien humano objetivo¹¹⁹⁴; b) su fin propio, más allá del subjetivo, es la dirección de la acción; y c) su modo de conocer es sobre todo sintético o compositivo, y no analítico¹¹⁹⁵. La tercera, finalmente, es que resulta posible en estas coordenadas llamar “ciencia” práctica a cierto conocimiento jurídico, pero sólo en un sentido analógico¹¹⁹⁶, en tanto que dicho conocimiento cuente con un método propio de indagación, riguroso y capaz de objetividad; pero para ello debe tratarse de un saber que, más allá de la consideración de la contingencia de los actos humanos, se mantenga en apertura a los primeros principios prácticos de la ley natural —universales y necesarios—, a los que hemos hecho antes referencia¹¹⁹⁷.

Lo que proponemos es desarrollar una Filosofía del derecho que lo fundamente en su estatuto epistemológico, como una Ciencia acerca de la determinación prudencial, paradigmáticamente judicial¹¹⁹⁸, de lo justo —es decir: de una determinación

resultará verdadero cuando la razón se adecue a esa realidad. Por tratarse de una realidad práctica, el saber que se obtenga será directivo del obrar, pero, para ser verdaderamente directivo, habrá de ser conforme a lo real [...]. (C. I. MASSINI CORREAS, *La prudencia jurídica*, cit., p. 207).

¹¹⁹⁴ En concreto, no implica aceptar que exista algo semejante a “hechos morales”. (Cfr., por ejemplo: M. SMITH, *El problema moral*, Trad. R. Sánchez Brigido y A. Embrioni, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 205 ss.)

¹¹⁹⁵ Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *Facticidad y razón en el derecho*, cit., pp. 184-185.

¹¹⁹⁶ Para Evandro Agazzi “[...] el concepto de rigor no tiene un significado “únívoco” sino simplemente “analógico”. Lo mismo resultará claro también a propósito de la objetividad, y, desde el momento en que, según nuestra propuesta, los dos requisitos del rigor y de la objetividad caracterizan al concepto de ciencia, igualmente este último poseerá un significado analógico [...]. De hecho, mientras un concepto tiene un significado “únívoco” cuando se aplica de un solo modo a un solo tipo de objetos, y es “equívoco” cuando se aplica del mismo modo a objetos diferentes, posee un significado “analógico” cuando es aplicado a objetos distintos en parte de la misma manera y en parte de manera diversa [...].” (E. AGAZZI, *El bien, el mal y la ciencia*, cit., p. 38).

¹¹⁹⁷ Cfr. C.I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, t. III: *El conocimiento y la interpretación jurídica*, cit., pp. 72-77, que desarrolla las tesis básicas de J. FINNIS, *Aquinas*, cit., pp. 20-55.

¹¹⁹⁸ En un sentido semejante al que lo hace Recaséns (Cfr., por ejemplo: L. RECASÉNS SICHES, voz “Interpretación jurídica”, cit., pp. 544 ss.) Desde luego, existen otros contextos o modos no autoritativos de determinación del derecho —como el del ciudadano que determina el derecho cotidianamente para obedecerlo, o el del doctrinario que lo determina para teorizar sobre ello—. Dichos “modos” tienen sus peculiaridades que, sin duda, hay que considerar, pero creemos que pueden entenderse, por lo menos básicamente, a partir del modo que hemos llamado aquí “paradigmático”, al considerarlo más completo que los otros. Por ejemplo, en la decisión jurídica que toma el ciudadano, siempre se puede hablar de un contexto de descubrimiento, pero por la naturaleza de la decisión, sólo en algunos casos ocurre también el contexto de justificación. Para una opinión coincidente, Cfr. R. DWORKIN, *El imperio de la justicia*, cit., p. 24. Para una opinión divergente, Cfr. N. MACCORMICK, “Citizens’ Legal Reasoning and Its Importance for Jurisprudence”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 40, 1991, pp. 15 ss.

jurisprudencial¹¹⁹⁹—, que integre tanto a la argumentación como a la interpretación jurídicas. Por supuesto, no creemos que la elección del enfoque deba reducirse a una cuestión meramente terminológica o conceptual, aun cuando dichos aspectos tengan su importancia. Somos conscientes de que, desde una perspectiva esencialmente coincidente con la nuestra, podría preferirse legítimamente enfocar prioritariamente el problema que hemos llamado aquí de la “determinación” del derecho, desde un “momento” o “aspecto dinámico” distinto del mismo¹²⁰⁰. En todo caso, proponemos una determinación jurisprudencial que intenta incluir los momentos argumentativos y los interpretativos del derecho, sin pretender evitar todo solapamiento o superposición entre los mismos. Lo trataremos de explicar brevemente.

Optamos por referirnos a una “argumentación” en un sentido amplio, es decir, como una justificación, por un lado, racional —en tanto que lógico-formal o interna—, pero, por otro lado, también razonable —en tanto que material o externa— de las decisiones jurídicas¹²⁰¹. Sin embargo, cabe anotar que hablamos de una argumentación o justificación que no opera como si sus aspectos internos y externos fuesen mecanismos autónomos que pudieran elegirse según la dificultad del caso, o como si fuesen procedimientos que pudieran plantearse como cronológicamente distintos, sino que más bien los desarrolla existencialmente de manera unitaria a través del ejercicio de la virtud de la prudencia, lo que no es óbice para que convenga distinguirlos lógicamente, si hay que dar cuenta teórica de ellos¹²⁰². En última instancia, se trata de una argumentación jurídica que, en ese sentido, justifica no sólo las premisas de diverso

¹¹⁹⁹ Cfr., por ejemplo: T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 60, a. 1, ad. 1. En la opción por un enfoque “determinativo” seguimos a Vallet de Goytisolo, y por razones semejantes a las suyas. (Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la determinación del derecho*, cit., pp. 7 ss.)

¹²⁰⁰ Por ejemplo, nos parece que Vigo ha pasado de preferir el enfoque “interpretativo” (Cfr. R. L. VIGO, *Interpretación jurídica*, cit., pp. 87 ss.), a acentuar recientemente el “argumentativo”. (Cfr. R. L. VIGO, “Argumentación constitucional”, en M. ATIENZA y R. L. VIGO, *Argumentación constitucional. Teoría y práctica*, México, Porrúa, 2^a reimp., 2016, pp. 67 ss.), aun cuando difícilmente pueda defenderse que el profesor argentino los plantee como perspectivas de abordaje del fenómeno, necesariamente excluyentes. (Cfr. Ibídem, pp. 89 ss.)

¹²⁰¹ Cfr., por ejemplo, R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 306 ss.; o N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, cit., pp. 49 ss. Cfr. también: Cap. V.C.2 y 3. Por supuesto, ello no es óbice para que pueda entenderse la argumentación también desde sentidos más restringidos (Cfr. M. BARBERIS, “¿Imperialismo de la argumentación?”, cit., pp. 329 ss.); aun cuando no vemos razones de fondo para hacerlo aquí de esa manera.

¹²⁰² Cfr. J. WRÓBLEWSKI, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, cit., pp. 41-46.

tipo, sino también la conclusión del razonamiento a través de las reglas de la lógica formal. Dichas premisas, desde luego, se obtienen a través de diversos medios adecuados a cada realidad. Por ejemplo, el hábito de la sindéresis permite hacernos de los primeros principios universales del razonamiento práctico¹²⁰³, pero otras premisas requieren de un método que puede llamarse más bien “dialéctico”¹²⁰⁴. Por supuesto, también la retórica cumple en este proceso una función imprescindible, dado que la argumentación jurídica requiere, en orden al bien común, no sólo ser “verdadera” o “correcta”, en el sentido antes defendido aquí, sino también intersubjetivamente persuasiva.

Desde esas estrictas coordenadas, podemos decir que la interpretación resulta ser un momento esencial de la actividad argumentativa o justificatoria de las decisiones jurídicas¹²⁰⁵. A nuestro juicio, la interpretación jurídica puede ser entendida, también en un sentido amplio, como el esclarecimiento gnoseológico-valorativo del sentido de las normas jurídicas o de justicia —tanto autoritativas y consuetudinarias, como naturales— aplicables al caso, pero también de los hechos relevantes para la evaluación y resolución del mismo¹²⁰⁶. Es decir, la entendemos aquí como elemento dinámico

¹²⁰³ Cfr., por ejemplo, T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, q. 79, a. 12. Cfr. también: J. FINNIS, *Aquinas*, cit., pp. 86 ss.

¹²⁰⁴ Cfr. ARISTÓTELES, *Tópicos*, I, 10, 100^a 25 ss. Para Lamas, como vimos: “[...] la dialéctica es precisamente el núcleo lógico de la metodología científica y prudencial del Derecho, al menos en su momento principal: la *via inventionis* de lo justo [...].” (F. A. LAMAS, “Percepción e inteligencia jurídicas...”, cit., p. 20). Cfr. también: F. J. MARCOS, “Los principios jurídicos, la dialéctica y la retórica”, *Prudentia Iuris*, 81, 2016, pp. 100-104.

¹²⁰⁵ Creemos prioritario incidir sobre todo en la interpretación jurídica como “actividad”, aun cuando no se le pueda soslayar en su dimensión de “resultado”. Para un ensayo de análisis conceptual de la interpretación, sobre todo desde la perspectiva de la actividad, Cfr. J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, “Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 30, 2014, pp. 339-369.

¹²⁰⁶ Para Atienza, la interpretación, preferentemente, es la de una disposición normativa —sentido que llama “estricto”—, pero admite también un sentido amplio. (Cfr. M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 436-437). Ese sentido amplio se encuentra también en J. CIANCIARDO, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, en J. CIANCIARDO (Coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 21-36. Para una crítica a esta opción, desde una comprensión de la interpretación jurídica como una interpretación de textos, Cfr. R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, cit., pp. 25 ss. Para una crítica de esta opción innecesariamente restrictiva, Cfr. I. LIFANTE VIDAL, “Interpretar y/o argumentar”, *Eunomía*, 10, 2016, p. 306. Por nuestra parte, no vemos problema en entender por “interpretación jurídica”, en sentido restringido, el esclarecimiento del sentido deontico de una disposición normativa; y en un sentido más bien amplísimo, la argumentación jurídica toda. Precisamente, en este último sentido, también lo utilizaba Recaséns. (Cfr., por ejemplo, L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., pp. 25 ss.; Cfr. también: Cap. II.B. y Balance de la Primera Parte). Kalinowski, por ejemplo, parece preferir el sentido

prioritario de la justificación externa de las premisas tanto de las normativas como de las fácticas que participan de la justificación interna de las decisiones jurídicas. Una interpretación que opera principalmente —aunque no exclusivamente— sobre el lenguaje humano tanto escrito y oral, como también gestual, entendiéndolo como signo, sobre todo, en su dimensión referencial a la realidad en toda su diversidad¹²⁰⁷.

Ahora bien, si nos inclinamos preferentemente por “determinación” y no por “argumentación”, es básicamente por dos razones que suponen el trasfondo semántico de la llamada tradición central de Occidente a la que adherimos. En primer lugar, porque el término elegido hace alusión directa a la metodología clásica que nos parece apropiada para la búsqueda de la respuesta más justa posible¹²⁰⁸, la que hemos tratado de presentar a lo largo de este último acápite, algo renovada a partir de los hallazgos de la teoría estándar. En segundo lugar, porque, en principio, el término elegido no excluye la consideración de la combinación existencial —perfectamente compatible con la necesaria distinción lógica— de los contextos de descubrimiento y de justificación de las decisiones jurídicas. A nuestro modo de ver, no sólo toda determinación judicial del derecho empieza en descubrimiento y culmina en su necesaria justificación, sino que dichos momentos se alternan y se implican mutuamente de manera existencial en el proceso mismo determinativo¹²⁰⁹. En ese sentido, creemos que dicha distinción analítica —digamos: “enfática”— de contextos, está asociada más bien, como hemos podido ver, al enfoque argumentativo —por más reparos que, con toda justicia, pueda hacer Atienza

“restringido”. (Cfr. G. KALINOWSKI, “Filosofía y lógica de la interpretación del derecho”, Trad. C. I. Massini Correas, en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, cit., pp. 109 ss.)

¹²⁰⁷ Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, t. III: *El conocimiento y la interpretación jurídica*, cit., pp. 110 ss. Ello, sin perjuicio de que, como señala Schauer: “[...] ignorar el modo en el cual las palabras reales de una ley son el punto de partida para el análisis de los casos en los cuales esta es relevante, es ignorar una de las características principales de los sistemas jurídicos modernos”. (F. SCHAUER, *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Trad. T. J. Schleider, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 178).

¹²⁰⁸ Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la determinación del derecho II. (Parte Sistemática)*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1996, pp. 233 ss.

¹²⁰⁹ Una perspectiva también unitaria y desde la misma tradición de pensamiento puede encontrarse en Kalinowski, para quien lo propio de la lógica del jurista no está en si usa reglas de razonamiento formal o material —pues usa ambas—, sino en que es la prudencia la que gobierna su actividad y el modo en que las combina para hallar lo justo, una solución que “descubre” a través del silogismo prudencial y que “justifica” a través del silogismo de la aplicación del derecho. (Cfr. G. KALINOWSKI, “Aplicación del derecho y prudencia”, cit., pp. 133-141).

al respecto¹²¹⁰—, y en ello encontramos una segunda razón para optar más bien por el término “determinación”¹²¹¹.

Por ello, ya sea que se conciba a la virtud de la equidad en el sentido restringido aristotélico-tomista¹²¹² que defiende, por ejemplo, Lamas¹²¹³ o Massini Correas¹²¹⁴ —y así pueda catalogarse como un modo o “método” de interpretación—; o en el sentido extenso de Suárez que amplía aún más Recaséns¹²¹⁵ —y así pueda llegar a confundirse con todo ejercicio jurídico-interpretativo de la razón práctica—, nos parece que lo realmente importante es otra cosa. Creemos que se trata de establecer que los principios morales de justicia fundados en los fines de la naturaleza humana han de operar necesariamente en toda determinación prudente del derecho, y que sin ellos no hay justicia concreta, o dicho de otro modo, se dificulta ostensiblemente la posibilidad de dar realmente al titular lo suyo.

Esto puede ocurrir, al menos: a) porque la norma positiva proponga explícitamente la realización de una acción injusta o gravemente injusta, ocasionando así que, de ser posible, se le pueda corregir empleando los principios subyacentes a la norma o al sistema, o en el peor de los casos, que se le pueda desobedecer; b) porque el resultado de operar con la norma positiva, si se le aplicara sin matices, sería excepcionalmente injusto en el caso concreto —lo que podría llamarse “laguna

¹²¹⁰ Cfr. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, cit., pp. 103-105; o “Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes”, cit., p. 113.

¹²¹¹ Massini Correas parece por momentos inclinarse por “determinación”, la que incluiría a la “interpretación”, entendida en un sentido restringido. (Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho, t. III: El conocimiento y la interpretación jurídica*, cit., pp. 83 ss. y 211 ss.) Por nuestra parte, preferimos no utilizar el término “aplicación” como equivalente a “determinación” o a “interpretación” —como lo hace, por ejemplo, Recaséns—, básicamente porque puede resultar equívoco por su resonancia iuspositivista, y a nuestro juicio, restrictiva. (Cfr. R. L. VIGO, *Interpretación jurídica*, cit., p. 92).

¹²¹² Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, V, 10; o *Retórica*, I, 13, 1374a-b. Cfr. también: T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 120, a. 1 y a. 2;

¹²¹³ Cfr. F. A. LAMAS, *La experiencia jurídica*, cit., pp. 427-438.

¹²¹⁴ Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho, t. II: La justicia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, pp. 43 ss.

¹²¹⁵ Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 260. Cfr. también: Cap. II.B.4. Más allá de los matices, nos parece que Pérez Luño se inclina también por un sentido amplio de equidad, aunque no tan amplio, desde luego, como el de Recaséns. (Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid, La Ley, 2011, p. 176). Cfr. también: A. OLLERO, *¿Tiene razón el derecho?*, cit., p. 483.

axiológica”¹²¹⁶—, ocasionando así que se pueda adaptar equitativamente la norma a partir de los principios; o c) porque no exista una norma positiva que regule el caso específico —lo que podría denominarse “laguna normativa”¹²¹⁷—, lo que obligaría al juez a operar según dichos principios de justicia con la concurrencia de alguna norma positiva —de haberla, claro está— que pueda utilizarse por analogía.

A nuestro modo de ver, así planteadas las cosas, si conviene distinguir entre lo justo y lo equitativo, hay que convenir en que lo segundo es parte de lo primero¹²¹⁸, una vez consideradas, no sólo todos los estados de cosas relevantes, sino también todos los materiales normativos —tanto positivos, como naturales—, para hallar la mejor solución posible en un caso concreto¹²¹⁹.

Ello quizá permita entender también, por qué en la compleja polémica sobre la única respuesta correcta¹²²⁰ nos inclinamos por la tesis que sostiene más bien la existencia de la respuesta más justa en concreto, y lo hacemos al menos por dos razones complementarias. En primer lugar, desde el plano ontológico, nos parece claro que si bien existen muchas repuestas jurisprudenciales aceptables por lo que tienen de justas, entre ellas sólo una sería la mejor, si pudieran ser considerados a cabalidad todos los elementos fácticos y normativos relevantes para hallar la solución. En segundo lugar, desde el plano gnoseológico-psicológico, creemos que se requiere también postular el

¹²¹⁶ Para Ruiz Manero: “Un cierto caso constituye una *laguna axiológica* de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema contiene una regla que soluciona el caso, pero (2) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que se derivan del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante”. (J. RUIZ MANERO, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”, cit., p. 123. Cursivas en el texto).

¹²¹⁷ Para el profesor de Alicante: “Un cierto caso constituye una *laguna normativa* de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa y (2) el balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida”. (ídem. Cursivas en el texto).

¹²¹⁸ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, V, 10, 1138a 3; o T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 120, a. 2, ad. 1 y ad. 2.

¹²¹⁹ Por eso coincidimos con Recaséns en que no se puede “[...] establecer ni un criterio para elegir un método, ni una tabla de prioridades entre los varios métodos de interpretación que han sido propuestos. Lo único que se puede formular con validez universal y necesaria es la regla siguiente. En cada caso el juez debe interpretar la ley de aquel modo y según el método que lleve a la solución más justa entre todas las posibles [...]”. (L. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la interpretación...*, 1980, cit., p. 181). Desde luego, ello es perfectamente compatible con la frecuente prevalencia de razones institucionales, las que son, en realidad, también parte de la justicia que hay que realizar, como tuvimos oportunidad de ver.

¹²²⁰ Cfr., por ejemplo, M. ATIENZA, “Sobre la única respuesta correcta”, cit. Cfr. también, Cap. V.C.4.

hallazgo de una respuesta que se juzgue la más justa de todas, para evitar subjetivamente la arbitrariedad que implicaría el último paso de la decisión, en caso de no hallarla¹²²¹. Dicho de otro modo: nos resulta difícil aceptar que el último paso de razonabilidad en el derecho que asegura su objetividad, no consista precisamente en tener razones inteligibles y —por lo menos, en principio— comunicables para darlo. Por supuesto, no estamos planteando con ello que el juez desde su propia contingencia y desde la variabilidad de los asuntos prácticos a los que se enfrenta, sea capaz realmente de acertar al elegirla, o que dicha elección pueda ser justificada intersubjetivamente a través de algún método de validez indubitable¹²²². Nuestra tesis, tampoco implica defender, desde luego, que todo esté determinado en justicia por los principios morales, pues asumimos, como tuvimos oportunidad de ver, que para eso existe la autoridad.

Ahora bien, que una decisión judicial sea justa y por ello exija obediencia —es decir, que sea no sólo compatible con alguna lectura legítima de la titularidad del derecho del justiciable, sino también un medio pertinente para alcanzar un aspecto relevante del bien común—, no significa que sea necesariamente tan justa como las otras, o la más justa de todas. Nos parece que ello queda en evidencia, por ejemplo, cuando un juez prudente elige una solución que de inmediato goza de generalizada reputación de justicia entre sus colegas, pero ante la aparición de un nuevo argumento o conjunto de argumentos que la matizan, tanto a él como a sus colegas les llega a convencer que la solución tomada, sin dejar de ser justa, era realmente mejorable¹²²³.

¹²²¹ Para Massini Correas: “[...] dada la sinergia de la acción humana singular, *i.e.*, considerada en el nivel *fronético*, ésta sólo puede llevarse delante de modo determinado en la medida en que la razón perciba una solución práctica como la *mejor* y la voluntad la *intenda* o elija como objeto de su querer [...].” (C. I. MASSINI CORREAS, “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, cit., p. 110).

¹²²² Quizá lo más relevante que distinga nuestra propuesta de la de Dworkin (Cfr., por ejemplo: R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., pp. 61-208; o *Una cuestión de principios*, cit., pp. 159-190 y 217-228.), sea la combinación de dos aspectos: por un lado, el desmarque de una posición que podríamos llamar axiológicamente “coherentista”, y por otro lado, la central relevancia de la virtud de la prudencia para el ejercicio determinativo del razonamiento jurídico.

¹²²³ Contra la tesis aquí defendida, principalmente, Cfr. J. FINNIS, “Derecho natural y razonamiento jurídico”, cit., pp. 23 ss. Cfr. También: R. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, “Respuestas correctas, justas y la persistencia del encanto del legalismo. Comentario a “Dworkin, Finnis y la “única respuesta correcta” del Prof. Carlos Ignacio Massini C.”, en S. LEGARRE, A. MIRANDA y C. ORREGO (Eds.), *La lucha por el derecho natural*, cit., pp. 135 ss. Aceptando la incommensurabilidad de los bienes que propone Finnis, pero criticando su solución al problema aquí planteado, está: C. PEREIRA SÁEZ, “¿Existe una única respuesta correcta para cada decisión jurídica? El juez Hércules ante la incommensurabilidad de los bienes básicos”, en J. CIANCIARDO, *Filosofía práctica y derecho*, cit., pp. 433 ss. Desde luego, a nuestro modo de ver, el juez prudente del ejemplo que propusimos tendría que ser, además, humilde para comportarse así. La falta de

Por supuesto no se trata de negar la riqueza y la diversidad del bien humano, o la decisiva importancia de la participación de las disposiciones de carácter y de los afectos en la elección correcta¹²²⁴. Somos conscientes de que sin las virtudes de la prudencia y de la justicia, y sin la concurrencia de otras virtudes que pueden ser llamadas también “judiciales”, no resulta posible aproximarse a la solución justa en cuestión¹²²⁵, o dicho de otro modo: somos partidarios de la tesis de que no existe método alguno —por más precisión regulativa que pretenda— que por sí sólo, prescindiendo de las virtudes, sea capaz de hallar la respuesta correcta¹²²⁶. El mundo contemporáneo parece debatirse entre modelos de racionalidad sistemática y de irracionalidad, pero creemos que una tercera vía no kantiana es posible: una razonabilidad prudencial de base aristotélico-tomista, aunque no circunscrita a los aportes de dichos referentes. Una razonabilidad no apodíctica e imperfecta, pero capaz de deliberar y de juzgar cognoscitivamente, para imperar ordinativamente lo justo concreto¹²²⁷. En definitiva, una razonabilidad suficiente para sortear con justicia —sobre la base de unos fines

esta virtud podría ser una de las razones por las cuales, a pesar de haber siempre una respuesta más justa, los desacuerdos pueden volverse realmente permanentes. Para la no consideración de aspectos semejantes, por ejemplo: Cfr. P. LUQUE SÁNCHEZ, “Los desacuerdos jurídicos desde la Filosofía”, *Doxa*, 36, 2013, pp. 448-450. Para un estado de la cuestión respecto de los desacuerdos se puede consultar, del mismo autor: “Los desacuerdos jurídicos. Un mapa conceptual”, en P. LUQUE SÁNCHEZ y G. B. RATTI (Eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué discrepan los juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 23-59.

¹²²⁴ En esos aspectos insiste, prolíjamente, por ejemplo: J. B. ETCHEVERRY, “La relevancia de la determinación judicial y la tesis de la respuesta más justa”, *Díkaion*, 24, 2015, pp. 75 ss.

¹²²⁵ Sobre este asunto, Cfr. L. SOLUM, “*Virtue jurisprudence. Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes*”, *Persona y derecho*, 69, 2013, pp. 15 ss. Sobre la especificidad de la ética jurídica respecto de los diversos contextos en que se desenvuelven los juristas, Cfr., por ejemplo: J. SALDAÑA SERRANO (Coord.), *Ética jurídica. (Segundas jornadas)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2015. Por ejemplo, sobre el problema de la imparcialidad en el contexto de las virtudes judiciales, y desde su propia perspectiva, Cfr. J. COAGUILA VALDIVIA, *Imparcialidad e independencia judicial*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2015, pp. 23 ss.

¹²²⁶ Cfr. G. KALINOWSKI, *Introducción a la lógica jurídica*, cit., p. 169. Para Tomás de Aquino: “[...] para un juicio recto [en tanto que acto del juez], se requieren dos condiciones. Una de éstas es la virtud misma que profiere el juicio, y en este sentido el juicio es acto de la razón, pues decir o definir algo es propio de la razón. La otra, en cambio, es la disposición del que juzga, por la cual tiene la idoneidad para juzgar rectamente. Y así, en aquellas cosas que pertenecen a la justicia, el juicio procede de la justicia [...]. Así, pues, el juicio es acto de justicia, según que ésta se incline a juzgar rectamente, y de prudencia, en cuanto que esta virtud pronuncie el juicio [...]”. (T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 60, a. 1, ad. 1.)

¹²²⁷ Cfr. J. PIEPER, *Las virtudes fundamentales*, cit., p. 45. Para un cuadro completo de los ricos aspectos que implica la virtud de la prudencia clásica, Cfr. T. DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 48 y 49.

antropológico-perfectivos —los problemas humanos de convivencia, siempre que se fomente respetuosamente en la sociedad, al mismo tiempo, la virtud¹²²⁸.

Pero para elaborar una propuesta de ese tipo, no es necesario —y ciertamente no sería prudente— prescindir tanto de los aportes de la vía antropológico-existencial ensayada por Recaséns¹²²⁹, como de los aportes metodológicos desarrollados por la teoría estándar¹²³⁰. No es posible en este lugar, sin embargo, desarrollar una propuesta integral al respecto. Como dejamos constancia desde un principio, el horizonte propuesto en este tercer acápite del último capítulo de nuestra investigación, en todo caso, pretende señalar a grandes rasgos el camino a seguir para lograrlo.

Ahora bien, más allá de que no creemos que pueda establecerse algo así como un único método capaz de hallar siempre la solución más justa, nos parece que, por ejemplo, el método armonizador que ha venido desarrollando Toller, es un intento valioso de aprovechar el útil instrumental argumentativo elaborado por la teoría estándar respecto de la interpretación de los derechos fundamentales, desde unas premisas teóricas clásicas, por lo menos, semejantes a las nuestras¹²³¹. En concreto, se parte de una antropología de base no conflictual, sobre todo en la consideración de sus consecuencias prácticas o deónticas, y se concluye el proceso determinativo-justificativo

¹²²⁸ Nos parece que esa “tercera vía” es la que busca también, por ejemplo: J. CIANCIARDO, “Argumentación, principios y razonabilidad”, *Díkaion*, 23, 2014, pp. 25 ss.; y más recientemente: “Argumentación, principios y razonabilidad. Entre la irracionalidad y la racionalidad”, en J. CIANCIARDO *et alii* (Coords.), *Filosofía práctica y derecho*, cit., pp. 89 ss.

¹²²⁹ Cfr. Cap. VI.B.

¹²³⁰ Cfr. Cap. VI.A. Seoane, por su parte, se refiere a un momento prudencial-aristotélico como tercer paso del proceso determinativo o argumentativo, luego de un momento precomprensivo o intuitivo-hermenéutico (primer paso) y un momento discursivo deontológico-kantiano (segundo paso). (Cfr. J. A. SEOANE, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica”, cit., pp. 185 ss.) Por nuestra parte insistimos, más bien, en que la prudencia actúa de diversas maneras y con distinta importancia, pero necesariamente a lo largo de todo el proceso determinativo. (Cfr. C. I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, t. III: *El conocimiento y la interpretación jurídica*, cit., pp. 99 ss.)

¹²³¹ Para su formulación más completa y reciente, Cfr. F. TOLLER, “Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”, en J. C. RIVERA *et alii* (Dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. I, pp. 107-199. Para algunos de sus antecedentes, Cfr. P. SERNA BERMÚDEZ y F. TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, cit.; o de F. TOLLER, “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*”, en E. FERRER MAC-GREGOR (Coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. II, pp. 1199-1284.; o “Los derechos *in concert*. Metodologías para tomar decisiones armonizadores en casos entre derechos y bienes constitucionales”, en J. CIANCIARDO (Coord.), *Constitución, Neoconstitucionalismo y derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, México, Porrúa, 2012, pp. 111-155.

con un método que tiene por eje la virtud de la prudencia, lo que permite hablar propiamente de test o exámenes de “razonabilidad”¹²³². Desde dichas coordenadas, los derechos no entran en conflicto porque son expresión de aquello que los sustenta: una naturaleza humana armónica, cuyos fines considerados en su interacción social no pueden, propiamente, enfrentarse como si se tratases de libertades a-teleológicas meramente subjetivas e irrestrictas. Son los intereses los que entran en conflicto, pero no los derechos humanos o fundamentales, en tanto que bienes objetivos¹²³³.

Desde un enfoque semejante, puede decirse que no se “ponderan” los derechos mismos o los bienes o fines que los sustentan, sino que se enjuician o valoran las circunstancias concretas relevantes para resolver el caso¹²³⁴. Los derechos nacen más bien “ajustados” —pues son lo justo— desde su finalidad intrínseca, por lo que se armonizan siempre entre sí y en orden al bien común¹²³⁵. En ese sentido, no se les restringe o limita externamente por vía legislativa o judicial, sino que se les delimita o determina internamente desde su finalidad en cada caso concreto¹²³⁶. Desde luego, se les puede regular, pero ello no es lo mismo que restringirlos, sin perjuicio de que existan también derechos realmente absolutos, en el sentido de que su ámbito material de protección coincide con su ámbito formal o propiamente jurídico; por ejemplo: el

¹²³² Vale la pena señalar que este enfoque interpretativo, si bien tiene coincidencias respecto de la tesis de Otto sobre los límites internos de los derechos, no nos parece que coincida exactamente con el suyo. (Cfr. I. DE OTTO Y PARDO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 93-171). Por lo mismo, no puede reducirse al de la mera subsunción formal como pretende, al parecer, Bernal Pulido. (Cfr. C. BERNAL PULIDO, *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios...*”, cit., p. 226; o *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 453). Bernal hace alusión a otros teóricos que han seguido también una línea semejante a la de Serna y Toller, por ejemplo: J. CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, cit.; y A. L. MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Trujillo, Tabla XIII Editores, 2005.

¹²³³ Cfr. J. CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, cit., pp. 139 ss.

¹²³⁴ Cfr. P. RIVAS, “Notas sobre las dificultades de la doctrina de la ponderación de bienes”, en J. CIANCIARDO (Coord.), *Constitución, Neoconstitucionalismo y derechos*, cit., pp. 157-170.; o P. SERNA BERMÚDEZ y F. TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales...*, cit., p. 75.

¹²³⁵ Cfr. A. OLLERO TASSARA, “Para una teoría “jurídica” de los derechos humanos”, en *Derechos humanos y metodología jurídica*, cit., p. 162.

¹²³⁶ Para Castillo Córdova: “[...] el carácter normativo de los derechos constitucionales y la consideración de los derechos como realidades limitadas, lleva a proponer que los derechos constitucionales o derechos fundamentales tienen un único contenido que es *limitado, ilimitable y delimitable*, lo que hace posible y exigible una vigencia armónica de todos los derechos constitucionales entre sí”. (L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Lima, Palestra, 2007, p. 387. Cursivas en el texto).

derecho a no ser sometido a esclavitud o a tortura, o el del inocente a no ser muerto¹²³⁷. Finalmente, en vez del test de proporcionalidad a tres pasos predominante en la teoría estándar¹²³⁸, Toller propone un control de razonabilidad a seis pasos: a) un test de la existencia y contenido de la finalidad, b) un test de la constitucionalidad o legitimidad del fin, c) un test de la adecuación de los medios, d) un test de la necesidad de los medios, e) un test de proporcionalidad de los medios, y f) un test de no afectación del contenido esencial o formal del derecho regulado¹²³⁹.

Para culminar la presente investigación, baste señalar que somos partidarios de la idea de que estos horizontes de superación apenas esbozados aquí, apuntan en la misma dirección de fondo que los modelos que hemos comparado: el logro de una plena unidad de la razón práctica, que no sacrifique la especificidad propia del derecho y de su justa determinación en bien del hombre. En virtud de lo desarrollado, creemos que para responder tanto a las inquietudes e intuiciones de fondo del modelo recaseniano¹²⁴⁰, como a las de la teoría estándar¹²⁴¹, hace falta transitar la vía de una plena unidad de la razón práctica que implique, por ejemplo, la integración de los contextos de descubrimiento y de justificación, y al interior de este último, de sus dimensiones interna y externa. Una unidad que incorpore tanto las emociones y la voluntad, como los rasgos de carácter, sin desfigurar su naturaleza propiamente racional. Una unidad que distinga, pero sin separar, los aspectos teóricos, prácticos y

¹²³⁷ Cfr. F. TOLLER, “Metodologías para tomar decisiones en litigios...”, cit., pp. 149 ss. El profesor argentino sostiene la siguiente tesis: “[...] siempre que parezca que se está ante un *conflicto de derechos*, en rigor lo único que habrá es que el *ámbito formal de un derecho* —es decir, el *verdadero derecho a tutelar*— ha sido estorbado o interferido por el *ámbito meramente material de otro derecho* [...]”. (Ibíd, p. 158. Cursivas en el texto).

¹²³⁸ Cfr. Cap. V.D.2.

¹²³⁹ Cfr. F. TOLLER, “Metodologías para tomar decisiones en litigios...”, cit., pp. 165 ss. Sobre esta idea de razonabilidad sustentada en una tesis antropológica, Cfr. también: J. CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad*, cit., pp. 127 ss.

¹²⁴⁰ Parece apuntar en esa dirección la unidad recaseniana del *logos* de lo razonable, entendida como “metafísica práctica” desde su fundamento en una naturaleza humana finalista. (Cfr. L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa...*, cit., pp. 7-47).

¹²⁴¹ Parecen abonar en una dirección semejante, por ejemplo, la tesis alexiana de la doble naturaleza del derecho desde una metafísica constructiva (Cfr. R. ALEXY, “La doble naturaleza del derecho”, cit., pp. 29 ss.); o la idea de MacCormick de defender la posibilidad de una razón práctica entendida globalmente, y referida al modo de ser de los hombres (Cfr. N. MACCORMICK, *Practical Reason in Law and Morality*, cit., pp. 1-4); o el intento dworkiniano de concebir la unificación de la ética, la moral y el derecho, a través de la tesis de la institucionalización de la moralidad pública. (Cfr. R. DWORKIN, *Justicia para erizos*, cit., pp. 485 ss.)

poiéticos del conocimiento, jerarquizándolos convenientemente. Una unidad que considere tanto las dimensiones naturales o permanentes del derecho, como las culturales e históricas. Una unidad de la razón práctica que halle su sustento tanto en la unidad antropológica del decisor como en la unidad de la realidad que le sirve como punto de partida y de meta necesaria. Una renovación de la razón práctica, en definitiva, que pueda llevarse a cabo a partir de la puesta al día —respecto de las inquietudes existenciales o vitales del hombre contemporáneo—, de su más genuina y larga tradición jurídica.

CONCLUSIONES

1. Recaséns lleva su reflexión iusfilosófica movido por algunas valiosas intuiciones de fondo sobre aspectos centrales del derecho y de la práctica jurídica, pero no las termina de ordenar ni de explicar suficientemente. Ello ocurre, tanto por el difícil ensamblaje de sus fuentes iusfilosóficas, como por su estilo argumentativo en el que resulta difícil distinguir sus eruditas reseñas bibliográficas, de sus propias ideas conclusivas.
2. El profesor español concibe la Ciencia jurídica de una manera unitaria, pero con dos momentos distintos que no termina de armonizar. El primero, propiamente “científico”, marcado por un acento teórico o analítico; mientras que el segundo, por uno más práctico: por la aplicación prudente y equitativa de las normas a través de su interpretación axiológica. Por su vago esclarecimiento del estatuto epistemológico de la Ciencia jurídica, concluimos que se ocupa de éste casi sólo en cuanto le permite desarrollar los contornos de su Filosofía del derecho. En ese sentido, Ciencia jurídica y Filosofía de la interpretación del derecho no se confunden: para Recaséns la Filosofía del derecho es la explicación última de los fundamentos de la Ciencia jurídica positiva. Se trata de los supuestos lógicos y ontológicos: para una *Teoría fundamental del derecho*; de los fines o ideales estimativos: para una *Axiología jurídica*; y del *logos* de lo razonable en la solución de los problemas de interpretación y aplicación del derecho: para una *Filosofía de la interpretación del derecho*.
3. Esta última se encarga de la justificación del *logos* de lo razonable a partir de los problemas jurisprudenciales. No pretende ser un método práctico, sino el esclarecimiento teórico de las razones del *logos* de lo humano como único método o “meta-método” para la interpretación y aplicación del derecho. Es “teórica”, en tanto que procede de modo analítico y no dirige inmediatamente la acción. Pero es también “práctica”, pues se ocupa de las normas jurídicas en cuanto normas, siendo práctico tanto su objeto formal y material, como su fin.

Por lo que ha de verse en Recaséns a uno de los pioneros del movimiento por la revalorización de la razón práctica, conjuntamente con Viehweg y Perelman.

4. Si bien nuestro autor niega que los juicios estimativos sean cognoscitivos y que se pueda hablar de “verdad” respecto de las normas jurídicas, cabe anotar dos matices importantes. Por un lado, defiende que los valores y los juicios del *logos* de lo razonable que en ellos se inspiran son objetivos, y que la estimación concreta es conocimiento humano. Por otro lado, desarrolla su idea de “prudencia” como eje de la aplicación directiva del *logos* de lo humano apoyado en Aristóteles y aceptando la interpretación que hace Tomás de Aquino de la misma, por lo que la prudencia recaseniana sería tanto una virtud moral como intelectual, es decir, un hábito que rige las acciones según un criterio de verdad. Por lo que parece que Recaséns permanecía, por lo menos, abierto a la posibilidad de una “verdad práctica”, aunque sin llamarla de esa manera.
5. El maestro hispano-mexicano, si bien deja en claro que el *logos* de lo razonable tiene una estrecha relación con las ideas clásicas de dialéctica-argumentación, prudencia y equidad, ni distingue lo suficiente entre ellas, ni resuelve cómo se relacionan en la configuración de la creación, interpretación y aplicación del derecho. Por otro lado, tampoco aclara lo suficiente lo que entiende por “interpretación” y “aplicación” del derecho. Para él, la “interpretación jurídica” sería la individualización jurisdiccional de la norma, es decir, el paso de la norma jurídica abstracta a una más determinada, en orden a su aplicación. Pero al mismo tiempo, usa el término para aludir al simple esclarecimiento del sentido de una disposición normativa, o incluso, al razonamiento jurídico todo.
6. El *logos* de lo razonable es la misma razón práctica que, en cuanto informada por la virtud de la prudencia, se habilita para resolver los problemas jurídicos, combinando los aspectos materiales del razonamiento con los lógico-formales, aun cuando Recaséns se ocupe casi sólo de los primeros, por considerarlos decisivos. Se trata de una razón práctica que puede apoyarse en diversas técnicas interpretativas, pero sin identificarse con ninguna —aun cuando se encuentre

prescrita autoritativamente—, puesto que la elección del medio adecuado dependerá, sobre todo, de la naturaleza del problema a resolver.

7. En la versión de Moreso de la clasificación hartiana, el enfoque de Recaséns se sitúa entre la tesis del Noble Sueño y la de la Vigilia. La tesis metafísica es raciovitalista moderada y no completamente realista. La tesis semántica coincide básicamente con la del Noble Sueño. Respecto de la tesis lógica, las normas jurídicas no son, en principio, ni verdaderas ni falsas en sentido apodíctico, pero son objetivamente y gradualmente justas o injustas. Finalmente, respecto de la tesis jurídica: de lo que se trata es de hallar “la solución más justa” a cada problema concreto. Se trata de una postura antiformalista, pero no escéptica y, en ese sentido, resulta ser cercana al enfoque de autores cognitivistas como Kalinowski, perspectiva que puede llamarse con Massini Correas: “Teoría referencial realista”, aun cuando se pueda problematizar el tipo de realidad al que se refiera.
8. Por otro lado, si se ha de subsumirlo en los modelos de razón que ha hecho célebres Pattaro, su postura puede incluirse dentro del modelo “fuerte-débil”, básicamente porque, si bien reivindica la tradición prudencial que entronca con Aristóteles, lo hace a través de la interpretación tomasiana, en el sentido de que existirían unos primeros principios morales uniformes e invariables susceptibles de ser conocidos por la sindéresis: es decir, para Recaséns no todas las premisas del razonamiento práctico-jurídico serían “débiles”.
9. El de Recaséns es un modelo interpretativo que tiene por base axiológica un “raciovitalismo moderado”: claramente menos perspectivista y menos historicista que el de su maestro Ortega y Gasset. Ello se debe, en general, al influjo de los elementos aristotélicos, tomistas y suarecianos que fueron ganando en importancia hacia el final de su vida académica, y, en particular, al recurso creciente a la idea de la experiencia de la naturaleza humana, la que teniendo una impronta kantiana, tiene también, sobre todo, un carácter metafísico-realista.

10. La propuesta axiológico-jurídica del profesor español es una estimativa cognitivista, objetivista y esencialmente ética o moral, que se funda en la estructura teleológica de una naturaleza humana mitigadamente raciovitalista. Las consecuencias metodológicas de ello están en que el *logos* de lo razonable opera con el derecho a través de la consideración experiencial, prudencial y equitativa de los valores materiales de la dignidad y de los derechos humanos, los que ofrecen un contenido finalista y perfectivo al valor jurídico formal de la justicia, valor supremo que orienta toda la dinámica interpretativa del derecho.
11. Al mismo tiempo, no se puede pasar por alto que el planteamiento de Recaséns presenta una serie de problemas. Respecto de su tesis de la experiencia jurídica, por ejemplo: postula un conocimiento experiencial de esencias ideales, confunde la percepción y la abstracción, o equipara la experiencia aristotélica abierta a la metafísica con la tesis moderna de conocimiento *a priori*. También se dan en él las dificultades propias de las escuelas axiológico-fenomenológicas y kantianas, por ejemplo: la equivocidad respecto del uso del término “valor”, la escisión entre realidad y valor, la postulación de una multiplicidad conflictual de valores, y la falta de una distinción precisa entre éstos y los fines o bienes. Dichos problemas, sin embargo, no son obstáculo para considerar en la vía metodológica de una fenomenología existencial abierta a la dimensión metafísico-realista del ser, un camino valioso para explorar el mundo axiológico jurídico desde una perspectiva más existencial y práctica, superadora del reductivismo experiencial moderno.
12. Ahora bien, afirmar que la propuesta axiológica del profesor español es esencialmente ética o moral, no implica postular que haya desarrollado él mismo una teoría sobre su contenido moral. Parece, más bien, haberla dado por supuesta. Para él, mientras que el derecho, por un lado, excluye los valores morales individuales que no atañen directamente a la dimensión social del hombre; por otro lado, sirve al mundo de la moral social a través de los valores de la seguridad, de la justicia y de la dignidad, y al de la moral individual también,

al crear espacios para el ejercicio de la propia autonomía en orden a la realización personal.

13. Por otro lado, el trabajo jurídico del *logos* de lo razonable no se reduce a los valores morales, pues considera también su congruencia con otros elementos estimativos de diversa índole, lo que, sin embargo, no debe entenderse como un enfoque contextualista o consecuencialista. Para Recaséns existen límites morales infranqueables para el derecho, algo semejante a lo que Finnis ha llamado “absolutos morales”, en tanto que se constituyen en algunas normas morales prohibitivas que no admiten excepciones.
14. Para nuestro autor, si bien el derecho no se restringe a su dimensión estimativa —pues es tridimensional— y estos valores no son sólo morales, consiste básicamente en una práctica social autoritativa e interpretativa de carácter primordialmente moral: vida humana objetivada que se hace vida humana viviente a través del ejercicio del *logos* de lo razonable. Puede decirse que para Recaséns el razonamiento jurídico es también un caso especial, institucionalizado y formalizado, del razonamiento moral. Esta versión de la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral, se evidencia en que los valores supremos de la justicia y la dignidad son determinantes, no sólo en todos los aspectos dinámicos de la elaboración y de la concreción del derecho, sino también en su identificación teórica o “clasificante”, puesto que la norma positiva monstruosamente injusta —indigna o inhumana— deja de ser derecho.
15. La nueva impronta humanista o metafísico-realista de Recaséns termina desbordando la clásica tripartición de su propuesta iusfilosófica. Varias de sus primeras tesis defendidas desde un formalismo criticista de corte kelseniano, luego encontraran difícil encaje en un intento de lectura sistemática de su propuesta. Dichas tensiones evidencian el error de mantener en una *Teoría fundamental del derecho* el armazón lógico propuesto por el neokantismo formalista; aunque se haya intentado completarlo críticamente luego. No fue acertado distinguir entre una *Teoría fundamental del derecho* y una *Axiología*

jurídica, como si pudiera lograrse —al margen de la experiencia y de la valoración moral— una ciencia *a priori* y formal del derecho positivo que sea capaz, sin embargo, de mostrarnos lo que el derecho auténticamente es. Este desbordamiento se acrecentó cuando Recaséns descubrió la necesidad de ocuparse de los aspectos prácticos de la Filosofía jurídica y de recurrir a la naturaleza humana afianzándose más en su tradición iusnaturalista clásica. En concreto, su *Filosofía de la interpretación del derecho* —de haberse desarrollado lo suficiente desde su base experiencial, axiológico material y moderadamente raciovitalista— debería haberlo llevado a un replanteamiento del conjunto de su Filosofía jurídica, desde una perspectiva más unitaria y eminentemente práctica.

16. Por otro lado, por “Teoría estándar de la argumentación jurídica” entendemos una teoría “tipo” representada, principalmente, por el modelo de Alexy, pero complementado con los aportes de MacCormick, Wróblewski, Aarnio, Peczenik, Habermas, Dworkin, Nino, Atienza, Ruiz Manero, entre otros. En ese sentido, usamos el término “estándar” con mayor amplitud semántica que la aludida por Atienza, quien parece haberlo acuñado. La opción de escoger una teoría “tipo” para el contraste, a pesar de tener el riesgo de cierta indeterminación del referente, tiene la ventaja de justificar más cabalmente que el modelo de Recaséns, no sólo fue precursor de las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica en general, sino que resulta ser también una propuesta que tiene muchos elementos “externos” que aportarles a estos modelos que, no obstante sus notables diferencias, comparten un claro parecido de familia.
17. Luego de revisar tanto el modelo interpretativo de nuestro autor como el argumentativo de la teoría estándar, queda claro que el último aventaja al primero en cuanto a la clarificación de algunas de las dimensiones y de los problemas fundamentales del razonamiento jurídico. Un primer aspecto a destacar, al respecto, es tanto la diferenciación entre los contextos de descubrimiento y de justificación, como la distinción y el intento integrador de los aspectos interno y externo de la argumentación. Un segundo aspecto es la estructuración lógica y la incorporación de los clásicos métodos interpretativos,

a manera de razones o formas de argumentos que operan dentro del razonamiento jurídico. Un tercer aspecto es la distinción y clarificación de lo que podríamos llamar diversos “momentos” o “facetas” de dicho razonamiento.

18. Por otro lado, los impulsores de la teoría estándar han realizado, complementariamente, un valioso esfuerzo por lograr una teoría general de la argumentación jurídica, que abarque casi todos los aspectos del razonamiento, lo que estuvo lejos de lograr Recaséns. Han intentado traducir la razón práctica en una metodología global y sistemática del razonamiento principalmente judicial-justificatorio, desde la renovada perspectiva de la argumentación. Lo señalado no es óbice para que podamos observar críticamente que no sólo resulta innecesaria, sino también imposible, una sistematización procedural-ideal de la razón práctica como la pretendida, en lo que vemos un vestigio de la común dependencia racionalista kantiana de los autores en cuestión.

19. Respecto de las ventajas del modelo recaseniano, cabe señalar que para la teoría estándar, la justificación práctica del derecho “real” se plantea como el resultado del seguimiento aproximado de unas reglas procedimentales concebidas supuestamente como ideales. Sin embargo, el acierto de muchas de ellas debe explicarse, más bien, por lo que mantienen de conexión con la realidad humana. Por lo que se da, al respecto, una doble dificultad: la fundamentación última de dicha conexión con la realidad, y la reducción de ésta última a su dimensión empírica. A diferencia de la teoría estándar, Recaséns ha formulado su razonabilidad a partir de la experiencia vital, y para lidiar con la realidad humana tanto en su contingencia, como con lo que de permanente subyace a la misma: la naturaleza humana. Por lo que en esta búsqueda inacabada suya de realismo metafísico se encuentra, por un lado, la grandeza de su propuesta: pues la dignidad y los derechos humanos son el contenido sustantivo para determinar —con mayores pretensiones de objetividad que las ofrecidas por la teoría estándar— la interpretación más justa. Pero, por otro lado, está también allí su debilidad: el déficit de un parámetro axiológico completamente objetivo para dicha interpretación. Sin perjuicio de ello, se puede destacar que en Recaséns la

interpretación jurídica es más un problema de tipo axiológico-referencial de la realidad, que un problema de significación del lenguaje normativo.

20. Por otro lado, nuestro autor concibe la interpretación jurídica, a diferencia de lo predominante en la teoría estándar, como “prudencial”, es decir, como una actividad no sólo intelectual, sino moralmente directiva de la acción. El *logos* de lo razonable se inserta en la racionalidad que Alexy llama “aristotélica”, modelo que el profesor alemán posterga para dar preeminencia a una variante kantiana. En Recaséns la virtud de la prudencia dirige todo el proceso interpretativo dotándolo de unidad, alejándose así del principio de proporcionalidad de la teoría estándar. Por un lado, los valores morales se muestran como no subordinados y menos dúctiles a la acción proporcionalista de las razones pragmáticas. Por otro lado, el *logos* de lo humano resulta ser un meta-método compatible con muchas formas razonables de operar con los materiales jurídicos, y no se presenta como un procedimiento más bien instrumental con pretensiones excluyentes.
21. Tras el contraste, queda claro que el modelo del profesor español es precursor de la teoría estándar, pues trabajó con precedencia en una misma dirección que ésta en tres aspectos relevantes: a) la rehabilitación de la razón práctica; b) el ensanchamiento de la misma; y c) la búsqueda de su plena unidad. Sin embargo, mientras que la teoría estándar presenta fortalezas respecto de la descomposición analítica y de la clarificación de los problemas teóricos y prácticos de la argumentación; el *logos* de lo razonable, plantea las suyas respecto de los aspectos de fondo: el de la fundamentación metafísico-antropológica, y el de sus consecuencias en la dinámica prudencial de su metodología. Por ello, el modelo recaseniano debe revalorizarse, además, en tanto que tiene mucho que ofrecer hoy para la mejora de la teoría estándar. En concreto, las críticas que se pueden formular a ésta desde los aciertos de un modelo de racionalidad predominantemente “aristotélico” como el de Recaséns, no pueden ser consideradas “internas” como las que le ha dedicado Atienza, desde un modelo de predominancia más bien “kantiana”.

22. No obstante, quedan algunos elementos deficitarios comunes a ambos enfoques que deben superarse. El error del maestro hispano-mexicano no estuvo en intentar una síntesis superadora tanto de las limitaciones del realismo metafísico clásico como de las de los modelos formalistas o axiológico-materiales de cuño neokantiano, sino en haber sacrificado en dicho intento lo mejor de la tradición clásica: el realismo metafísico como punto de llegada, para quedarse más bien —aunque con ciertos matices— con la vía gnoseológica del apriorismo y del intuicionismo axiológico, y con el raciovitalismo orteguiano de base. La perspectiva existencial o metodológicamente fenomenológica de acceso práctico a una antropología metafísica realista que intentó Recaséns, puede ser hoy de enorme utilidad para el perfeccionamiento de una teoría de la argumentación que requiere, al menos, dos cosas. Por un lado, un contacto más vital con la realidad antropológica en su dimensión co-existencial, que no se reduzca a sus aspectos empíricos o sociológicos. Por otro lado, una fundamentación más fuerte de los valores materiales implicados por los derechos humanos, que justifique calificarlos como inherentes, universales e inalienables, y que ofrezca elementos extralingüísticos para su determinación objetiva.

23. En ese sentido, resulta indispensable superar la idea, predominante en la teoría estándar, de una dignidad como fundamento de los derechos humanos excesivamente tributaria de una autonomía de corte kantiano, y perfilar una noción de dignidad que la conciba más bien como libertad, pero referida a una estructura teleológica antropológico-metafísica, finalista y perfectiva de base. El camino implica superar el falaz modelo de razón débil-fuerte de la teoría estándar, por el que se pretende arribar lógicamente a conclusiones necesarias y materiales, a partir de premisas tan sólo débiles y formales. Se trata de un horizonte de superación que cuente con una fundamentación del derecho que parta de una experiencia jurídica existencial de los problemas humanos y que, sin dejar de considerar la circunstancialidad e historicidad de la cultura y sus elementos institucionales o positivos, incorpore las estructuras ontológicas de lo

humano que subyacen en particular a los derechos humanos, en un modelo práctico de solución de las controversias jurídicas.

24. Este horizonte de mejora, pasa por ensayar una Filosofía del derecho que lo conciba desde sus primeros principios como una realidad práctica, y en tanto que tal, susceptible de experiencia humana, de inducción y de abstracción. Ello implica plantear una relación intrínseca o esencial entre derecho y justicia objetiva, que, al mismo tiempo, no ceda a cierto “imperialismo de la moral”, en los términos de Barberis. El límite infranqueable para la prevalencia consistente de las razones institucionales está en la moral, pero no en unas contingentes formulaciones lingüísticas asumidas como mandatos indeterminados de optimización, sino sólo en las razones —pocas pero fundamentales— que son auténticas prohibiciones de ley natural o “absolutos morales”.
25. Se trata de desarrollar una Filosofía del derecho que lo fundamente en su estatuto epistemológico, como una Ciencia acerca de la determinación prudencial, paradigmáticamente judicial, de lo justo, integradora de la argumentación y de la interpretación jurídicas. En ese sentido, la interpretación resulta ser el elemento dinámico prioritario de la justificación de las decisiones jurídicas, en tanto que esclarecimiento gnoseológico-valorativo del sentido de las normas —tanto autoritativas y consuetudinarias, como naturales— aplicables al caso, pero también de los hechos relevantes para la evaluación y resolución del mismo. No sólo toda determinación judicial del derecho empieza en descubrimiento y culmina en justificación, sino que dichos momentos se alternan y se implican mutuamente de manera existencial en el proceso mismo determinativo. Dichos principios morales de justicia fundados en los fines de la naturaleza humana han de operar necesariamente en toda determinación prudente del derecho, y no existe, al respecto, método alguno —por más precisión regulativa que intente— que por sí sólo, prescindiendo de las virtudes, sea capaz de hallar la respuesta justa. El mundo contemporáneo se debate entre modelos de racionalidad sistemática y de irracionalidad, pero una tercera vía no

kantiana es posible: una razonabilidad prudencial de base aristotélico-tomista, aunque no circunscrita a los aportes de dichos referentes.

26. Definitivamente sería imprudente prescindir de los aportes tanto de la vía antropológico-existencial ensayada por Recaséns, como de los aportes metodológicos de la teoría estándar. Los horizontes de superación esbozados, apuntan en la misma dirección de fondo que los modelos comparados: el logro de una plena unidad de la razón práctica, que no sacrifique la especificidad propia del derecho y de su justa determinación en bien del hombre. En ese sentido, hace falta transitar una vía que implique la integración de los contextos de descubrimiento y de justificación, y de las dimensiones interna y externa de este último. Que incorpore tanto las emociones y la voluntad, como las virtudes, sin desfigurar su naturaleza propiamente racional. Que distinga los aspectos teóricos, prácticos y poiéticos del conocimiento, sin separarlos. Que considere tanto las dimensiones naturales o permanentes del derecho, como las culturales e históricas. Que halle su sustento tanto en la unidad antropológica del decisor como en la unidad de la realidad que le sirve como punto de partida y meta necesaria. En última instancia: se trata de una renovación de la razón práctica que pueda llevarse a cabo a partir de la puesta al día —respecto de las inquietudes más vitales del hombre contemporáneo—, de su más genuina y larga tradición jurídica.
27. Finalmente, podemos concluir que la Filosofía de la interpretación del derecho de Recaséns, al ser un ensayo de caracterización y de fundamentación del derecho como saber práctico de lo justo y lo equitativo, acierta no sólo porque puede ser considerada precursora de la teoría estándar, sino porque, en cierto sentido, la aventaja. En ella se encuentra —fruto de su tradición raciovitalista y clásica— el germen de una Ciencia acerca de la determinación prudencial del derecho que, partiendo de la experiencia vital de lo humano, entienda al derecho como una práctica institucional eminentemente moral-valorativa que encuentre en la realización histórica de la justicia —concretada a través de la dignidad y los derechos humanos, y su contenido material en la naturaleza teleológica-

perfectiva de la persona humana y en la naturaleza de las cosas— su valor determinante por excelencia, capaz de conjugar tanto lo natural como lo cultural de la realidad jurídica en cada caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

De Luis Recaséns Siches

- *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español*, Madrid, Morata, 1931.
- “Sobre la Teoría pura del derecho y del Estado. Estudio preliminar”, en H. KELSEN, *Compendio de una Teoría general del Estado*, Trad. L. Recaséns Siches y J. de Azcárate Flórez, Barcelona, Bosch, 2^a ed., 1934, pp. 5-100.
- *Los temas de la Filosofía del derecho en perspectiva histórica y visión de futuro*, Barcelona, Bosch, 1934.
- “Los interrogantes filosóficos del derecho. Misión de una auténtica Filosofía del derecho”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 29, 1935, pp. 287-294.
- “La seguridad como motivo radical de lo jurídico”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, 3, 1939, pp. 281-288.
- *Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la Filosofía del derecho*, México, CEM, 1939.
- “Estudios de Filosofía del derecho”, en G. DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, Trad. Luis Recaséns Siches, México, UTEHA, 3^a ed., 1946.
- *La Filosofía del derecho de Francisco Suárez. Con un estudio previo sobre sus antecedentes en la patrística y en la escolástica*, Madrid, Jus, 2^a ed., 1947.
- “Individual Freedom under the Law”, en L. BRYSON et alii (Eds.), *Freedom and Authority in our Time. Twelfth Symposium of the Conference on Science, Philosophy and Religion*, New York, Harper & Brothers, 1953, pp. 109-119.
- “Situación presente y proyección de futuro de la Filosofía jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 6, 1956, pp. 139-151.
- “El logos de “lo razonable” como base para la interpretación jurídica”, *Diánoia*, 2, 1956, pp. 24-54.
- “José Ortega y Gasset: algunos temas capitales de su filosofía”, *Diánoia*, 2, 1956, pp. 352-368.
- “José Ortega y Gasset. Su metafísica, su sociología y su filosofía social”, *La Torre. Revista general de la Universidad de Puerto Rico*, 15-16, 1956, pp. 305-335.
- *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*, México, FCE, 1956.
- *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 2^a ed., 1973.
- *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 3^a ed., 1980.
- *La nueva Filosofía de la Interpretación del derecho*, Panamá, Imprenta Nacional, 1957.
- “Justicia”, (Extrait) *Revue internationale de Philosophie*, 41, 1957.
- “Reafirmación de la Estimativa moral y jurídica. (Análisis crítico del relativismo escéptico de Kelsen en Axiología)”, *Diánoia*, 4, 1958, pp. 19-43.
- “Juridical Axiology in Ibero-America”, *Natural Law Forum*, 3, 1958, pp. 135-169.
- “La objetividad intravital de los valores”, *Humanitas*, 1, 1959, pp. 205-216.
- “Algunas directrices de la axiología jurídico-política”, *Diánoia*, 5, 1959, pp. 14-37.
- “Renacimiento iusnaturalista en normas de derecho internacional presente”, *Revista de la Facultad de derecho de México*, 35-36, 1959, pp. 271-300.

- “Unicidad en el método de interpretación del derecho”, en *Estudios jurídicos-sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 1960, t. I, pp. 213-243.
- “Meditaciones y análisis sobre el albedrío”, *Diánoia*, 7, 1961, pp. 22-44.
- “El art. 30 de la Declaración Universal de derecho del hombre (no debe haber libertad contra la libertad)”, (Sobretiro) *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 30, 1961, pp. 205-222.
- “Esquema de Filosofía del derecho”, en *Actas del Segundo congreso extraordinario interamericano de Filosofía*, San José, Imprenta Nacional, 1962, pp. 323-332.
- “The Logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational (Human Reason in the Making and the Interpretation of the Law)”, (Reprinted) *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, 1962, pp. 192-221.
- “Dos iusnaturalistas norteamericanos de nuestros días: Cahn y Bodenheimer”, *Diánoia*, 8, 1962, pp. 3-41.
- “En juego, nuestra vida, dignidad y libertad (Meditaciones sobre el derecho natural)”, (Sobretiro) *Mirador Cultural. Revista de la Universidad Ibero Americana*, 1, 1962, pp. 39-72.
- “La dignidad del individuo y la estabilidad de la familia en el presente derecho internacional de protección de los derechos del hombre y en algunas Constituciones”, (Extrait) en *Problèmes contemporains de droit comparé*, t. I, Tokio, Institut Japonais de droit comparé. Université Chuo, 1962, pp. 331-368.
- “La finalidad del derecho”, *Humanitas*, 2, 1962, pp. 549-576.
- “Reflexiones sobre el método jurídico y sobre la experiencia jurídica de León Husson”, *Diánoia*, 9, 1963, pp. 34-70.
- “Ámbito, sentido y limitaciones de la libertad política por su intrínseca lógica”, (Sobretiro) *Humanitas*, 4, 1963, pp. 653-655.
- “Axiología jurídica y derecho natural”, en *Symposium sobre derecho natural y axiología jurídica. XIII Congreso Internacional de Filosofía*, México, UNAM, 1963, pp. 119-143.
- *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 2 ts., 1963.
- “Prólogo” en C. PERELMAN, *De la justicia*, Trad. R. Guerra, México, CEF UNAM 1964, pp. I-XIV.
- “La lógica de los problemas humanos”, *Diánoia*, 10, 1964, pp. 3-34.
- “Lineamientos de Axiología jurídica”, en *Law, State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville, The University of Tennessee Press, 1964, pp. 248-268.
- “Logos de lo humano, experiencia jurídica y derecho”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 11, 1964-1965, pp. 11-44.
- “La experiencia jurídica”, *Diánoia*, 11, 1965, pp. 18-39.
- “The Material Logic of the Law: a New Philosophy of Juridical Interpretation”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 41, 1965, pp. 269-292.
- “El libre albedrío en el derecho penal”, en *Derecho penal contemporáneo. Suma y análisis*, México, UNAM, 1965, pp. 37-53.
- “Otra vez, y con renovado vigor: derecho natural”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 5-6, 1965-1966, pp. 5-46.

- “Revisión sobre el problema del «derecho injusto»”, *Diánoia*, 12, 1966, pp. 29-50.
- “La libertad religiosa, derecho de la persona humana”, *Atlántida. Revista de pensamiento actual*, 24, 1966, pp. 603-629.
- “La sociedad: su realidad y valoración”, (Folleto), Madrid, Estudios sindicales, sociales y corporativos, 1966.
- “Temas de derecho natural existencialista en los últimos 20 años”, *Diánoia*, 13, 1967, pp. 149-164.
- “Reseña a *Filosofia do direito* de Miguel Reale”, *Diánoia*, 13, 1967, pp. 371-376.
- “La pena de muerte, grave problema con múltiples facetas”, (Folleto), Coímbra, 1967.
- “Argumentación, logos de lo humano y subjetivismo”, *Diánoia*, 14, 1968, pp. 163-181.
- “Nuevas directrices de la práctica jurídica (Legislativa y jurisdiccional)”, (Folleto), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1968.
- “Nueva Filosofía de la técnica jurídica”, *Diánoia*, 15, 1969, pp. 255-277.
- *Iusnaturalismos actuales comparados*, Madrid, Universidad de Madrid, 1970.
- “Gaos y José Ortega y Gasset”, *Diánoia*, 16, 1970, pp. 279-287.
- *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, México, FCE, 1971.
- “Algunas contribuciones españolas al estudio de la prudencia”, *Diánoia*, 17, 1971, pp. 182-199.
- “Reseña a C. PERELMAN (Ed.), *Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Études de Logique Juridique*, Volume IV. *Le raisonnement juridique et la Logique déontique*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1970”, *Diánoia*, 17, 1971, pp. 282-287.
- “La lógica de “lo razonable” en las decisiones políticas y jurídicas”, en *Estudios en homenaje al profesor López Rodó*, Madrid, Universidad Santiago de Compostela, 1972, v. 3, pp. 209-232.
- “El problema de «la naturaleza de las cosas»”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 87-88, 1972, pp. 645-651.
- “Crítica del subjetivismo en la Estimativa jurídica”, *Diánoia*, 18, 1972, pp. 199-218.
- “Sociología del derecho y Filosofía del derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 13, 1973, pp. 9-46.
- “Equity and Logic of the Reasonable”, en R. A. NEWMAN (Ed.), *Equity in the World's Legal Systems. A Comparative Study*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1973, pp. 411-423.
- “Balance de la Teoría pura del derecho de Kelsen”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, 19, 1974, pp. 165-177.
- “Los derechos humanos”, *Diánoia*, 20, 1974, pp. 126-146.
- “Las funciones del derecho”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 17, 1974, pp. 113-118.
- Voz “Equidad”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1977, t. X, pp. 427-437.

- Voz “Estimativa jurídica”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1977, t. XI, pp. 165-193.
- Voz “Finalidad”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1977, t. XII, pp. 236-257.
- Voz “Formalismo jurídico”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1977, t. XII, pp. 463-481.
- Voz “Interpretación del derecho”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1978, t. XVI, pp. 534-573.
- Voz “Derecho”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1979, t. VI, pp. 890-926.
- *Tratado general de Sociología*, México, Porrúa, 22^a ed., 1991.
- *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La Filosofía del derecho del siglo XX*, México, Coyoacán, 2007.
- *Tratado general de Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 19^a ed., 2008.
- *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 16^a ed., 2009.
- *¿En qué consiste eso de ser jurista?*, México, Coyoacán, 2014.

De otros autores

AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Trad. E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1991.

- “¿Una única respuesta correcta?”, en A. AARNIO, M. ATIENZA y J. LAPORTA, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid, Fundación Coloquio jurídico europeo, 2010, pp. 9-45.

AARNIO, A., R. ALEXY y A. PECZENIK, “The Foundation of Legal Reasoning”, *Rechtstheorie*, 12, 1981, pp. 133-158, 257-279 y 423-448.

AGAZZI, E., *El bien, el mal y la ciencia. Las dimensiones éticas de la empresa científico-tecnológica*, Trad. J. Gallego, Madrid, Tecnos, 1992.

ALCHOURRÓN, C. y E. BULYGIN, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, Trad. E. Bulygin, en *Ánalisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, pp. 303-328.

- *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 5^a reimp., 2006.

ALCOCEA, J., voz “Dialéctica”, en L. VEGA REÑÓN y P. OLMO GÓMEZ (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, 2^a ed., 2013, pp. 194-200.

- voz “Retórica”, en L. VEGA REÑÓN y P. OLMO GÓMEZ (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, 2^a ed., 2013, pp. 522-528.

ALEINIKOFF, T. A., *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Trad. J. Aliaga, Lima, Palestra, 1^a reimp., 2015.

ALEXY, R., “Problems of Discourse Theory”, *Crítica*, 58, 1988, pp. 43-65.

- “La institucionalización de la razón”, *Persona y derecho*, 43, 2000, pp. 217-250.

- “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y libertades*, 8, 2000, pp. 21-41.
- “La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino”, *Doxa*, 26, 2003, pp. 173-201.
- *El concepto y la validez del derecho*, Trad. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2^a ed., 2004.
- “Una concepción teórico discursiva de la razón práctica”, en *El concepto y la validez del derecho*, Trad. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2^a ed., 2004, pp. 131-157.
- “Derechos individuales y bienes colectivos”, en *El concepto y la validez del derecho*, Trad. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2^a ed., 2004, pp. 177-208
- “Sistema jurídico y razón práctica”, en *El concepto y la validez del derecho*, Trad. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2^a ed., 2004, pp. 159-177.
- “Aleksander Peczenik (1937-2005)”, *Doxa*, 29, 2006, pp. 389-392.
- “Maurschützen. Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, Trad. E. R. Sodero, en R. L. VIGO (Ed.), *La injusticia extrema no es derecho. (De Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, La Ley, 1^a ed., 1^a reimp., 2006, pp. 167-195.
- “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, Trad. J. A. Seoane, en R. L. VIGO (Ed.), *La injusticia extrema no es derecho. (De Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, La Ley, 1^a ed., 1^a reimp., 2006, pp. 227-251.
- “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Trad. M. Atienza, en *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 3^a reimp., 2006, pp. 7-24.
- “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, Trad. P. Larrañaga, en *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 3^a reimp., 2006, pp. 43-69.
- “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, Trad. E. Garzón Valdés, en *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 3^a reimp., 2006, pp. 71-88.
- *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Trad. M. Atienza e I. Espejo, Lima, Palestra, 2007.
- “Respuesta a algunos críticos”, en *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Trad. M. Atienza e I. Espejo, Lima, Palestra, 2007, pp. 415-456.
- “La fórmula del peso”, Trad. C. Bernal Pulido, en *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Trad. M. Atienza e I. Espejo, Lima, Palestra, 2007, pp. 457-493.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. C. Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2^a ed., 2007.
- “Epílogo”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. C. Bernal Pulido, Madrid, CEPC, 2^a ed., 2007, pp. 511-562.
- “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, Trad. P. Larrañaga, en *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Fontamara, 1^a reimp., 2007, pp. 47-70.
- “La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho”, en *El concepto y la naturaleza del derecho*, Trad. C. Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 51-72.

- “En torno al concepto y la naturaleza del derecho”, en *El concepto y la naturaleza del derecho*, Trad. C. Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 73-98.
- *Teoría del discurso y derechos humanos*, Trad. L. Villar Borda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1^a reim., 2009.
- “Derecho constitucional y derecho ordinario - Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Trad. C. Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, reim. 2009, pp. 41-92.
- “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Trad. C. Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, reim. 2009, pp. 93-137.
- “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Doxa*, 32, 2009, pp. 67-84.
- “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, Trad. A. García Figueroa, en M. CARBONELL (Ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 4^a ed., 2009, pp. 31-47.
- “Justicia como corrección”, en *La institucionalización de la justicia*, Trad. J. A. Seoane, E. R. Sodero y P. Rodríguez, Granada, Comares, 2^a ed., 2010, pp. 49-60.
- “Derecho, discurso y tiempo”, en *La institucionalización de la justicia*, Trad. J. A. Seoane, E. R. Sodero y P. Rodríguez, Granada, Comares, 2^a ed., 2010, pp. 61-77.
- “¿Derechos humanos sin metafísica?”, en *La institucionalización de la justicia*, Trad. J. A. Seoane, E. R. Sodero y P. Rodríguez, Granada, Comares, 2^a ed., 2010, pp. 79-94.
- “La construcción de los derechos fundamentales”, Trad. L. Clérigo y J. Sieckmann, en L. CLÉRICO, J. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 1-14.
- “Deber ideal”, Trad. L. Clérigo y J. Sieckmann, en L. CLÉRICO, J. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 15-35.
- “La doble naturaleza del derecho”, Trad. Jorge Portocarrero, en C. BERNAL PULIDO (Ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima, Palestra, 2011, pp. 29-58.
- “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años”, Trad. J. Portocarrero, en C. BERNAL PULIDO (Ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima, Palestra, 2011, pp. 59-87.
- “El no-positivismo incluyente”, *Doxa*, 36, 2013, pp. 15-23.
- “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, *The American Journal of Jurisprudence*, 58, 2013, pp. 97-110.
- “Los principios formales”, *Doxa*, 37, 2014, pp. 15-29.
- “Legal Certainty and Correctness”, *Ratio Juris*, 28, 2015, pp. 441-451.
- “Un concepto no positivista de derecho fundamental: sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral”, en M. ELÓSEGUI ITXASO (Dir.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Zaragoza, Fundación Manuel

Giménez Abad de Estudios parlamentarios y del Estado Autonómico, 2016, pp. 27-45.

ALEXY, R. y M. ATIENZA, "Entrevista a Robert Alexy", en R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Trad. M. Atienza e I. Espejo, Lima, Palestra, 2007, pp. 495-519.

ALEXY, R. y E. BULYGIN, *La pretensión de corrección en el derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, Trad. P. Gaido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1^a reimp., 2005.

ALEXY, R. y A. PECZENIK, "The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality", *Ratio Juris*, 3, 1990, pp. 130-147.

ALVARADO MARAMBIO, J., "Derechos fundamentales, interpretación proporcionalista y consecuencialismo. La relevancia jurídica de las teorías morales fundamentales", *Estudios constitucionales*, 13, 2015, pp. 391-418.

ALZAMORA VALDEZ, M., *Introducción a la Ciencia del derecho*, Lima, EDDILI, 10^a ed.

AMAYA, A., "Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial", *Diánoia*, 67, 2011, pp. 135-142.

– "La coherencia en el derecho", *Doxa*, 35, 2012, pp. 59-90.

AQUINO, T. DE, *El ser y la esencia*, Trad. C. I. González, México, Tradición, 2^a ed., 1979.

- *Suma Teológica*, t. III, Trad. O. Calle Campo y L. Jiménez Patrón, Madrid, BAC, 1990; t. V, Trad. P. Arenillas Sangrador y A. Montero Galán, 1994; t. I, Trad. J. Martorell Capó, 2^a ed., 2006; t. II, Trad. A. Martínez Casado *et alii*, 4^a ed., 2006 y t. IV, Trad. M. Morán Flecha *et alii*, 1^a ed., 5^a reimp. 2009.
- *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, Trad. A. Mallea, Pamplona, EUNSA, 3^a ed., 2010.

ARISTÓTELES, *Política*, Trad. M. García Valdés, Madrid, Gredos, 1988.

- *Metafísica*, Trad. V. García Yerba, Madrid, Gredos, 2^a ed., 3^a reimp., 1998.
- *Tópicos*, en *Tratados de lógica (Órganon)*. I, Trad. M. Candel Sanmartín, Madrid, Gredos, 1^a ed., 3^a reimp., 2000, pp. 89-306.
- *Analíticos segundos*, en *Tratados de lógica (Órganon)*. II, Trad. M. Candel Sanmartín, Madrid, Gredos, 1^a ed., 1^a reimp., 1995, pp. 299-440.
- *Ética Nicomáquea*, en *Ética Nicomáquea / Ética Eudemia*, Trad. J. Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 6^a reimp., 2003, pp. 129-408.
- *Retórica*, Trad. A. Tovar, Madrid, CEPC, 6^a ed., 2003.

Asís ROIG, R. DE, *El razonamiento judicial*, Lima, ARA Editores, 2007.

- ATIENZA, M., “Para una razonable definición de «razonable»”, *Doxa*, 4, 1987, pp. 189-200.
- “Para una Teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa*, 8, 1990, pp. 39-61.
 - *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997.
 - “Argumentación jurídica”, en E. GARZÓN VALDÉS y F. LAPORTA (Eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2^a ed., 2000, pp. 231-238.
 - *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 1^a reimpr., 2006.
 - “Argumentación y Constitución”, en J. AGUILÓ REGLA, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid, 2007, pp. 113-181.
 - “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino”, *Doxa*, 30, 2007, pp. 661-663.
 - “Sobre el concepto de dignidad humana”, en *Bioética, derecho y argumentación*, Lima, Palestra, 2^a ed., 2010, pp. 165-200.
 - “Sobre la única respuesta correcta”, en A. AARNIO, M. ATIENZA y J. LAPORTA, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid, Fundación Coloquio jurídico europeo, 2010, pp. 47-80.
 - *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 3^a ed., 2012.
 - “A vueltas con la ponderación”, en M. ATIENZA y J. A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre ponderación*, Lima, Palestra, 2012, pp. 9-37.
 - “Carta sobre la ponderación”, en M. ATIENZA y J. A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Palestra, 2012, pp. 87-110.
 - “Contestación a la carta de Juan Antonio García Amado” en M. ATIENZA y J. A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Palestra, 2012, pp. 133-138.
 - *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
 - “Prólogo: Constitución y enseñanza de la argumentación jurídica”, en P. GRÁNDEZ Y F. MORALES (Eds.), *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra, 2013, pp. 15-18.
 - “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, en A. NÚÑEZ VAQUERO (Coord.), *Modelando la Ciencia jurídica*, Lima, Palestra, 2014, pp. 115-159.
 - “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, *Doxa*, 37, 2014, pp. 299-318.
 - “Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes”, en E. HABA (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014, pp. 103-115.
 - “Entre callar y no callar: decir lo justo”, en E. HABA (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014, pp. 179-199.
 - “Prólogo”, en N. MACCORMICK, *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, Trad. J. Gascón Salvador, Rev. L. Vega Reñón, Lima, Palestra, 2016, pp. 7-15.
 - “Por qué no conocí antes a Vaz Ferreira”, en C. VAZ FERREIRA, *Lógica viva*, Lima, Palestra, 2016, pp. 7-27.

- “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”, en J. AGUILÓ REGLA y P. GRÁNDEZ CASTRO (Eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 2017. (En trabajo de edición).

ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación del poder*, Madrid, Trotta, 2^a ed., 2006.

- “La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica”, en *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra, 2009, pp. 9-33.
- “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra, 2009, pp. 127-155.
- “A modo de epílogo: una conversación sobre teoría del derecho y otras varias cosas”, en *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra, 2009, pp. 259-302.
- *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2^a ed., 2^a imp., 2012.

AUBENQUE, P., *La prudencia en Aristóteles*, Trad. L. Belloro, Buenos Aires, Las Cuarenta, 2010.

- “La prudencia en Kant”, en *La prudencia en Aristóteles*, Trad. L. Belloro, Buenos Aires, Las Cuarenta, 2010, pp. 269-304.

ÁVILA, H., *Teoría de los principios*, Trad. L. Criado, Madrid, Marcial Pons, 2011.

BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la Filosofía jurídica*, Madrid, Tecnos, 3^a ed. 2^a reimp., 2007.

BALMES, J., *El criterio*, Barcelona, Mateu, 1963.

- *Filosofía elemental*, México, Porrúa, 3^a ed., 1981.

BARBERIS, M., “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, Trad. S. Sastre Ariza, en M. CARBONELL (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2009, 4^a ed., pp. 259-278.

- “¿Imperialismo de la argumentación? Comentarios al *Curso de argumentación jurídica* de Manuel Atienza”, *Doxa*, 37, 2014, pp. 325-335.
- *Introducción al estudio del derecho*, Lima, Palestra, 2015.

BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, A., “Fundamento y esencia del derecho natural”, en F. RODRÍGUEZ GARCÍA (Coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, 1980, v. I, pp. 51-63.

- *Filosofía del derecho. Fundamentos y proyecciones de la Filosofía jurídica*, México, Porrúa, 2001.

BAYÓN, J. C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEC, 1991.

BAZAL, A., *Dos facetas de la Filosofía del derecho de Recaséns Siches*, Madrid, Editor, 1990.

BAZÁN, J. L. y R. MADRID, “Racionalidad y razonabilidad en el derecho”, *Revista chilena de derecho*, 18, 1991, pp. 179-188.

BENGOETXEA, J., “El último MacCormick”, *Doxa*, 32, 2009, pp. 37-48.

- “Razonamiento jurídico y post-positivismo: la contribución de Neil MacCormick”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 26, 2010, pp. 267-287.

BERLIN, I., “Dos conceptos de libertad”, en *Dos conceptos de libertad/ El fin justifica los medios / Mi trayectoria intelectual*, Trad. A. Rivero, Madrid, Alianza Editorial, 2^a reimp., 2008, pp. 43-114.

BERNAL PULIDO, C., “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, 26, 2003, pp. 225-238.

- “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77, 2006, pp. 51-75.
- *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, CEPC, 3^a ed., 2007.
- “El carácter fundamental de los derechos fundamentales”, en L. CLÉRICO, J. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 91-110.
- “¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España”, en J. SIECKMANN (Ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 223-241.
- “La tesis de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy. Estudio introductorio”, en C. BERNAL PULIDO (Ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima, Palestra, 2011, pp. 7-27.

BEUCHOT, M., “Testimonio sobre la filosofía del derecho en México”, *Isonomía*, 7, 1997, pp. 16-19.

- *Filosofía y derechos humanos*, México, Siglo Veintiuno Editores, 3^a ed., 1999.

BLANCO, S., “La argumentación jurídica como sucedáneo imperfecto del razonamiento moral. La teoría de C. S. Nino”, en P. SERNA BERMÚDEZ (Dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2^a ed., 2005, pp. 197-277.

BOBBIO, N., *Derecho y lógica*, Trad. A. Rossi, México, UNAM, 1^a ed., 1^a reimp., 2009.

BODENHEIMER, E., *Treatise on Justice*, New York, Philosophical Library, 1967.

BONORINO, P. R., *Dworkin*, Lima, ARA Editores, 2010.

BRECHT, A., *Teoría política. Los fundamentos del pensamiento político del siglo XX*, Trad. J. M. Mauri, Buenos Aires, Depalma, 1963.

BRUNNER, E., *La Justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, Trad. L. Recaséns Siches, México, CEF UNAM, 1961.

BUENO, M., *La axiología jurídica en Luis Recaséns*, México, UNAM, 1990.

BULYGIN, E., “Robert Alexy y el concepto de derecho”, en L. CLÉRICO, J. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 269-278.

BUTTIGLIONE, R., *El pensamiento de Karol Wojtyla*, Trad. J. García Norro y R. Rovira, Madrid, Encuentro, 1992.

CABRA APALATEGUI, J. M., “Racionalidad y argumentación jurídica”, *Derechos y libertades*, 9, 2000, pp. 151-188.

- *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*, Madrid, Dykinson, 2000.
- “La unidad de razonamiento práctico en la teoría del discurso jurídico”, *Doxa*, 33, 2010, pp. 109-128.
- “Antiformalismo y argumentación jurídica”, *Derechos y libertades*, 24, 2011, pp. 67-91.
- “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: estimativa jurídica y logos de lo razonable”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 27, 2011, pp. 37-61.
- “Corrección y racionalidad en el discurso jurídico”, en *Sobre derecho y argumentación. Estudios de Teoría de la argumentación jurídica*, Granada, Comares, 2015, pp. 115-137.

CALVO García, M., *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994.

CAPELLA, J. R., *El derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Barcelona, Ariel, 1968.

- “Filosofar sobre el derecho en España: una aportación al margen”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 509-522.

CARDOZO, B. N., *La naturaleza de la función judicial*, Trad. E. Ponssa, Granada, Comares, 2004.

CARRIÓN, R., “Crítica de la Teoría (estándar) de la argumentación jurídica. Razones y pasiones de una controversia”, en E. HABA (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014, pp. 403-442.

CASTÁN TOBEÑAS, J, *La idea de justicia, hoy ¿Crisis? ¿Apogeo?*, Madrid, Reus, 1964.

CASTELLANO, D., “¿Qué es el bien común?”, en M. Ayuso (Ed.), *El bien común. Cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas*, Madrid, Itinerarios, 2013, pp. 13-25.

- “De la experiencia jurídica al derecho”, en M. Ayuso (Ed.), *Utrumque ius. Derecho, derecho natural y derecho canónico*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 19-29.

CASTILLO CÓRDOVA, L., *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Lima, Palestra, 2007.

- “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, en M. CARBONELL y P. GRÁNDEZ CASTRO (Coords.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010, pp. 227-319.

CASTRO CID, B. DE, “Yusnaturalismo y realismo en Luis Recaséns Siches”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 15, 1970, pp. 277-293.

- “Humanismo jurídico y derechos del hombre en la obra de Luis Recaséns Siches”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 12, 1972, pp. 267-301.
- *La Filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1974.
- “Los supuestos epistemológicos de la Filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches”, en F. E. RODRÍGUEZ GARCÍA (Coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, 1980, v. I, pp. 169-181.
- “Notas de la influencia de Ortega en la Filosofía jurídica de Recaséns Siches”, en F. H. LLANO ALONSO y A. CASTRO SÁENZ (Eds.), *Meditaciones sobre Ortega y Gasset*, Madrid, Tébar, 2005, pp. 431-447.
- “¿Es posible la desmoralización del derecho? Comentarios tangenciales a la propuesta de A. Ollero”, en C. HERMIDA y J. A. SANTOS (Coords.), *Una Filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2015, pp. 19-45.

CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J. "Sobre el iuspositivismo que hemos de dejar atrás. Una crítica iusnaturalista a "Dejemos atrás el positivismo jurídico" de Atienza y de Ruiz Manero", *Díkaion*, 20, 2011, pp. 49-69.

- *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Lima, Palestra, 2012.
- "Notas para un iusnaturalismo realista en clave antropológica", *Prudentia Iuris*, 75, 2013, pp. 47-54.
- "Persona humana y cosa justa natural en el diálogo multicultural", en *Persona humana y derecho. Un diálogo con la Filosofía jurídica de Javier Hervada*, México, Porrúa, 2014, pp. 111-131.
- "Derecho natural y axiología jurídica. Una mirada al problema a partir de la iusfilosofía de Luis Recaséns Siches", en J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO y R. SANTA MARÍA D'ANGELO (Coords.), *Derecho natural y iusnaturalismos*, Lima, Palestra, 2014, pp. 125-149.
- "El fundamento antropológico del Bioderecho. Una reflexión biojurídica", *Cuadernos de Bioética*, 26, 2015, pp. 13-23.
- *Interpretación, prudencia y equidad en Luis Recaséns*, Lima, Palestra, 2016.

CHIASSONI, P. L., *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Trad. P. Luque Sánchez y M. Narváez Mora, Madrid, Marcial Pons, 2011.

CIANCIARDO, J., "Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad", en J. CIANCIARDO (Coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 21-36.

- *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.
- *Una introducción a los principios constitucionales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.
- *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo de Palma, 2^a ed., 2009.
- "La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y del derecho. Una aproximación desde el pensamiento de Carlos Nino", *Díkaion*, 19, 2010, pp. 47-70.
- "Argumentación, principios y razonabilidad", *Díkaion*, 23, 2014, pp. 11-36.
- "Argumentación, principios y razonabilidad. Entre la irracionalidad y la racionalidad", en J. CIANCIARDO *et alii* (Coords.), *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2016, pp. 75-98.

CICERÓN, *Tópicos*, Trad. B. Reyes Coria, México, UNAM, 2006.

CLÉRICO, L., "Los "casos" en el modelo de la ponderación orientado por reglas. El modelo alexyano de ponderación en comparación con el modelo

“especificacionista” de Moreso”, en C. BERNAL PULIDO (Ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima, Palestra, 2011, pp. 205-244.

COAGUILA VALDIVIA, J., *Imparcialidad e independencia judicial*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2015.

COFRÉ, J. O., “Lógica, tópica y retórica al servicio del derecho”, *Revista chilena de derecho*, 13, 2002, pp. 27-40.

COMANDUCCI, P., “Interpretación jurídica”, en J. FERRER BELTRÁN y G. B. RATTI (Eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 51-70.

CONTRERAS HAUSER, M. L., “La interpretación jurídica según Luis Recaséns Siches”, *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*, 169, 1981, pp. 75-88.

– *La teoría fundamental del derecho de Luis Recaséns Siches. Implicaciones sociológicas*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1983.

CORTINA ORTS, A., “Pragmática formal y derechos humanos”, en G. PESES-BARBA MARTÍNEZ (Ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, pp. 125-133.

Cossio, C., *La Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2^a ed., 1964.

– *Radiografía de la Teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1987.

COTTA, S., “Perfil de una ontofenomenología del derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 25, 1985, pp. 29-35.

– *El derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*, Trad. I. Peidró, Pamplona, EUNSA, 1987.
– *¿Qué es el derecho?*, Trad. J. J. Blasco, Madrid, Rialp, 3^a ed., 2000.

COVARRUBIAS CORREA, A., *Introducción a la retórica clásica. Una teoría de la argumentación práctica*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.

DEL VECCHIO, G., *La justicia*, Trad. F. P. Laplaza, Buenos Aires, Depalma, 1952.

– *Filosofía del derecho*, Trad. L. Recaséns Siches, Rev. L. Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 9^a ed., 2^a reimp. 1991.

DUALDE, J., *Una Revolución en la Lógica del derecho*, Barcelona, Bosch, 1933.

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 5^a reimp., 2002.

- *La justicia con toga*, Trad. M. Iglesias Vila e I. Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- *El imperio de la justicia*, Trad. C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2008.
- *Una cuestión de principios*, Trad. V. Boschirolí, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012.
- *Justicia para erizos*, Trad. H. Pons, Buenos Aires, FCE, 2014.

ELÓSEGUI ITXASO, M., “La imparcialidad del juez. Hume y las actuales teorías argumentativas de la interpretación jurídica”, en J. BALLESTEROS, M. E. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ y A. L. MARTÍNEZ PUJALTE (Coords.), *Justicia, solidaridad, paz. Estudios en homenaje al profesor José María Rojo Sanz*, Valencia, Departamento de Filosofía del derecho, moral y política de la Universitat de València, 1995, pp. 91-113.

- *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres. Un análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy*, Madrid, CEPC y Universidad de Zaragoza, 2003.
- “La interpretación de los derechos humanos desde la tópica y la lógica de lo razonable en el profesor Puy”, en M. OTERO PARGA (Ed.), *Tópica, retórica y dialéctica en la Jurisprudencia. Estudios en homenaje a Francisco Puy*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2011, pp. 135-151.
- “La influencia de Kelsen y Verdross en el pensamiento jurídico de Legaz Lacambra sobre el derecho internacional en el período de entreguerras”, en Y. GAMARRA e I. DE LA RASILLA (Coords.), *Historia del Pensamiento Iusinternacionalista español del siglo XX. Vol. I: En el umbral del 36*, Pamplona, Aranzadi, 2012, p. 287-332.
- “El principio de proporcionalidad de Alexy y los acomodamientos razonables en el caso del TEDH *Eweida y otros C. Reino Unido*”, en A. FLORES, M. ELÓSEGUI, Y E. URIBE (Eds.), *El neoconstitucionalismo en la teoría de la argumentación de Robert Alexy*, México, Porrúa, 2015, pp. 137-170.

ENGISCH, K., *La idea de concreción en el derecho y en la Ciencia jurídica actuales*, Trad. J. J. Gil Cremades, Granada, Comares, 2004.

ETCHEVERRY, J. B., *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2009.

- “La relevancia de la determinación judicial y la tesis de la respuesta más justa”, *Díkaion*, 24, 2015, pp. 66-85.

EZQUIAGA GANUZAS, F., *La argumentación en la justicia constitucional*, Lima, Grijley, 1^a ed. peruana, 2013.

- *Argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales*, Lima, Grijley, 2^a ed., 2013.

FALCÓN Y TELLA, M. J., “La interpretación lógica y sistemática de la ley”, en A. LÓPEZ MORENO (Coord.), *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del derecho*, Madrid, Colex, 1999, pp. 69-88.

FERNÁNDEZ RUÍZ-GÁLVEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *El derecho como libertad. Preliminares para una Filosofía del derecho*, Lima, Studium, 1987.

FERRAJOLI, L., “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, Trad. P. Allegue, en M. CARBONELL (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 4^a ed., 2009, pp. 13-29.

- “El constitucionalismo entre reglas y principios”, en L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Un debate sobre principios constitucionales*, Edición de P. Grández, Lima, Palestra, 2014, pp. 173-234.

FETERIS, E., *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, Trad. A. Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

FINNIS, J., *Absolutos morales. Tradición, revisión y verdad*, Trad. J. J. García, Barcelona, EIUNSA, 1992.

- “Derecho natural y razonamiento jurídico”, Trad. C. I. Massini Correas, *Persona y derecho*, 33, 1995, pp. 9-39.
- *Ley natural y derechos naturales*, Trad. C. Orrego Sánchez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, reimpr. 2004.
- “Postscript”, en *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2^a ed., 2011, pp. 414-479.
- “Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s «Ideal Dimension»”, *The American Journal of Jurisprudence*, 59, 2014, pp. 85-109.

FLORES, I. B., “La teoría integral del derecho de Luis Recaséns Siches (1903-1977)”, en L. J. MOLINA PIÑEIRO, J. F. OJESTO MARTÍNEZ P., F. SERRANO MIGALLÓN (Coords.), *El pensamiento filosófico-jurídico y político en Luis Recaséns Siches*, México, Porrúa, 2003, pp. 51-78.

FRONDIZI, R., *¿Qué son los valores?*, México, FCE, 3^a ed., 23^a reimpr., 2010.

FULLER, L., *Anatomía del derecho*, Trad. L. Castro, Caracas, Monte Ávila, 1969.

GAIDO, P., “El alcance de la pretensión de corrección en la teoría de Robert Alexy”, en L. CLÉRICO, J. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 257-268.

GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

- “Retórica, argumentación y derecho”, *Isegoría*, 21, 1999, pp. 131-147.
- “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”. Disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/logros-y-carencias.pdf>.
- “Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza”, en M. ATIENZA y J. A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Palestra, 2012, pp. 39-85.
- “Respuesta a la epístola de Manuel Atienza”, en M. ATIENZA y J. A. GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Palestra, 2012, pp. 111-132.
- “Iuspositivismo sin misterio y antipositivismo con enigmas. Comentario a las tesis de Andrés Ollero”, en A. OLLERO TASSARA, J. A. GARCÍA AMADO y C. HERMIDA DEL LLANO, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Madrid, Fundación Coloquio jurídico europeo, 2012, pp. 53-116.
- *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*, León, Eolas, 2013.
- “¿Es realista la Teoría de la argumentación jurídica? Acotaciones breves a un debate intenso”, en E. HABA (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014, pp. 367-386.
- “Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis (parcial) de la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy”, en *Iusmoralismo(s). Dworkin, Alexy, Nino*, Arequipa, Legisprudencia.pe, 2014, pp. 109-158.
- “Sobre los derechos fundamentales y sus conflictos y sobre ponderaciones en la resolución de casos”, en C. HERMIDA y J. A. SANTOS (Coords.), *Una Filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2015, pp. 1355-1377.

GARCÍA BELAÚNDE, D., “Tridimensionalismo jurídico: balance y perspectivas”, *Themis*, 1, 1984, pp. 18-21.

GARCÍA FIGUEROA, A., “Derecho, metafísica y naturaleza. Alexy en la región de las verdades eternas”, en C. BERNAL Pulido (Ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima, Palestra, 2011, pp. 245-275.

- “La teoría de la argumentación. Funciones, fines y expectativas”, en M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 75-110.
- “Teorías de la argumentación. Entre la lógica y la palabrería”, en M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 111-136.

- “Contexto de descubrimiento y contexto de justificación”, en M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 137-155.
- “Justificación interna y justificación externa”, en M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 157-189.

GARCÍA-HUIDOBRO, J., *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, México, UNAM, 2002.

- *Una introducción a la tradición central de la Ética*, Lima, Palestra, 2009.

GARCÍA MÁYNEZ, E., *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 17^a ed., 1^a reimp., 2011.

GARCÍA MEDINA, J., *Teoría integral del derecho en el pensamiento de Miguel Reale*, Valladolid, Ediciones Grapheus, 1995.

GARCÍA QUESADA, A., “El desafío cultural de las universidades católicas. Consideraciones en torno a la *Ex corde ecclesiae*”, *Persona y cultura*, 2, 2003, pp. 65-87.

GARZÓN VALDÉS, E., “La naturaleza de la cosa”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, 7, 1970, pp. 59-91.

GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2^a ed., 2004.

GASCÓN ABELLÁN, M. y A. J. GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Lima, Palestra, 2003.

GÉNY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Granada, Comares, 2000.

GEORGE, R. P., *In Defense of Natural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

- *Para hacer mejores a los hombres. Libertades civiles y moralidad pública*, Trad. C. Ruiz, Pamplona, EIUUNSA, 2002.

GEORGE, R. P. y P. LEE, “La naturaleza y fundamento de la dignidad humana”, en R. P. GEORGE, *Moral pública. Debates actuales*, Trad. M. Rabinovich, Santiago de Chile, IES, 2009, pp. 65-99.

GIACCHETTI PASTOR, A., *La persona como “ser en relación” en el pensamiento de Julián Marías*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2016.

GIANFORMAGGIO, L., “La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa*, 14, 1993, pp. 159-167.

GIL CREMADES, J. J., “La motivación de las decisiones jurídicas”, en F. E. RODRÍGUEZ GARCÍA (Coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, 1980, v. I, pp. 415-433.

- “«Derecho natural» en la Universidad de Zaragoza”, en *Discordia Concord. Estudios de Historia del pensamiento jurídico español*, Granada, Comares, 2015, v. II., pp. 261-317.

GRAJALES, A. y N. NEGRI, *Argumentación jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 2014.

GRÁNDEZ CASTRO, P., “El ascenso de los principios y su incidencia en el razonamiento constitucional”, en *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*, Lima, Palestra, 2016, pp. 21-60.

GUARDINI, R., *Ética. Lecciones en la Universidad de Múnich*, Texto elaborado a partir de su legado, por H. Mercker, Madrid, BAC, 1999.

GUASTINI, R., *Interpretar y argumentar*, Trad. S. Álvarez, Madrid, CEPC, 2014.

HABA, E., “Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación”, en E. HABA (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014, pp. 27-102

- “Callar o no callar... That is the Question!”, en E. HABA (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014, pp. 117-177.
- “Avatares de lo “racional” y lo “razonable”, cuando son eximidos de tener carné de identidad”, en E. HABA (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014, pp. 201-326.

HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Trad. M. Jiménez, Madrid, Taurus, 4^a ed., 1999.

- *Factividad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trad. M. Jiménez, Madrid, Trotta, 5^a ed., 2008.
- “Idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 105-121.

HART, H. L. A., *Post scriptum al Concepto de derecho*, Trad. R. Tamayo y Salmorán, Ed. A. Bulloch y J. Raz, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2000.

- *El concepto de derecho*, Trad. G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2^a ed., 2004.
- “Discrecionalidad”, *Doxa*, 37, 2014, pp. 85-98.

HARTMANN, N., *Ética*, Trad. J. Palacios, Madrid, Encuentro, 2011.

HECK, P., *El problema de la creación del derecho*, Trad. M. Entenza, Granada, Comares, 1999.

HERNÁNDEZ MARÍN, R., “Sobre la concepción lógica en el derecho”, *Isonomía*, 18, 2003, pp. 79-110.

HERRERA, D. A., “¿Es posible una argumentación jurídica más allá del iusnaturalismo o del iuspositivismo?”, en F. PUY MUÑOZ y J. G. PORTELA (Eds.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 167-197.

- *La noción de derecho en Villey y Kalinowski*, Buenos Aires, EDUCA, 2005.
- *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, Buenos Aires, EDUCA, 2012.

HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 1992.

- *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 3^a ed., 1993.
- *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 10^a ed., 2001.

HOERSTER, N., “Ética jurídica sin metafísica”, en R. VÁSQUEZ (Comp.), *Derecho y moral. Ensayos de un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1^a reimp., 2003, pp. 224-246.

HOLMES, O. W., *La senda del derecho*, Trad. J. Solar Cayón, Madrid, Marcial Pons, 2012.

HORN, H. R., “Bases sociales del humanismo de Recaséns Siches: su alcance en el debate global”, en R. SÁNCHEZ FERRIZ y M. GARCÍA PECHUÁN (Coords.), *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica*, Valencia, Ene Edicions, 2001, pp. 453-466.

HOYOS, I. M., *De la dignidad y de los derechos humanos. Una introducción al pensar analógico*, Bogotá, Temis, 2005.

HUME, D., *Tratado de la naturaleza humana*, Trad. F. Duque, Madrid, Tecnos, 4^a ed., 2005.

HUSSON, L., “L’ Expérience juridique”, en *Nouvelles études sur la pensé juridique*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 121-143.

ITURRALDE SESMA, V., "Acotaciones sobre el principio de unidad del razonamiento práctico", *Anuario de Filosofía del derecho*, 28, 2012, pp. 79-96.

KALINOWSKI, G., *Introducción a la lógica jurídica*, Trad. J. A. Casaubón, Buenos Aires, EUDEBA, 1973.

- "La razón práctica: sus conceptos, juicios y razonamientos", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 17, 1977, pp. 201-216.
- *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Trad. E. Marí, Buenos Aires, EUDEBA, 1979.
- "Ley y derecho. (A propósito de *Una definición del derecho* del Profesor Michel Villey)", Trad. C. Arias de Ronchietto, en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, pp. 17-35.
- "Sobre la relación entre el hecho y el derecho", Trad. C. I. Massini Correas, en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, pp. 81-95.
- "Filosofía y lógica de la interpretación del derecho", Trad. C. I. Massini Correas, en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, pp. 109-122.
- "Aplicación del derecho y prudencia", Trad. C. Arias de Ronchietto, en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, pp. 123-141.

KANT, I., *Crítica del juicio*, Trad. E. Miñana y M. García Morente, en *Crítica de la razón práctica / Crítica del juicio / Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, El Ateneo, 1951.

- *Metafísica de las costumbres*, Trad. A. Cortina y J. Conill, Madrid, Tecnos, 4^a ed., 2005.
- *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Trad. R. R. Aramayo, Madrid, Alianza Editorial, 2^a reimp., 2006.
- *Crítica de la razón pura*, Trad. M. Caimi, México, FCE, 1^a reimp., 2011.
- *Crítica de la razón práctica*, Trad. D. M. Granja, Rev. P. Storandt, México, FCE, 1^a reimp., 2011.

KAUFMANN, A., "En torno al conocimiento científico del derecho", *Persona y derecho*, 31, 1994, pp. 9-28.

- *Hermenéutica y derecho*, Rev. Trad. J. A. Santos, Granada, Comares, 2007.
- *La Filosofía del derecho en la posmodernidad*, Trad. L. Villar Borda, Bogotá, Temis, 2007.

KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Trad. R. Vernengo, México, Porrúa, 16^a ed., 2005.

- *Teoría general del derecho y del Estado*, Trad. E. García Márquez, México, UNAM, 3^a ed., 1^a reimp. 2010.

KUNZ, J. L., *La Filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX*, Trad. L. Recaséns Siches, Buenos Aires, Losada, 1951.

LAMAS, F. A., *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, IEF Santo Tomás de Aquino, 1991.

- “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”, en F. A. LAMAS (Ed.), *Los principios y el derecho natural en la metodología de las ciencias prácticas*, Buenos Aires, EDUCA, 2002, pp. 11-56.

LARENZ, K., *La Filosofía contemporánea del derecho y del Estado*, Trad. E. Galán Gutiérrez y A. Truyol y Serra, Madrid, Reus, 2008.

- *Metodología de la Ciencia del derecho*, Trad. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 4^a reimp., 2010.

LASK, E., *Filosofía jurídica*, Trad. R. Goldschmidt, Montevideo, IBdef, 2008.

LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Horizontes del pensamiento jurídico (Estudios de Filosofía del derecho)*, Barcelona, Bosch, 1947.

- *Derecho y libertad*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1952.
- “La lógica como posibilidad del pensamiento jurídico”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 5, 1957, pp. 1-86.
- “Humanismo y derecho”, en *Humanismo, Estado y derecho*, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 7-40.
- *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 5^a ed., 1978.
- “Lógica formal y lógica razonable en la lógica jurídica”, en F. E. RODRÍGUEZ GARCÍA (Coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, 1980, v. I, pp. 565-594.

LIFANTE Vidal, I., *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, CEPC, 1999.

- “Seguridad jurídica y previsibilidad”, *Doxa*, 36, 2013, pp. 86-105.
- “El derecho como práctica interpretativa”, en J. M. SAUCA (Ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, CEPC, 2015, pp. 161-180.
- “Interpretar y/o argumentar”, *Eunomía*, 10, 2016, pp. 303-311.

LLANO ALONSO, F., *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del derecho. Un estudio iusfilosófico en clave comparativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

- “Cosmopolitanism and Natural Law in Cicero”, en F. J. CONTRERAS (Ed.), *The Threads of Natural Law. Unravelling a Philosophical Tradition*, Dordrecht, Springer, 2013, pp. 27-36.

LLANO CIFUENTES, A., *Metafísica y lenguaje*, Pamplona, EUNSA, 1984.

LÓPEZ CALERA, N., “¿Y si los derechos humanos no tienen un puesto en el derecho?”, en A. SQUELLA NARDUCCI y N. LÓPEZ CALERA, *Derechos humanos: ¿invento o descubrimiento?*, Madrid, Fundación Coloquio jurídico europeo, 2010, pp. 81-126.

LORCA MARTÍN DE VILLODRES, M. I., “La experiencia jurídica actual desde la clásica doctrina filosófica de la naturaleza de las cosas. Una posible vía para la reconciliación entre el derecho natural y el derecho positivo”, *Persona y derecho*, 68, 2013, pp. 39-75.

LUQUE SÁNCHEZ, P., “Los desacuerdos jurídicos. Un mapa conceptual”, en P. LUQUE SÁNCHEZ y G. B. RATTI (Eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué discrepan los juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 23-59.

- “Los desacuerdos jurídicos desde la Filosofía”, *Doxa*, 36, 2013, pp. 439-460.

MACCORMICK, N., “On Legal Decisions and their Consequences: From Dewey to Dworkin”, *New York University Law Review*, 58, 1983, pp. 239-258.

- “Citizens’ Legal Reasoning and Its Importance for Jurisprudence”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 40, 1991, pp. 15-21.
- *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, reimpr., 2003.
- *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- “La argumentación silogística: una defensa matizada”, *Doxa*, 30, 2007, pp. 321-334.
- “Argumentación e interpretación en el derecho”, *Doxa*, 33, 2010, pp. 65-78.
- *H. L. A. Hart*, Trad. J. Pérez Bermejo, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- *Instituciones del derecho*, Trad. F. Atria y S. Tschorne, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- “MacCormick on MacCormick”, en A. J. MENÉNDEZ y J. E. FOSSUM (Eds.), *Law and Democracy in Neil MacCormick’s Legal and Political Theory*, Dordrecht, Springer, 2011, pp. 17-24.
- *Practical Reason in Law and Morality*, New York, Oxford University Press, reimpr., 2011.

MAGALLÓN IBARRA, J. M., “Luis Recaséns Siches. La lógica de lo humano”, en F. SERRANO MIGALLÓN (Coord.), *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 289-298.

MAINO, C. A. G., *Concepto y fundamento de los derechos humanos a la luz del pensamiento del profesor Francisco Puy. Una perspectiva actual desde el iusnaturalismo español*, Madrid, Tecnos, 2013.

- “Derecho natural y tópica jurídica: sobre las dos bibliotecas y la verdad en el derecho”, en J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO y R. SANTA MARÍA D’ANGELO (Coords.), *Derecho natural y iusnaturalismos*, Lima, Palestra, 2014, pp. 99-124.

MANSÓN, M., “Recaséns Siches y la lógica jurídica formal”, *Revista chilena de derecho*, 4, 1977, pp. 196-212.

MANTILLA PINEDA, B., “La vida humana y la sociedad como fundamentos del derecho”, en F. E. RODRÍGUEZ GARCÍA (Coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, 1987, v. II, pp. 425-447.

MANZANILLA SCHAFFER, V., “Axiología o estimativa jurídica en el pensamiento de Recaséns Siches”, en L. J. MOLINA PIÑEIRO, J. F. OJESTO MARTÍNEZ P., F. SERRANO MIGALLÓN (Coords.), *El pensamiento filosófico-jurídico y político en Luis Recaséns Siches*, México, Porrúa, 2003, pp. 87-145.

MARCILLA CÓRDOBA, G., “Argumentación legislativa y teoría estándar de la argumentación jurídica”, en M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 495-518.

MARCOS, F. J., “Los principios jurídicos, la dialéctica y la retórica”, *Prudentia Iuris*, 81, 2016, pp. 81-104.

MARMOR, A., *Interpretación y Teoría del derecho*, Trad. M. Mendoza, Barcelona, Gedisa, 2000.

MARTÍNEZ DORAL, J., *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, EUNSA, 1963.

MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Trujillo, Tabla XIII Editores, 2005.

MARTÍNEZ PUJALTE, A. L. y T. DE DOMINGO, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicancias prácticas*, Lima, Palestra, 2010.

MARTÍNEZ ROLDÁN, L., “Radbruch y el arco gótico”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 40, 2006, pp. 205-226.

MASSA PINTO, I., “Derechos e interpretación: la argumentación ambigua de “naturaleza de las cosas” en la jurisprudencia constitucional italiana y la cuestión del reconocimiento jurídico de la unión homosexual”, *Derechos y libertades*, 30, 2014, pp. 71-102.

MASSINI CORREAS, C. I., *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.

- *Filosofía del derecho, t. I: El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2^a ed., 2005.
- *Filosofía del derecho, t. II: La justicia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005.
- “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, en S. LEGARRE, A. MIRANDA y C. ORREGO (Eds.), *La lucha por el derecho natural. Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de “Natural Law and Natural Rights”*, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2006, pp. 95-177.
- *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2^a ed., 2006.
- *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, EUNSA, 2006.
- *Filosofía del derecho, t. III: El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- “Entre reductivismo y analogía. Sobre el punto de partida de la Filosofía del derecho”, *Persona y derecho*, 67, 2012, pp. 353-385.
- “La “paradoja de la irrelevancia” y la obligatoriedad del derecho. La respuesta anticipada de Tomás de Aquino”, en J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO y R. SANTA MARÍA D’ANGELO (Coords.), *Derecho natural y iusnaturalismos*, Lima, Palestra, 2014, pp. 357-368.
- “Sobre bienes humanos, naturaleza humana y ley natural. Reflexiones a partir de las ideas de Javier Hervada y John Finnis”, *Persona y derecho*, 71, 2014, pp. 229-256.

MASSINI CORREAS, C. I. y J. GARCÍA HIDOBRO, “Valoración e inclusión en el derecho. La máxima “lex injusta non est lex” y la iusfilosofía contemporánea”, en J. CIANCIARDO *et alii, Razón jurídica y razón moral. Estudio sobre la valoración ética en el derecho*, México, Porrúa, 2012, pp. 117-145.

MERECKI, J., “Las fuentes de la Filosofía de Karol Wojtyla”, Trad. J. Ansaldo, en J. M. BURGOS (Ed.), *La Filosofía personalista de Karol Wojtyla*, Madrid, Palabra, 2^a ed., 2012, pp. 13-24.

MIRALBELL, I., “La teoría aristotélica de la abstracción y su olvido moderno”, *Sapientia*, 63, 2008, pp. 3-27. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/teoria-aristotelica-abstraccion-olvido-moderno.pdf>

MOLINA PIÑEIRO, L. J., “Luis Recaséns Siches. Selección de comentarios y citas de su obra”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 183-184, 1992, pp. 199-218.

- *Luis Recaséns Siches. Humanista y universitario de excepción*, México, UNAM, 2011.

MOORE, M. S., “Interpretación constitucional y aspiración a una sociedad buena”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 9, 2005, pp. 551-576.

MORA RESTREPO, G., *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.

MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, R., “Respuestas correctas, justas y la persistencia del encanto del legalismo. Comentario a “Dworkin, Finnis y la “única respuesta correcta” del Prof. Carlos Ignacio Massini C.”, en S. LEGARRE, A. MIRANDA y C. ORREGO (Eds.), *La lucha por el derecho natural. Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de “Natural Law and Natural Rights”*, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2006, pp. 119-149.

MORESO, J. J., “Constructivismo ético y el dilema de Eutifrón”, en *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 101-110.

- “Conflictos entre principios constitucionales”, en *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 267-284.
- “Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales” en *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 293-307.
- “La aritmética de la ponderación”, en *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 309-319.
- *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Lima, Palestra, 2^a ed., 2014.
- “Los intocables del derecho”, en J. M. SAUCA (Ed.), *El legado de Dworkin a la Filosofía del derecho*, Madrid, CEPC, 2015, pp. 91-104.
- “Sobre seis posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral”, en C. HERMIDA y J. A. SANTOS (Coords.), *Una Filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2015, pp. 67-82.
- “Virtudes, particularismo y aplicación del derecho”, en P. LUQUE SÁNCHEZ (Ed.), *Particularismo. Ensayos de Filosofía del derecho y Filosofía moral*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 189-200.
- “Atienza: dos lecturas de la ponderación”, en J. AGUILÓ REGLA y P. GRÁNDEZ CASTRO (Eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, 2017. (En trabajo de edición).

MORESO, J. J. y J. M. VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

MORÓN ARROYO, C., *El sistema de Ortega y Gasset*, Madrid, Ed. Alcalá, 1968.

NAVARRO, P., C. REDONDO y J. J. MORESO, “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, en P. NAVARRO y C. REDONDO, *Normas y actitudes normativas*, México, Fontamara, 2^a ed., 2000, pp. 69-87.

NINO, C. S., *El constructivismo ético*, Madrid, CEC, 1989.

- “Sobre los derechos morales”, *Doxa*, 7, 1990, pp. 311-325.
- “Respuesta a J. J. Moreso, P. E. Navarro y M. C. Redondo”, *Doxa*, 13, 1993, pp. 261-264.
- *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2^a ed., 12^a reimp., 2003.
- *La constitución de la democracia deliberativa*, Trad. R. Saba, Barcelona, Gedisa, 1^a reimp., 2003.
- *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 3^a reimp., 2006.
- *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 2^a ed., 2^a reimp., 2007.
- *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 4^a reimp., 2013.
- “Conflictos de derechos”, en *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2013, pp. 113-124.
- *Derecho, moral y política. Una revisión de la Teoría general del derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.

NÚÑEZ CARPIO, E., *El pensamiento español en la Filosofía del derecho de Luis Recaséns Siches*, México, Porrúa, 2001.

OLLERO TASSARA, A., “Consenso: ¿fundamentación teórica o legitimación práctica?”, en *Derechos humanos y Metodología jurídica*, Madrid, CEC, 1989, pp. 99-126.

- “Para una teoría “jurídica” de los derechos humanos”, en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, CEC, 1989, pp. 149-179.
- *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.
- *El derecho en teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos*, Pamplona, Thomson Reuters, 2007.
- “Derecho y moral: una relación desnaturalizada”, en A. OLLERO TASSARA, J. A. GARCÍA AMADO y C. HERMIDA DEL LLANO, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Madrid, Fundación Coloquio jurídico europeo, 2012, pp. 11-51.

OLMOS, P., voz “Tópico”, en L. VEGA REÑÓN y P. OLMOS GÓMEZ (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, 2^a ed., 2013, pp. 588-598.

ORTEGA Y GASSET, J., “La historia como sistema”, en *Obras Completas*, Madrid, Revista de Occidente, t. VI, 6^a ed., 1964, pp. 11-50.

- “Introducción a una estimativa ¿Qué son los valores?”, en *Obras Completas*, Madrid, Revista de Occidente, t. VI, 6^a ed., 1964, pp. 315-335.
- *El hombre y la gente*, en *Obras completas*, Madrid, Revista de Occidente, t. VII, 2^a ed., 1964, pp. 69-272.
- *¿Qué es la Filosofía?*, en *Obras completas*, Madrid, Revista de Occidente, t. VII, 2^a ed., 1964, pp. 275-438.

- *Meditaciones del Quijote*, en *Obras completas*, Madrid, Revista de Occidente, t. I, 7^a ed., 1966, pp. 305-396.
- *El tema de nuestro tiempo*, en *Obras completas*, Madrid, Revista de Occidente, t. III, 6^a ed., 1966, pp. 143-242.

OTERO PARGA, M., “La cuestión de la única respuesta judicial correcta”, en F. PUY MUÑOZ Y J. G. PORTELA (Eds.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 297-325.

OTERO PARGA, M. y F. PUY MUÑOZ, *Jurisprudencia dialéctica*, Madrid, Tecnos, 2012.

OTTO Y PARDO, I. DE, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 93-171.

ORREGO SÁNCHEZ, C., *Analítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2005.

PALOMINO TAPIA, M. T., “Significado y alcance de la personalidad científica de Luis Recaséns Siches (1903-1977)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 75, 1989-1990, pp. 669-686.

PATTARO, E., “Models of Reason, Types of Principles and Reasoning. Historical Comments and Theoretical Outlines”, *Ratio Juris*, 1, 1988, pp. 109-122.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del derecho*, Madrid, Dykinson, 2^a ed., 2005.

PECZENIK, A., “La racionalidad del razonamiento jurídico: diálogo, lógica y verdad”, *Anuario de Filosofía jurídica y social*, 4, 1984, pp. 223-233.

- *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1989.
- “Dimensiones morales del derecho”, *Doxa*, 8, 1990, pp. 89-109.
- “Derecho, moralidad, coherencia y verdad”, en *Derecho y razón*, Trad. E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 1^a reimp., 2003, pp. 11-56.
- “¿Por qué tiene que ser coherente el razonamiento jurídico?”, en *Derecho y razón*, Trad. E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 1^a reimp., 2003, pp. 67-76.

PEIDRÓ PASTOR, I., “Lógica y derecho”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 12, 1966, pp. 241-287.

PEREIRA SÁEZ, C., “¿Existe una única respuesta correcta para cada decisión jurídica? El juez Hércules ante la incommensurabilidad de los bienes básicos”, en J. CIANCIARDO, *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2016, pp. 433

PERELMAN, C., *El Imperio retórico. Retórica y argumentación*, Trad. A. Gómez Giraldo, Bogotá, Norma, 1997.

PERELMAN, C. y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Trad. J. Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1^a ed., 3^a reim., 2006.

PÉREZ LUÑO, A. E., “Concepto de derecho y experiencia jurídica”, en F. E. RODRÍGUEZ GARCÍA (Coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, 1980, v. I, pp. 705-730.

- “Los clásicos españoles del derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica”, *Doxa*, 12, 1992, pp. 313-323.
- “Seguridad jurídica”, en E. GARZÓN VALDÉS y F. J. LAPORTA (Eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 481-492.
- *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 9^a ed., 2005.
- *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y Teoría del derecho*, Lima, Palestra, 2005.
- “La positividad de los derechos sociales”, en *La tercera generación de derechos humanos*, Pamplona, Aranzadi, 2006, pp. 289-319.
- *Lecciones de Filosofía del derecho. Presupuestos para una Filosofía de la experiencia jurídica*, Lima, Jurista Editores, 2008.
- “Ortega y las libertades”, en *Kelsen y Ortega. Positivismo jurídico y raciovitalismo desde la cultura jurídica actual*, Lima, Jurista Editores, 2009, pp. 79-132.
- “¿Qué significa juzgar?”, *Doxa*, 32, 2009, pp. 151-176.
- *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Colaboradores: C. Alarcón Cabrera, R. González-Tablas y A. Ruiz de la Cuesta, Madrid, Tecnos, 8^a ed., 2009.
- “La Filosofía del derecho como tarea”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 547-570.
- *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid, La Ley, 2011.

PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales*, Trad. R. Gimeno Peña, Madrid, Rialp, 10^a ed., 2012.

PIETRO SANCHÍS, L., “Dúplica a los profesores Atienza y Ruiz Manero”, *Doxa*, 13, 1993, pp. 315-325.

- *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Lima, Palestra, 2013.

- “Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica”, en M. GASCÓN ABELLÁN (Coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 17-42.

PLATÓN, *República*, en *Diálogos*, IV, Trad. C. Eggers Lan, Madrid, Gredos, 1^a ed., 1^a reimp., 1988.

PORTELA, J. G., *Una introducción a los valores jurídicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.

PORTOCARRERO QUISPE, A., “Racionalidad procedural y ponderación de derechos constitucionales”, en P. GRÁNDEZ Y F. MORALES (Eds.), *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra, 2013, pp. 293-312.

- *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Pozzolo, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, Trad. J. M. Vilajosana, *Doxa*, 21, 1998, pp. 339-353.

PRECIADO HERNÁNDEZ, R., *Lecciones de Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1^a reimp., 2011.

PUY MUÑOZ, F., “El problema de la lógica jurídica”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 10, 1963, pp. 51-99.

- “El derecho y la naturaleza de las cosas”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 12, 1966, pp. 75-93.
- *Tópica Jurídica*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 1984.
- “Una crítica teórica de la Tópica”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 6, 1989, pp. 467-473.
- “La expresión “argumentación jurídica” y sinónimas. Un análisis tópico”, en F. Puy Muñoz y J. G. PORTELA (Coords.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 93-137.
- *Teoría dialéctica del derecho natural*, Buenos Aires, EDUCA, 2012.
- “Carta a José Chávez-Fernández sobre el iusnaturalismo de don Luis Recaséns Siches”, Casa de Guillamonde, Vedra, España, 27/09/12. (Inédita).

QUINTANA, E. M., *Filosofía jurídica, política y moral en Jürgen Habermas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.

RADBRUCH, G., *Introducción a la Ciencia del derecho*, Trad. L. Recaséns Siches, Madrid, Revista de Derecho privado, 1930.

- *Introducción a la Filosofía del derecho*, Trad. W. Roces, Bogotá, FCE, 1997.

- *Filosofía del derecho*, Trad. J. Medina Echavarría, Madrid, Reus, 2007.
- “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, en *Relativismo y derecho*, Trad. L. Villar Borda, Bogotá, Temis, 2009, pp. 25-41.
- “La naturaleza de la cosa como forma del pensamiento jurídico”, en *Relativismo y derecho*, Trad. L. Villar Borda, Bogotá, Temis, 2009, pp. 53-68.

RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, Trad. M. D. González, México, FCE, 2^a ed., 1^a reim., 1997.

RAZ, J., “Sobre la naturaleza del derecho”, Trad. R. Sánchez Brígido, en *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la Teoría del derecho y la razón práctica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 103-136.

- “La intención en la interpretación”, Trad. J. J. Moreso y P. E. Navarro, en *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la Teoría del derecho y la razón práctica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 273-304.

REALE, M., *Teoría tridimensional del derecho*, Trad. J. A. Sardina-Páramo, Valparaíso, EDEVAL, 1978.

- *Filosofía del derecho. Introducción filosófica general*, Trad. A. Herreros Sánchez, Madrid, Pirámide, t. I, 1979.
- *O direito como experiência (Introdução à Epistemologia jurídica)*, São Paulo, Saravia, 2^a ed., 1992.

REDONDO, C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, CEC, 1996.

RICKERT, H. *Ciencia cultural y ciencia natural*, Trad. M. García Morente, Madrid, Espasa Calpe, 4^a ed., 1965.

RIVAS, P., “Notas sobre las dificultades de la doctrina de la ponderación de bienes”, en J. CIANCIARDO (Coord.), *Constitución, Neoconstitucionalismo y derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, México, Porrúa, 2012, pp. 157-170.

RIVAYA, B., “Biografía política de Luis Recaséns Siches (1930-1936)”, *Revista de las Cortes generales*, 52, 2001, pp. 193-225.

- *Una historia de la Filosofía del derecho española del siglo XX*, Madrid, Iustel, 2010.

ROCA, V., *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, Madrid, CEPC, 2005.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., "Justicia y seguridad", en *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, t. I, pp. 353-378.

RODRÍGUEZ HUÉSCAR, A., *La innovación metafísica de Ortega. Crítica y superación del idealismo*, Madrid, Biblioteca nueva, 2002.

RODRÍGUEZ ITURBE, J., *El concepto de derecho en la doctrina española actual*, Pamplona, EUNSA, 1967.

RODRÍGUEZ MANZANERA, C., "Los supuestos fundamentales de la teoría pura del derecho en la interpretación de Luis Recaséns Siches (1903-1977)", en L. J. MOLINA PIÑEIRO, J. F. OJESTO MARTÍNEZ P., F. SERRANO MIGALLÓN (Coords.), *El pensamiento filosófico-jurídico y político en Luis Recaséns Siches*, México, Porrúa, 2003, pp. 243-267.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *¿Derecho natural o axiología jurídica?*, Madrid, Tecnos, 1981.

RODRÍGUEZ PUERTO, M., *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*, Granada, Comares, 2011.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., "Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)", *Anuario de Filosofía del derecho*, 30, 2014, pp. 339-369.

ROMANO, B., "Sergio Cotta: la «ontofenomenología» y «el derecho en la existencia»", *Persona y derecho*, 57, 2007, pp. 25-36.

ROMERO MUÑOZ, A., *La relación entre la persona y el derecho en la iusfilosofía de Carlos Fernández Sessarego*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2013.

Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, EUDEBA, 3^a ed., 1^a reimp., 2006.

RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, Madrid, CEC, 1990.

- "Algunas concepciones del derecho y sus lagunas", en F. ATRIA *et alii*, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 103-126.
- "Una tipología de las normas constitucionales", en J. AGUILÓ REGLA, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 63-112.
- "Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca", en M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra, 2009, pp. 87-126.

- “A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli”, en L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Un debate sobre principios constitucionales*, Edición de P. Grández, Lima, Palestra, 2014, pp. 235-264.
- “Dos problemas para la ponderación: tensiones irresolubles y principios imponderables”, en L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Un debate sobre principios constitucionales*, Edición de P. Grández, Lima, Palestra, 2014, pp. 291-322.

RUIZ MIGUEL, A., “Dogmática jurídica, ¿ciencia o técnica?”, en C. ALARCÓN CABRERA y R. L. VIGO (Coords.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, pp. 387-413.

SALDAÑA SERRANO, J., *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2012.

- (Coord.), *Ética jurídica. (Segundas jornadas)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2015.

SANDEL, M. J., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Trad. J. P. Campos, Barcelona, Debolsillo, 2012.

SANTA MARÍA D'ANGELO, R., “La reflexión jurídica de Sergio Cotta y su aporte al derecho contemporáneo”, en J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO (Comp.), *El derecho y la moral en el debate iusfilosófico contemporáneo*, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, 2010, pp. 331-350.

SANZ BAYÓN, P., “Sobre la tópica jurídica de Viehweg”, *Revista telemática de Filosofía del derecho*, 16, 2013, pp. 83-108. Disponible en: <http://www.rtfd.es/numero16/02-16.pdf>

SARLO, O., “Algunas observaciones críticas al trabajo de Enrique P. Haba”, en E. HABA (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2014, pp. 327-345.

SCHAUER, F., *Las reglas en juego*, Trad. C. Orunesu y J. L. Rodríguez, Madrid, Marcial Pons, 2004.

- *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Trad. T. J. Schleider, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- *Positivismo constitucional*, Trad. M. Chuquillanqui, Rev. J. Ruiz Manero, Lima, Palestra, 2016

SCHELER, M., *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, Trad. H. Rodríguez Sanz, Madrid, Caparrós, 2001.

SEOANE, J. A., "Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy", en P. SERNA BERMÚDEZ (Dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2^a ed., 2005, pp. 105-196.

- "La doctrina clásica de *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación", en R. L. VIGO (Ed.), *La injusticia extrema no es derecho. (De Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, La Ley, 1^a ed., 1^a reimp., 2006, pp. 253-258.

SERNA BERMÚDEZ, P., "Introducción", en P. SERNA BERMÚDEZ (Dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2^a ed., 2005, pp. 1-12.

- *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 1^a reimp., 2012.

SERNA BERMÚDEZ, P. y F. TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

SIECKMANN, J., "El concepto de autonomía", *Doxa*, 31, 2008, pp. 465-484.

- "Problemas de la teoría principalista de los derechos fundamentales", Trad. D. Oliver-Lalana, en L. CLÉRICO, J. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 37-71.
- "La tesis de la naturaleza dual en la teoría de Robert Alexy", Trad. M. Chuquillanqui, en C. BERNAL PULIDO (Ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Lima, Palestra, 2011, pp. 89-126.

SMITH, M., *El problema moral*, Trad. R. Sánchez Brígido y A. Embrión, Madrid, Marcial Pons, 2015.

SOAJE RAMOS, G., "Elaboración del problema del valor", *Ethos. Revista de Filosofía práctica*, 1, 1973, pp. 105-143.

SOBREVILLA ALCÁZAR, D., "Prólogo", en C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El derecho como libertad. Preliminares para una Filosofía del derecho*, Lima, Studium, 1987, pp. 9-21.

- *La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista. Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe*, México, Fontamara, 2008.

SODERO, E., "Alexy y la rehabilitación de la pregunta sobre el concepto de derecho", en L. CLÉRICO, J. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011, pp. 233-256.

SOLER, S., *Las palabras de la ley*, México, FCE, 1969.

SOLUM, L., "Virtue jurisprudence. Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes", *Persona y derecho*, 69, 2013, pp. 5-51.

SPAEMANN, R., "Sobre el concepto de una naturaleza del hombre", en *Lo natural y lo racional*, Trad. D. Innerarity y J. Olmo, Santiago de Chile, IES, 2011, pp. 17-36.

- "Sobre el concepto de dignidad humana", en *Lo natural y lo racional*, Trad. D. Innerarity y J. Olmo, Santiago de Chile, IES, 2011, pp. 61-81.

STAMMLER, R., *Tratado de Filosofía del derecho*, Trad. W. Roces, México, Coyoacán, 2008.

STARCK, C., "La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial en el derecho alemán", Trad. A. Oehling de los Reyes, en *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 135-206.

SUÁREZ, F., *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, Trad. J. Eguillor Muniozguren, Madrid, IEP, v. I, 1967 y v. IV, 1968.

SUÁREZ LLANOS, L., "Razón práctica y argumentación en MacCormick: de la descripción a la justificación crítico-normativa", *Derechos y libertades*, 15, 2006, pp. 173-210.

SUCAR, G., *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

TARELLO, G., *La interpretación de la ley*, Trad. D. Dei Vecchi, Lima, Palestra, 2013.

TOLLER, F., "La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*", en E. FERRER MAC-GREGOR (Coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. II, pp. 1199-1284.

- "Los derechos *in concert*. Metodologías para tomar decisiones armonizadores en casos entre derechos y bienes constitucionales", en J. CIANCIARDO (Coord.), *Constitución, Neoconstitucionalismo y derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, México, Porrúa, 2012, pp. 111-155.
- "Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales", en J. C. RIVERA *et alii* (Dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, t. I, pp. 107-199.

TOULMIN, S., *El puesto de la razón en la Ética*, Trad. I. F. Ariza, Madrid, Revista de Occidente, 1964.

- *Los usos de la argumentación*, Trad. M. Morrás y V. Pineda, Barcelona, Península, 2007.

TRUYOL Y SERRA, A., *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 4^a ed., 2000.

VALLET DE GOYTISOLO, J., “De la virtud de la justicia a lo justo jurídico”, en *En torno al derecho natural*, Madrid, Sala Editorial, 1973, pp. 65-172.

- “Santo Tomás de Aquino y la lógica de lo razonable y de la razón vital e histórica”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 19, 1976-1977, pp. 17-28.
- *Metodología de las leyes*, Madrid, Revista de derecho privado, 1991.
- *Metodología de la determinación del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- *Metodología de la determinación del derecho II. (Parte Sistemática)*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1996.
- *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

VAN EEMEREN, F. H., *Maniobras estratégicas en el discurso argumentativo*, Trad. C. Santibáñez y M. E. Molina, Madrid, CSIC, 2012.

VAZ FERREIRA, C., *Sobre los problemas sociales*, Montevideo, Ministerio de Instrucción pública y previsión social, 1953.

- *Lógica viva (Adaptación práctica y didáctica)*, en *Lógica viva / Moral para intelectuales*, Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho, 1979, pp. 7-190.

VEGA REÑÓN, L., “Paralogismos. Una contribución de C. Vaz Ferreira al análisis de la argumentación falaz”, *Doxa*, 31, 2008, pp. 625-640.

- voz “Argumentación, teoría de la”, en L. VEGA REÑÓN y P. OLMO GÓMEZ (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, 2^a ed., 2013, pp., pp. 55-66.
- voz “Argumento/Argumentación”, en L. VEGA REÑÓN y P. OLMO GÓMEZ (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, 2^a ed., 2013, pp. 66-74.
- *Introducción a la Teoría de la argumentación. Problemas y perspectivas*, Lima, Palestra, 2015.

VEGA LÓPEZ, J., “Aristóteles, el derecho positivo y el derecho natural”, *Anuario de Filosofía del derecho*, 27, 2011, pp. 281-317.

- “La equidad según Ferrajoli y la equidad según Aristóteles: una comparación crítica”, *Doxa*, 36, 2013, pp. 229-273.

VERDROSS, A., *La Filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, Trad. M. de la Cueva, México, UNAM, 1962.

VIEHWEG, T., "Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico", en *Tópica y Filosofía del derecho*, Trad. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2^a ed., 1997, pp. 114-127.

- *Tópica y jurisprudencia*, Trad. L. Díez-Picazo, Pamplona, Thomson-Civitas, 2^a ed., 2007.

VIGO, R. L., *Las causas del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

- *Interpretación jurídica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2^a ed., 2004.
- "De la cultura de la ley a la cultura del derecho", en *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2^a ed., 2005, pp. 3-24.
- "La teoría jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy", en *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas. Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey-Alexy-Finnis*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2^a ed., 2006, pp. 293-359.
- "Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional", en *Constitucionalización y judicialización del derecho. Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 2013, pp. 1-22.
- "Consideraciones sobre la visión de John Finnis acerca de la tesis "La ley injusta no es ley", en J. B. ETCHEVERRY (Ed.), *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2013, pp. 119-140.
- "De la interpretación a la ley a la argumentación desde la Constitución", en *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 25-68.
- "El iusnaturalismo clásico frente a las teorías de la interpretación y de la argumentación jurídica", en *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, EDUCA, 2015, pp. 195-212.
- "La evolución del pensamiento jurídico de Robert Alexy", en *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, EDUCA, 2015, pp. 393-399.
- "Argumentación constitucional", en M. ATIENZA y R. L. VIGO, *Argumentación constitucional. Teoría y práctica*, México, Porrúa, 2^a reimp., 2016, pp. 61-106.

VILLE, M., *Filosofía del derecho. I. Definiciones y fines del derecho. II. Los medios del derecho*, Trad. E. Palomar Maldonado, Barcelona, Scire Universitaria, 2003.

VILLORO TORANZO, M., "Reseña a *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica «razonable»*", *Jurídica*, 5, 1973, pp. 855-861.

VIOLA, F., *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la Ética contemporánea*, Trad. V. Bellver, Granada, Comares, 1998.

WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, Trad. F. González Vicén, Montevideo, IBdef, reimpr., 2011.

WOJTYLA, K., *Max Scheler y la ética cristiana*, Trad. G. Haya, Madrid, BAC, 1982.

- “El problema de la experiencia en la ética”, en *Mi visión del hombre*, Trad. P. Ferrer, Madrid, Palabra, 4^a ed., 2003, pp. 321-352.
- “La subjetividad y lo irreducible en el hombre”, en *El hombre y su destino*, Trad. P. Ferrer, Madrid, Palabra, 3^a ed., 2005, pp. 25-39.
- *Persona y acción*, Trad. R. Mora, Madrid, Palabra, 2011.

WRIGHT, G. H. VON, *La diversidad de lo bueno*, Trad. D. González Lagier y V. Roca, Madrid, Marcial Pons, 2010.

WRÓBLEWSKI, J., “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, *Rechtstheorie*, 5, 1974, pp. 33-46.

- *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Trad. A. Azurza y Rev. J. Igartua Salaverría, Madrid, Civitas, reimpr., 2001.
- “Justificación de las decisiones jurídicas”, en *Sentido y hecho en el derecho*, Trad. J. Igartua Salaverría y F. Ezquiaga Ganuzas, Lima, Grijley, 1^a ed. peruana, 2013, pp. 45-65.
- “La interpretación en el derecho: teoría e ideología”, en *Sentido y hecho en el derecho*, Trad. J. Igartua Salaverría y F. Ezquiaga Ganuzas, Lima, Grijley, 1^a ed. peruana, 2013, pp. 151-174.

ZAMBRANO, P., “Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en la moral. Una reflexión a partir de las luces y sombras en la propuesta de Ronald Dworkin”, *Persona y derecho*, 56, 2007, pp. 281-326.

- “Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana”, en J. B. ETCHEVERRY (Ed.), *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2013, pp. 87-118.
- “Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación”, en J. CIANCIARDO *et alii* (Coords.), *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas - UNAM, 2016, pp. 53-74.