

La necesidad de la filosofía del derecho en el presente
y en el futuro desde la experiencia de una jueza
filósofa del derecho en el Tribunal Europeo
de Derechos Humanos

*The need for the philosophy of law in the present
and in the future seen from the experience of a judge
philosopher of law at the European Court
of Human Rights*

Por MARÍA ELÓSEGUI ICHASO
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El artículo versa sobre la necesidad de la filosofía del derecho en el presente y en el futuro. Se expone la perennidad de los temas sobre los que se ocupa esta materia, definiéndola como ciencia de lo razonable. Entre las múltiples cuestiones para las que la filosofía del derecho es imprescindible una de ellas es la interpretación jurídica que realizan los jueces. Las distintas teorías que se han elaborado a lo largo de los dos últimos siglos, especialmente desde la ilustración, han dado lugar a una reflexión sobre la argumentación judicial, que sigue desempeñando un lugar crucial en la enseñanza de estas materias en las facultades de derecho y en los operadores jurídicos. De ahí que la filosofía del derecho siga siendo un instrumento imprescindible en el presente y en el futuro de nuestras sociedades, que queda corroborado por la experiencia de la autora, catedrática de filosofía

del derecho y juez durante estos cinco últimos años en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo.

Palabras clave: filosofía del derecho, ciencia de lo razonable, teorías de la argumentación jurídica.

ABSTRACT

The article deals with the need for the philosophy of law in the present and in the future. The perennity of the subjects on which this matter deals is exposed, defining it as a science of the reasonable. Among the many issues for which the philosophy of law is essential, one of them is the legal interpretation made by judges. The different theories that have been developed over the last two centuries, especially since the Enlightenment, have given rise to a reflection on judicial argumentation, which continues to play a crucial place in the teaching of these subjects in law schools and in legal operators. Hence, the philosophy of law continues to be an essential instrument in the present and in the future of our societies, which is corroborated by the experience of the author, professor of philosophy of law for many years and judge during these last five years in the European Court of Human Rights in Strasbourg.

Keywords: philosophy of law, science of the reasonable, theories of legal argumentation.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL PRESENTE Y EN EL FUTURO. – 2. ¿DE QUÉ SE OCUPA LA FILOSOFÍA DEL DERECHO? – 3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO CIENCIA DE LO RAZONABLE. – 4. LA FUNCIÓN DEL JUEZ. LAS TEORÍAS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA. 4.1 *El razonamiento moral y jurídico.* 4.2 *La lógica jurídica de lo razonable.* – 5. EL GENERAL POINT OF VIEW, LA PUBLIC OPINION, EL COMMON SENSE Y LA TÓPICA. – 6. UNA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO. DE MACCORMICK A ALEXY. – 7. CONCLUSIÓN.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION: THE NEED FOR THE PHILOSOPHY OF LAW IN THE PRESENT AND IN THE FUTURE. – 2. WHAT DOES THE PHILOSOPHY OF LAW DEAL WITH? – 3. THE PHILOSOPHY OF LAW AS A SCIENCE OF WHAT IS REASONABLE. – 4. THE ROLE OF THE JUDGE. THEORIES OF LEGAL INTERPRETATION. 4.1 *Moral and legal reasoning.* 4.2 *The legal logic of what is reasonable.* – 5. THE GENERAL POINT OF VIEW, THE PUBLIC OPINION, THE COMMON SENSE AND THE TOPIC. – 6. AN INSTITUTIONAL THEORY OF LAW. FROM MACCORMICK TO ALEXY. – 7. CONCLUSION.

1. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL PRESENTE Y EN EL FUTURO

La directora del Anuario de Filosofía del Derecho, Ángeles Solanes Corella, nos ha invitado a colaborar en la edición del AFD de 2023, reflexionando sobre el presente y el futuro de la Filosofía del Derecho a raíz de que en esa fecha esta revista cumplirá sus 70 años de andadura. En estas breves páginas me propongo mostrar cómo la filosofía del derecho sigue siendo un instrumento imprescindible en la educación de los alumnos de derecho y en la práctica del derecho, especialmente en los aspectos referentes a la argumentación jurídica, haciendo un repaso de cómo los autores clásicos al definir qué es la filosofía del derecho han planteado problemas y aportado soluciones que siguen siendo útiles en la actualidad.

A los muchos años en la universidad y al ejercicio de la tarea académica en la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza, se ha sumado ahora en estos últimos cuatro años y medio la experiencia de mi puesto como jueza en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. La jurisprudencia que hemos venido elaborando y los retos que estamos enfrentando desde los conflictos de derechos producidos a raíz de la pandemia, hasta la guerra entre Rusia y Ucrania han hecho patente la necesidad de una reflexión iusfilosófica para resolver problemas nuevos con principios clásicos.

Releía estos días la bibliografía clásica de nuestra materia sobre metodología jurídica y el papel del juez en la ponderación. Lejos de verlo como algo alejado de mi actual práctica y experiencia como jueza me ha confirmado en la importancia y la absoluta necesidad de ese bagaje teórico-práctico que los utensilios de la filosofía del derecho nos aportan.

2. ¿DE QUÉ SE OCUPA LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?

Como punto de partida, asumo la hipótesis de que no hay una diferencia esencial entre qué sea la Teoría del Derecho y qué sea la Filosofía del Derecho. Como se demuestra históricamente, la elección de una u otra denominación a lo largo de la historia ha obedecido a una toma de postura ante la definición de la Filosofía del Derecho no se ha debido al hecho de que se tratara de materias diversas sino más bien al punto de vista o metodología que se adoptaba ante la existencia de la misma.

En realidad, quien primeramente utilizó el término Filosofía del Derecho, no fue Hegel ni Austin, como a veces se ha mantenido¹, sino

¹ BOBBIO, N., «Nature et fonction de la philosophie du droit. En Qu'est-ce que la philosophie du droit?», *Archives de Philosophie du droit*, 7, 1962, pp 1-11. Bobbio afirma aquí que el término Filosofía del Derecho fue utilizado por Hegel en 1821.

el ilustrado escocés Adam Smith², adelantándose a otros. Aunque quizá más conocido por sus teorías económicas que como profesor de Jurisprudencia, Adam Smith fue precisamente el primero que reivindicó la Filosofía del Derecho como ciencia, en su obra *la Teoría de los Sentimientos morales*, siendo también el primero en emplear el término *Philosophy of Law* en inglés³. Aunque es cierto que fue Hegel quien concibió la ciencia de la Filosofía del Derecho, como una consideración idealista del derecho positivizado.

Todo ello no impide reconocer que en la tradición escocesa, entre algunos seguidores de Adam Smith, esta vez juristas, se consolidara la asignatura de «jurisprudencia». La jurisprudencia no era lo que «dicen los jueces», sino más acorde con la tradición romanista, recogía las opiniones de los juristas. Era una reflexión científica sobre el derecho, similar al fenómeno que había surgido en la Edad Media en la Escuela de Bolonia, en la que los jueces contaban con la opinión de los profesores universitarios antes de aplicar el *ius commune*. Cabe decir, por tanto, que la cuestión fundamental no es la distinción entre la Teoría del Derecho y la Filosofía del Derecho, sino el estatuto de la Filosofía del Derecho, como ciencia diferenciada de la dogmática jurídica. E incluso, más que los términos en sí mismos, lo crucial es lo que cada autor designa con esos términos.

Según Recaséns Siches, la Filosofía del Derecho tiene un objeto propio porque éste no se reduce al de cada rama del Derecho. Existen determinados conceptos como los derechos subjetivos, (deberes jurídicos, relaciones, supuesto jurídico, consecuencia jurídica) que son conceptos puros, ajenos a la experiencia, necesarios en toda realidad jurídica histórica o posible. Sin embargo, la Filosofía del Derecho está más allá de la Dogmática Jurídica. Por otra parte, existe la Teoría fundamental del Derecho, primero como doctrina general empírica y después como teoría del *a priori* formal del Derecho⁴.

El mismo autor destaca la importancia que tuvo en el programa de la Teoría general del Derecho la escuela inglesa denominada *Analytical School of Jurisprudence*, cuyos principales maestros fueron Austin

² SMITH, A., *Lectures on Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

³ LAURSEN, J. C., «Adam Smith as Legal and Constitutional Theorist», *Law and Social Inquiry*, 16, núm. 3, 1991, pp. 615-634. Laursen en la p. 627 afirma que este dato lo aporta Brühlmeier (p. 178). BRÜHLMEIER, D., *Die Rechts und Staatslehre von Adam Smith und die Interessentheorie der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 264. FINCH, J., *Introducción a la Teoría del Derecho*, Barcelona, Labor, 1977, p. 11. Nota del traductor, «Los términos *jurisprudence* y *legal theory*, se traducen respectivamente como ciencia del derecho y teoría del derecho. En líneas generales puede decirse que la primera trata del estudio de las instituciones particulares del ordenamiento jurídico y la segunda de los conceptos y elementos fundamentales que identifican al fenómeno jurídico respecto de otros órdenes de fenómenos sociales».

⁴ RECASÉNS SICHES, L., *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1978, p. 15. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología del Derecho. Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas*, 1945. Citado por Recaséns Siches.

(*Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Law*, 1861) que contrapone a la Jurisprudencia nacional o particular una Teoría general del Derecho, la cual debe ocuparse de los conceptos, principios y distinciones comunes de los ordenamientos jurídicos más desarrollados, distinguiendo entre principios sin los cuales no puede ser pensado el Derecho y otros que carecen de esta necesidad, pero Austin incluye ambos órdenes de conceptos en su teoría general del Derecho⁵.

Para Recaséns Siches, el objeto de la Filosofía del Derecho abarca los aspectos axiológico, normativo y sociológico íntima y recíprocamente unidos, de modo inseparable⁶. A cada uno de esos enfoques le corresponde en el plano filosófico un tipo de ciencia y otras tres en el plano empírico o positivo: 1. Valor; axiología y política jurídica. 2. Norma; Teoría fundamental o General del Derecho y Ciencia dogmática o Técnica del Derecho Positivo. 3. Hechos sociales; Culturología Jurídica (Derecho como objeto cultural, producto de la vida humana objetivada) y en el plano empírico dos ciencias, la Historia del Derecho y la Sociología del Derecho⁷.

Mientras que González Vicén distingue entre los aspectos ontológicos, metafísicos y éticos de la Filosofía del Derecho. Para Bobbio la Filosofía del Derecho se ocuparía de cuatro aspectos; 1). Teorías de la justicia y el Estado; 2) Teoría general del derecho; 3) Sociología jurídica; 4) Metodología jurídica⁸. Por su parte, según François Ost y Michel Van de Kerchove, la dogmática jurídica consiste en el estudio sistemático de un orden jurídico particular. En un sentido más amplio la dogmática engloba la doctrina y en un sentido todavía más amplio se puede entender como una reflexión del derecho sobre sí mismo, desde un punto de vista interno, como la racionalización que el derecho hace desde sí mismo⁹. Para estos autores, en este sentido, la dogmática incluye tanto un estudio sistemático de un orden jurídico, como la argumentación doctrinal en favor de la solución juzgada como la mejor¹⁰.

Entre otros estudios en ámbito español, por ejemplo, Gascón Abellán asigna a la Filosofía del Derecho un contenido tripartito, a saber;

⁵ RECASÉNS SICHES, L., *Op.cit.* pp. 24-25.

⁶ RECASÉNS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1959, p. 158.

⁷ *Ibidem*, p. 160.

⁸ BOBBIO, N., *Teoría general del derecho*. Madrid, Debate, 1991, pp. 1-2.

⁹ OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 97. OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., «Iuris-dictio et définition du droit», *Droits*, 10, 1989, pp. 53-57. OST, F., «Pour una théorie ludique du droit», *Droit et Société*, 20-21, 1992, pp., 89-98. OST, F., «Science du droit», *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris-Bruxelles, 1988, pp. 363-367.

¹⁰ *Idem*, p. 97. Ost critica la racionalidad y la soberanía del legislador como obstáculos epistemológicos, como paradigmas de la dogmática jurídica ya superados, en pp. 125-127. OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., «Rationalité et souveraineté du législateur, 'paradigmes' de la dogmatique juridique?», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXII, 1985, pp. 22-251.

una Teoría del Derecho, definida como conocimiento del Derecho Positivo, pero diferente a la dogmática jurídica; una Teoría de la Ciencia, reflejada en la actividad y lenguaje de los juristas; y por último una Teoría de la Justicia, que no es derecho positivo¹¹. Explicita Gascón Abellán la existencia de una Teoría de la Decisión judicial, cuestiones que surgen como consecuencia de la concreta interpretación y aplicación del Derecho, que como diremos después resulta de enorme importancia en la situación actual de la Filosofía del Derecho.

3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO CIENCIA DE LO RAZONABLE

La razón práctica, en este caso a mi entender funciona con la lógica de lo razonable, con lo que se rompe el enfrentamiento entre el formalismo y el empirismo en el derecho¹². Creo que Hume proporcionó la clave siguiendo la distinción hecha ya por Leibniz entre las relaciones de ideas y las cuestiones de hecho o *matters of facts*.

Entre el ser y el deber ser está la ciencia de las probabilidades, de lo razonable, pero no sometida a la racionalidad geométrica. La Filosofía del Derecho no es una ciencia formal *a priori*, sino una ciencia inductiva, que a partir de los derechos positivos vigentes induce unos conceptos generales; va de lo particular a lo general, si bien es verdad que parte de una hipótesis de trabajo, a partir de la cual analiza los hechos. Como expone Gil Cremades; «mi planteamiento ha estado en la línea de admitir que entre razón teórica y razón práctica hay una discontinuidad... porque la verdad científica, dadas las coordenadas en que se establece, es una razón dictatorial y que se impone: que dos y dos sean cuatro, es una verdad agresiva. Esto no ocurre en la razón práctica, donde hay opciones, posibilidades, donde no hay una determinada actitud que sea irreversible. De ahí la discontinuidad»¹³.

El positivismo al tomar como modelo la ciencia física, se alejó cada vez más de la biología y de lo vivo. Por eso, en realidad, aunque éste tuviera su origen en el empirismo, se distanció de él, para acabar en un nuevo formalismo, en una construcción abstracta, que cada vez tiene

¹¹ GASCÓN ABELLÁN, M., «Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol X, 1993, pp., 191-222. GARCÍA AMADO, J. A., «Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol VII, (1990), pp., 261-280. LÓPEZ MORENO, A., «El lugar de la moderna teoría jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1990, pp. 281-290.

¹² RECASÉNS SICHES, L., *Op.cit.*, *Ciencia jurídica y Filosofía del derecho*. p. 7. Del logos de la interpretación o la lógica de lo razonable, a diferencia de la lógica matemática o de la física matemática.

¹³ GIL CREMADES, J. J., «Razón práctica y razón jurídica», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º17, 1977, pp. 1-24. La cita corresponde al coloquio, p. 34.

menos que ver con los fenómenos reales, con la vida, y más con teorías *a priori*, a las que después se quiere acomodar la realidad. No es de extrañar, por tanto, los maridajes entre neokantismo y positivismo, así como las reacciones violentas en su contra de los movimientos realistas en el terreno de la ciencia jurídica, y los movimientos vitalistas y evolucionistas, historicistas en la filosofía, propiciados en buena medida por el auge de las ciencias biológicas, que van a substituir como modelo a las ciencias físicas, ante el fracaso de los absolutismos newtonianos y con la aparición de la teoría de la relatividad de Einstein¹⁴.

Como el derecho, en cuanto ciencia, se había inspirado en los modelos de la ciencia experimental, evidentemente acusa el golpe. Es el auge de las ciencias sociales, el que repercutirá en la aparición de la sociología como ciencia, y por tanto en la creación de la sociología del derecho. Se contempla ahora la sociedad como un organismo vivo y el vocabulario preferido es el de tales organismos; se utilizan términos como el de función, sistema, lucha por la vida, conflictos, equilibrio etc.

Por otra parte, del encuentro del utilitarismo inglés con la Escuela de Savigny nacerá una nueva teoría de la Ciencia del Derecho. Kelsen lleva a cabo en el Derecho, lo que Kant llevó a cabo en el conocimiento, intenta establecer unas categorías formales puras *a priori*, y por tanto universales. Serían los conceptos jurídicos puros. La tarea fue ingente y solidificó la «Teoría del Derecho.» Su fallo estuvo en reducir los otros dos aspectos del derecho a éste. Ciertamente como han admitido muchos autores, esas categorías no existen con independencia de quien las piensa y no están vacías, no existen unas estructuras mentales matemáticas.

Existe una lógica de los fenómenos vivos¹⁵, diferente a la lógica de los fenómenos inerciales, que no por ello abandona su carácter de racional, «la lógica formal no agota la racionalidad jurídica»¹⁶. Existen otros procedimientos como son los de carácter argumentativo: «En el caso de Kalinowski reenvía a los estudios de Perelman y su escuela de Bruselas como un buen ejemplo del funcionamiento de la racionalidad jurídica»¹⁷.

El objeto sobre el que reflexiona la Ciencia de la Filosofía del Derecho es la ciencia jurídica, el derecho positivo; esta última es un fenómeno cultural, variable y empírico. De ahí que el método de la Filosofía del Derecho deba ajustarse a su objeto. Las normas jurídicas son artificiales, en el sentido de convencionales, pero no absolu-

¹⁴ POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1971. POPPER, K., *Búsqueda sin término*, Madrid, Tecnos, 1979. POPPER, K., *El desarrollo del conocimiento científico*, Buenos Aires, Paidós, 1967. POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Orbis, 1984. POPPER, K., *Sociedad abierta, universo abierto. Conversaciones con Franz Kreuzer*, Madrid, Tecnos, 1984.

¹⁵ MORIN, E., *El método, la vida de la vida*. Madrid, Ed. Cátedra, 1983. Original *La Méthode II, la vie de la vie*, 1980.

¹⁶ CALSAMIGLIA, A., «Sobre la teoría general de las normas», *Doxa*, 2, 1985, p. 104.

¹⁷ *Ibidem*.

tamente contingentes porque es necesario que exista algún tipo de normativa acordada para la sobrevivencia de la sociedad y el estado. Resulta adecuado aquí acudir a la distinción humeana entre lo artificial y natural. Lo que Hume atribuye a la justicia cabe aplicarlo, *mutatis mutandis*, al derecho positivizado. De una parte, el derecho nace como producto de la cultura humana y es inventado, no hay especie más inventiva que la humana. Por otra parte, no hay nada más natural que el derecho porque la sociedad perecería si no arbitrara unas reglas de justicia. Y en esta dicotomía se resuelve el conflicto, en unas ocasiones aparente, en otras real, entre la razón teórica y la razón práctica. Así hasta el mismo Kelsen «... reconoce que el derecho no es un sistema racional, un sistema lógico. Y ese reconocimiento no implica el irracionalismo de la teoría»¹⁸.

La legitimización o justificación teórica del sistema sociocultural ocupa un tercer momento en el sistema; el primer momento es el de la vida, el segundo la creación de normas y por último asistiríamos a la reflexión intelectual. Sirva como comparación las relaciones entre el lenguaje y el metalenguaje. No existe el lenguaje sin el idioma concreto en el que se expresa. A su vez, cuando estudiamos el lenguaje podemos prescindir de los idiomas concretos y observar las estructuras que lo hacen posible y que aparecen en todos ellos¹⁹.

El derecho basado en la costumbre, según Savigny como fuente primaria del derecho, surge inmediatamente en la sociedad y es la expresión genuina del sentimiento jurídico popular contra el derecho impuesto por la voluntad del grupo dominante²⁰.

Bobbio detalla con acierto la diferencia entre una concepción racional de derecho y el razonamiento jurídico como método propio de la Teoría del Derecho. La primera constituyó el paradigma propio de la Ilustración, propugnado por filósofos tales como Hobbes, Grocio, Puffendorf, Locke, Kant, Wolf etc. Uno, si bien no el único, de los filósofos coetáneo de los anteriores que rompe con el mito de la ciencia del legislador, o que al menos la concibe de modo distinto fue David Hume. Como señala Bobbio, en un texto, que aunque extenso reseño por su especial significación: «Pero si se quiere retroceder a la crítica filosófica decisiva y en muchos aspectos –aunque no inmediatamente incisiva– de la ética racionalista, de la que se había nutrido el pensamiento iusnaturalista, la ruptura se produjo con Hume. Baste citar un solo fragmento pero elocuente por sí solo; “Algunos filósofos se han empeñado laboriosamente en difundir la opinión de que la moral haya sido capaz de progresar un solo paso en estas demostraciones, sin embargo dan por descontado que esta ciencia puede ser llevada a una certeza igual a la de la geometría y el

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ ELÓSEGUI, M., «Pensamiento y lenguaje en Thomas Reid», *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, XX, 1993, pp. 85-94.

²⁰ BOBBIO, N., *Teoría general del derecho*, p. 47.

álgebra". La referencia a la tradición del iusnaturalismo moderno es evidente e impertinente»²¹.

En el derecho cabe distinguir su objeto como algo cambiante, vivido, es decir su objeto son fenómenos sociales, no siempre lógicos, porque las cuestiones de hecho admiten su contrario, cosa que no ocurre en las matemáticas que funcionan según el principio de no contradicción. Pero la racionalización de esos hechos requiere utilizar el método científico que tiene un rigor, siendo formal y abstracto. El derecho positivo forma parte de las ciencias llamadas por Dilthey, ciencias de la cultura o ciencias sociales, o del espíritu.

Hume presagia esa síntesis, y ese dualismo que se proponen en estas líneas como método adecuado para la Filosofía y Teoría del Derecho. Si la primera parece atender más a los aspectos formales del derecho y la segunda a la realidad empírica, a los hechos, ambos elementos deben ser integrados. En este debate entre formalismo-antiformalismo, entre razón teórica y razón práctica, cabe definir al derecho como una ciencia teórico-práctica. Los conceptos abstractos que formula la Filosofía del derecho deben atender a los datos proporcionados por los ordenamientos jurídicos concretos. Ello no despoja a la Filosofía del Derecho de su carácter científico, como ciencia de lo razonable. Tampoco es una ciencia empírica, como la Sociología, que se limite a recoger una serie de datos, en este caso las legislaciones vigentes en cada momento histórico. Tiene un grado de abstracción y generalización que se eleva por encima de lo concreto, del mero dato positivo.

En esta línea de interpretación se mueven muchos autores contemporáneos, como se refleja en la definición de Ciencia Jurídica elaborada por François Ost²². Su concepción de una teoría lúdica del derecho resulta adecuada para dar razón de la pluralidad e interdisciplinariedad del objeto de la Filosofía del Derecho²³. En esta misma línea compartimos las características que Juan Antonio García Amado atribuye a la Filosofía del Derecho, especialmente la idea de que «La orientación "pragmática" de la filosofía del Derecho alude a que no se ha de perder de vista que el Derecho es fundamentalmente una actividad decisoria, ya sea a escala del legislador, del juez, de su obediencia o creación por los particulares, etc., y que tiene su razón de ser en su función social»²⁴.

Tanto Ost como García Amado insisten, por una parte, en que la Filosofía del Derecho no debe alejarse de los datos de la realidad, y

²¹ BOBBIO, N., «La razón en el derecho», *Doxa*, 2, 1985, p. 25. CALVO, M., «La voluntad del legislador, Genealogía de una ficción hermenéutica», *Doxa*, 3, 1986, pp. 113-127.

²² Confróntese OST, F., la voz *Science du Droit* en ARNAUD, A. J., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Bruxelles, L. G. D. J. Story-Scientia, 1988. Hay una segunda edición aumentada de 1993.

²³ OST, F., «Pour une théorie ludique du droit», *Droit et Société*, 20, núm. 2, 1992, pp. 89-98.

²⁴ GARCÍA AMADO, J. A., «Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (1990), p. 269.

por otra en el papel decisorio de la interpretación judicial, es decir de la praxis jurídica.

Como conclusión, es defendible afirmar, siguiendo a Perelman que la lógica jurídica es una lógica de la controversia²⁵. Eso explica que en la actualidad haya que prestar una atención especial a los métodos de interpretación judicial.

El Derecho debe aunar los aspectos formales e informales por una parte y por otra la conceptualización con la atención a los hechos sociales, todo ello partiendo de su definición como un sistema normativo, en el que la validez y el principio de legalidad son punto de partida.

Entre los intentos más recientes de definición del derecho, parece inevitable el recurso a la concepción hartiana, que aúna las normas primarias y secundarias²⁶. Entre ellas resulta forzado hacer referencia a las reglas de reconocimiento y adjudicación. Según esto una norma es jurídica cuando pertenece a un ordenamiento jurídico. Pertenencia que se constata por una regla de reconocimiento que los mismos jueces consideran vinculante.

Si Hart es en cierto modo heredero de Austin, sin embargo, se aleja en buena medida de ese tipo de positivismo y reconoce su deuda con otros autores como por ejemplo Hume. La consideración de la ciencia jurídica desde el ámbito anglosajón ha servido de cauce para una cierta reunificación de los aspectos formales del derecho, cultivados en la tradición alemana, y los aspectos sociológicos, más propios de la tradición francesa y norteamericana.

Piénsese en los continuos flujos y reflujos, desde los formalismos jurídicos neokantianos, con Stammler, Radbruch o Kelsen, hasta la réplica por sus compatriotas de la «Escuela del Derecho libre» o la «jurisprudencia de intereses» o desde el sociologismo jurídico francés con Duguit, Geny y Hauriou, o el sociologismo americano de Roscoe Pound.

²⁵ PERELMAN, C., En *L'educazione giuridica. I. La réforme de l'enseignement du droit*, Perugia, Università degli Studi di Perugia, pp. 3-14. La lógica jurídica como lógica de la controversia y la importancia de la argumentación, en p. 23: «L'argumentation étant essentiellement adaptation à l'auditoire, une connaissance de celui-ci s'avère indispensable. Dans la mesure où le juge recherche une solution acceptable pour les plaideurs, ses supérieurs, et l'opinion publique éclairée, il doit connaître les valeurs dominantes dans la société, ses traditions, son histoire, la méthodologie juridique, les théories qui y sont reconnues, les conséquences sociales et économiques de telle ou telle prise de position; les mérites respectifs de la sécurité juridique et de l'équité dans une distinction donnée. L'extrême sensibilité aux valeurs, telles qu'elles sont vivantes dans une société donnée, conditionne le bon fonctionnement de la justice, du moins d'une justice qui vise au consensus, condition de la paix judiciaire».

²⁶ HART, H. L. A., *El concepto del Derecho*. México. Editora Nacional, 1980. pp. 101, 117-120. BOBBIO, N., «Sur le positivisme juridique» en *Mélanges Roubier*, I, Paris, 1961, pp. 53-73. BOBBIO, N., «Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires», en PERELMAN, C. (ed.), *La règle du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 104-122. WINTGENS, L. J., «Law and Morality. A Critical Relation», *Ratio Juris*, 4, núm. 2, 1991, pp. 13-18.

En la jurisprudencia analítica de Hart, se añade así un elemento original y propio de la tradición anglosajona, como es el papel de la judicatura. El juez resulta en este contexto un elemento de equilibrio o de unificación entre la mera legalidad, la formalidad de la norma contemplada en el ordenamiento, la realidad social y el recurso a los valores²⁷. En este sentido, nos referiríamos a la jurisprudencia, esta vez como lo que hacen y dicen los jueces, la *juris-dictio*, como definición del derecho²⁸.

4. LA FUNCIÓN DEL JUEZ. LAS TEORÍAS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

4.1 El razonamiento moral y jurídico

Hume considera la ciencia jurídica como una ciencia que no es estrictamente formal. Ello implica que el método adecuado para establecer soluciones ante los casos concretos no es el pensar sistemático, sino un pensar problemático, y con mayor razón para solucionar conflictos en los casos difíciles y controvertidos. Comencemos por detenernos en este punto.

Muchos de los iusfilósofos contemporáneos han destacado el ataque de Hume al formalismo jurídico²⁹. Justo en el momento histórico en el que en el derecho continental europeo se iba a producir la codificación y el auge del racionalismo jurídico y que en Gran Bretaña se asistía a la consolidación del iusnaturalismo racionalista de Locke, Hume rompe con ambos paradigmas; ataca tanto el derecho natural racionalista, como la idea de una ciencia del legislador omnisciente³⁰. Admite, como sus contemporáneos ilustrados,

²⁷ Un buen exponente de estas discusiones se encuentra en los artículos de la revista *Ratio Juris*, dirigida por Enrico Pattaro.

²⁸ OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., «Jurisdiction et définition de droit», *Droits*, 10, 1989, pp. 53-57.

²⁹ Una referencia positiva a favor de Hume aparece en las obras citadas de autores como Fuller, Hart (o.c. p.239), Rawls (o.c. *an impartial sympathetic spectator*, pp. 184-187), Bobbio (*infra*), Perelman (*infra*), Hayek (*infra*). POSNER, R., *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 1990, p. 95. En nota a pie de página, hace referencia explícita al primer texto que he destacado de Hume. Michael Hartney, traductor al inglés de la obra de Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, relata que Kelsen comentó a Hart que Hume fue uno de los más grandes filósofos de todos los tiempos. El profesor Hart confirmó esa anécdota en OTT, W., «Berich von einem Besuch bei Prof. H. L. A. Hart in Oxford», *Rechtstheorie*, 18, 1987, p. 539, en KELSEN, H., *General Theory of Norms*, New York, Oxford University Press, 1991.

³⁰ Cfr, BOBBIO, N., «La razón en el derecho», *Doxa*, 2, 1985, pp. 17-26. En p. 25 señala que Hume fue el autor que rompe definitivamente con la ética racionalista presente en el iusnaturalismo. CALVO, M., «La voluntad del legislador: Genealogía de una ficción hermenéutica», *Doxa*, 3, 1986, pp. 113-127. CALSAMIGLIA, A., «Sobre la

que el modo de evitar la arbitrariedad es lograr un gobierno de leyes y no de hombres, es decir la *rule of law* o regla del derecho. Eso lleva consigo el sometimiento del poder judicial al poder legislativo, por ello en repetidas ocasiones alaba sin empachos la obra de Montesquieu, el *Espíritu de las leyes*. Sin embargo, no admitirá, como este autor, que el poder judicial sea nulo. La razón estriba en que el acto de juzgar, el juicio es un paso intermedio entre la razón teórica y la razón práctica y por tanto no es una operación matemática, ni mecánica.

El resultado de las decisiones de los jueces se convertirá en fuente de derecho y por tanto formará parte de la ciencia jurídica, pero no ya de una ciencia formalista, tal y como la entenderá la Escuela de la Exégesis, porque la ley no ha previsto todos los casos. Ni siquiera el resultado logrado a través de la práctica judicial, de la jurisprudencia, es algo previsto racionalmente y *a priori* por los mismos jueces, actuando como legisladores racionales. De ahí que la idea de la ciencia del legislador racional fuera totalmente desechada por Hume, no solo aplicada al poder legislativo sino, con mayor razón, negando que la operación de aplicación de la ley sea un mero silogismo racional. El método de interpretación judicial se convierte en un proceso complejo en el que se alcanzan resultados no previstos en su totalidad ni por los propios jueces³¹. Hume comparte aquí una tesis propia de otros filósofos coetáneos escoceses como Ferguson, Smith y Millar. Todos ellos

teoría general de las normas», *Doxa*, 2, 1985, p. 103. Defiende que los conocimientos precientíficos no son necesariamente irracionales, ya que incluso el último Kelsen termina por reconocer que el derecho no es un sistema racional y lógico, sin necesidad de que esa afirmación implique el reconocimiento de la teoría. La lógica formal no agota la racionalidad jurídica, piensa Calsamiglia. En esta línea considero sugerente la interpretación que de Kelsen realiza GIL CREMADES, J. J., «La motivación de las decisiones jurídicas», en *Estudios en honor del Dr. Luis Recasens Siches*, México, UNAM, 1980, pp. 415-434, que contra las interpretaciones estándares permitiría hallar interesantes relaciones entre Kelsen y Hume. La interpretación de la norma no desemboca en una única decisión, sino varias posibles y la posibilidad de recurrir en la aplicación del derecho a normas metajurídicas como moral, justicia, juicios de valor. Admitiría así Kelsen un acto de creación de derecho, dentro del marco de la ley. MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Law Series, Clarendon Press, 1978. MACCORMICK, N., *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford Clarendon Press, 1982. Traducción de Lola González Soler. *Derecho legal y socialdemocracia*, Madrid, Ed. Tecnos, 1990. Muchos de los planteamientos conectan con las tesis humeanas. Expone la necesidad de que el juez elija entre posibles reglas, el recurso a los principios generales del derecho, al sentido común etc. Cfr. los comentarios a MacCormick en HAAKONSSSEN, K., «The Philosophy of Law in Hayek's New Constitutionalism», *Rechtstheorie*, 19, 1988, pp. 289-303.

³¹ La justicia es una consecuencia no intencionada, efecto del conjunto de acciones humanas individuales. HAAKONSSSEN, K., *The Science of a Legislator. The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 37. Véase la crítica que merece el modo humeano de entender la responsabilidad en las decisiones personales en ELÓSEGUI, M., «Ley y libertad en los ensayos y en el tratado de David Hume», *Quaderns de Filosofia i Ciència*, 20, 1992.

rechazan el mito del sabio legislador al tener en cuenta los factores históricos, sociales y la evolución de la sociedad.

Así Hume no admite una interpretación literal del texto o el originalismo, sino más bien una interpretación hermenéutica. Su propuesta será que las instituciones, incluida el gobierno y la justicia, nacen como fruto de la experiencia y de la actividad humana. Por eso es para Hume la justicia una virtud artificial con intervención de la racionalidad humana. Aunque eso no impide que a su vez sea fruto de una tendencia natural, con consecuencias en ocasiones no intencionadas³².

4.2 La lógica jurídica de lo razonable

La ciencia jurisprudencial no forma parte de las ciencias exactas y como consecuencia, la lógica jurídica no puede utilizar el razonamiento propio de las ciencias matemáticas, que es el método deductivo. El paso de la ley general al caso concreto requiere otro tipo de lógica, que no está imbuida de exactitud, pero tampoco de arbitrariedad. El atributo que le corresponde es el de certeza.

Hume establece que el juez debe ser un juicioso espectador, *judicious spectator*. Pero ¿cómo debe emitir su juicio a la hora de juzgar la conducta ajena? Nos hallamos ante un problema ético. La función de juzgar sobre actos ajenos es una función bipartita. Primero se sitúa en el campo cognoscitivo; conocimiento del hecho, recabar datos y posteriormente en el terreno valorativo, ya que el juez emite un juicio de si tales actos son o no conformes a derecho.

Volviendo al punto de partida, esta afirmación de Hume encuentra eco en numerosos iusfilósofos; «Sin duda se puede afirmar con seguridad, de modo general, que la jurisprudencia es diferente, en este aspecto, de todas las ciencias; y que en muchos de sus más delicados asuntos no se puede decir con propiedad que la verdad o falsedad estén en uno o en otro lado»³³.

Sin duda, un claro ejemplo lo encontramos en las obras de Perelman, quien distingue entre «juicios de realidad» y «juicios de valor». Los «juicios de realidad» expresan un conocimiento objetivo, empírico y racionalmente fundado. Los juicios de valor son considerados a veces como irracionales, subjetivos y dependientes de preconociones, intereses y disposiciones arbitrarias de los individuos y grupos. Sin embargo,

³² Cfr. HAYEK, K., *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, Unión Editorial, 2.ª edición, 1985, p. 285 y pp. 131-132. También, HAAKONSEN, K., *Op.cit.*, p. 24.

³³ HUME, D., *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, Oxford University Press, 1988 (3rd ed.). Se citan por el número del párrafo. Los textos en español corresponden a HUME, D., *De la moral y otros ensayos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982. Contiene *Una investigación sobre los principios de la moral, los apéndices, un diálogo y un resumen del tratado de la naturaleza humana*. Hay otra traducción posterior realizada por Gerardo López Sastre, Madrid, Espasa Calpe, 1992. Aquí párrafo 259.

Perelman no está de acuerdo en que todo lo que concierne a los valores sea arbitrario y afirma que «los juicios de realidad» tampoco están exentos de valoraciones. Es decir, esa dicotomía es artificial³⁴. Existe una lógica de los juicios de valor que evita que estos dependan del arbitrio de cada uno, de la emoción, intereses o de la fuerza o poder. Esta lógica es «la lógica de lo razonable». La noción de razonabilidad se aplica a los juicios sobre valores que pertenecen al «razonamiento práctico»³⁵. El razonamiento jurídico precisa de una teoría general de la argumentación y a su vez, ésta se fundamenta en una nueva retórica que une los juicios de realidad con los juicios de valor. En definitiva, la propuesta de Perelman, coincidente con la de Hume, se configura como una crítica a la escisión entre razón teórica y razón práctica, y llevaría a establecer el razonamiento judicial como un puente entre ambas. También se da una estrecha coincidencia entre la siguiente afirmación de Perelman y el ya señalado texto humeano; «Precisamente porque es casi siempre controvertido, el razonamiento jurídico, frente al razonamiento deductivo puramente formal, solo muy raramente puede ser considerado como correcto e incorrecto de una manera que sea por decirlo así impersonal»³⁶. La conclusión en ambos autores es que el compromiso personal del juez es inevitable. Paralelamente, surge la preocupación por evitar la arbitrariedad que supondría que el juez decida según criterios personales. Por eso Perelman plantea la siguiente cuestión; «la obligación de llenar las lagunas de la ley concede al juez por sí sola el derecho de elaborar normas, si bien no es, como en el *common law*, necesariamente creador de reglas de derecho, pero sus decisiones no constituyen precedentes que otros jueces estén obligados a seguir. No obstante, elabora reglas de decisión que le solucionen el problema concreto que se le ha sometido. ¿Cómo evitar que el juez ejerza este poder de una manera arbitraria y cómo es posible encontrar garantías de imparcialidad?»³⁷. ¿Cómo buscar una decisión judicial justa, razonable y conforme a derecho, aceptable y equitativa?»³⁸. Para Hume las cuestiones sobre hechos se basan en la lógica de lo razonable y no en la lógica formal. A pesar de ello los juicios sobre las conductas morales, ni siquiera pertenecen al ámbito de las cuestiones de hecho, sino que son experienciales. La lógica de lo razonable es una lógica de los razonamientos probables, más propiamente argumenta-

³⁴ Cfr. PERELMAN, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Cívitas, 1979, pp. 19 y 150.

³⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 151 y p. 135. En apoyo de la no identidad en el derecho entre razón teórica y razón práctica véase GIL CREMADES, J. J., «Razón práctica y razón teórica. Crítica de la ideología jurídica burguesa», *Anales de la cátedra Francisco Suarez*, 17, 1977, pp. 1-24. Y ver la discusión, p. 34. Sobre la lógica de lo razonable, cfr., RECASÉNS SICHES, L., *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1975, p. 7.

³⁶ Cfr., PERELMAN, C., *Op.cit.*, p. 16.

³⁷ Cfr., PERELMAN, C., *Op.cit.*, p. 66.

³⁸ Cfr., *Idem*, p. 129.

bles, lo que significa que no proporcionan una garantía absoluta de certeza³⁹. Tampoco eso autoriza a identificar la razonabilidad con una demagogia o retórica desprovista de contenido.

5. EL *GENERAL POINT OF VIEW*, LA *PUBLIC OPINION*, EL *COMMON SENSE* Y LA TÓPICA

De las diferentes obras de Hume se infiere que para este autor, las decisiones judiciales parten de la aplicación de la ley, pero a ella suman como elementos de juicio que influyen en la decisión la experiencia de la tradición, los precedentes judiciales, las costumbres y el punto de vista general que se refleja en la opinión pública. Hume enumera todos estos elementos en varias ocasiones; «utilidad pública... del sentimiento privado de humanidad y de aversión a la injuria privada, de las leyes positivas, de los precedentes, de las analogías, y de muy finas conexiones y giros de la imaginación»⁴⁰.

El juez debe corregir sus sentimientos jurídicos adaptándolos al punto de vista generalizado⁴¹. En cierto modo, si aplicamos criterios actuales cabría entender esta referencia al punto de vista general como la moral dominante, o el sentir popular o lo que hoy denominamos regla de la mayoría. Pero lo que Hume entiende por punto de vista generalizado se identifica más bien con la *public opinion*, con la opinión pública⁴². Los iusfilósofos escoceses inauguraron un modo especial de entender este concepto que no es tampoco equiparable al uso actual, en el que se identifica con los medios de comunicación de masas. La opinión pública, tal y como la entiende Hume, es más bien parangonable con el sentir popular, con la costumbre, con los valores que imperan en una sociedad dada. No depende tanto de que estos valores sean apoyados por un número elevado de personas, sino que estén fundamentados en el sentido común, el *Common Sense*. Este concepto designa, en la línea de la

³⁹ Para la discusión del fundamento epistemológico de las creencias razonables e irracionales en Hume cfr., ELÓSEGUI, M., «El descubrimiento de la identidad en Hume», *Anuario Filosófico*, Marzo I, 1993.

⁴⁰ HUME, D., *Enquiry concerning the principles of morals*, párrafo 260, nota a pie de página.

⁴¹ Hume habla del auditorio y del punto de vista general en *Enquiry concerning the principles of morals*, párrafos 222, 223, 239, y 137-4.

⁴² HUME, D., *De la moral y otros ensayos*, párrafo 257. HABERMAS, J., *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1981, pp. 43-44. Cita el caso inglés, extensivo a Escocia en p. 102; «en, 1792...el público políticamente racionante es indirectamente reconocido en su función crítica pública por un discurso de Fox ante la Cámara de los comunes. Por primera vez, se habla de *public opinion* en el estricto sentido de esta alocución: *It is certainly right and prudent to consult the public opinion...but I ought to give the public the means of forming an opinion*».

Escuela escocesa del Sentido Común, un principio de discernimiento moral innato en el hombre⁴³.

El *Common Sense* no equivale, por tanto, a lo que hoy entendemos por la regla de la mayoría, que puede ser injusta con las minorías, ni tampoco se reduce a la opinión como lo cambiante o meramente cultural, sino que obedece a principios de naturaleza humana⁴⁴. La opinión pública no es arbitraria, sino una generalizada opinión sobre lo justo. No equivale a la suma de los intereses particulares, sino que contempla la búsqueda de lo equitativo para todos en su conjunto y en la individualidad. Con mayor razón en las decisiones judiciales que se hacen públicas y pasan a ser modelos generales.

Como observa acertadamente Gadamer «La sana razón del *common sense* aparece sobre todo en los juicios sobre lo justo e injusto, correcto e incorrecto. El que posee un sano juicio no está simplemente capacitado para juzgar lo particular según puntos de vista generales, sino que sabe también qué es lo que realmente importa, esto es, enfoca las cosas desde los puntos de vista correctos, justos y sanos»⁴⁵. El poder judicial ocupa en Hume un lugar destacado porque es el intermediario entre el gobierno y el sentir popular. La razón estriba en la importancia que Hume otorga a la opinión como fundamento del poder político. Si las leyes o *rule of law* deben recoger las decisiones de la comunidad, también los legisladores ejecutores de las mismas y quienes las aplican a través del poder judicial deben seguir respetando la opinión común.

Del rechazo de la identificación del silogismo judicial con un proceso deductivo de subsunción se sigue que la capacidad de juzgar requiere el ejercicio del sentido común, que posee cualquier hombre y también el juez como miembro de una comunidad que debe tener en cuenta lo que hoy llamamos «realidad social».

⁴³ Según la tradición del *moral sense* escocés. Cfr. RAPHAEL, D., *British Moralists (1650-1800)*, Oxford, 1969, Herbert Cherbury (1581-1648), Shaftesbury, Hutcheson.

⁴⁴ HUME, D., *De la moral y otros ensayos*, párrafo 257: «Más si por convención significamos un sentido común del interés cuyo sentido siente emotivamente cada hombre en su propio corazón, que lo nota en sus semejantes, y que le lleva, en concurrencia con los demás, a un plan o sistema general de acciones que tiende a la utilidad pública, es preciso reconocer que en este sentido la justicia brota de las convenciones humanas. Porque si se admite (como es, ciertamente evidente), que la consecuencia de un acto de justicia particular puede ser tan nociva para lo público como para los individuos, síguese que cada hombre, al abrazar esa virtud, tiene que tener puesto un ojo en el plan o sistema total y esperar que coincidan sus semejantes en la misma conducta o comportamiento... Si todas sus previsiones terminasen en las consecuencias de cada acto propio suyo, tanto su benevolencia y su humanidad, como su amor propio, podrían prescribirle a menudo normas de conducta muy diferentes de aquellas que están de acuerdo con las reglas estrictas de derecho y de justicia».

⁴⁵ GADAMER, H. G., *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1977, p. 63 e *idem*: «Es este el sentido humanístico del término sentido común que mantiene la filosofía escocesa, a pesar de que dieran al término un giro polémico contra la metafísica».

Así los valores presentes en la opinión pública, fundados en el sentido común se convierten en una fuente de derecho no escrito que el juez debe respetar, de manera que debe censurar los actos que vayan contra ella, como antijurídicos⁴⁶. Hume hace referencia explícita a la necesidad de utilizar las sutilezas de los tópicos y razonamientos jurídicos (Cfr, E.161). La justicia en cuanto virtud artificial requiere de reflexión y argumentación para imponer sus reglas.

Hume establece la necesidad de apelar a los tópicos, que recogen el sentir común, o principios aceptados por todos los miembros de una comunidad política, y que son, como afirma Aristóteles en *la Retórica*, principios no escritos que se consideran reconocidos en todas partes⁴⁷. Una vez más el pensamiento de Perelman confluye con el de Hume al

⁴⁶ NEGRO PAVÓN, D., en HUME, D., *De la moral*. p. 274, nota 6. «La fuente de derecho es la costumbre, de acuerdo, asimismo, con la idea clave de que la ley debe ser expresión de la opinión pública. Lo justo es justo porque es Derecho, y no porque se fundamenta en una justicia ideal o en un ideal de lo justo. La justicia se refiere, pues, a un orden concreto de necesidades acorde con las circunstancias históricas. Bentham y Ihering son, entre otros, seguidores de la concepción del derecho y de la justicia de David Hume». *Idem*, p. 275: «Hume destruye el derecho natural racionalista, ciertamente, pero la vieja doctrina del Derecho natural como inspirador del positivo, renace bajo la forma de derechos *morales* humanos. Hume se opone así al constructivismo».

⁴⁷ Cfr., PERELMAN, C., *Op.cit.*, p. 104, la referencia a la retórica de Aristóteles. Cfr, ARISTÓTELES. *Retórica*. Introducción, traducción y notas por Quintín Racionero, Madrid, Gredos, 1990, p. 626. Cfr., LÓPEZ-SASTRE, G., reseña en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993. Ley particular y la ley común, «sobre las que parece haber acuerdo unánime entre los pueblos» (p. 255, traducción), la cual se entiende como la ley que es conforme a naturaleza. También dice Aristóteles «...el plan de referencia de los discursos no se sitúa en las cosas...sino que pasa a ser las opiniones (*doxai*) o el sistema comunitario de creencias (*πίστεις*), que se instituyen así en el único criterio de la argumentación» (pp. 29-30, traducción). Aristóteles reconoce que las propias pasiones de los jueces condicionan sus decisiones.

Cfr., GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Cívitas y Universidad de Oviedo, 1988. Cfr., VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Tecnos, 1964, traducción Luis Diez Picazo. Cfr., DÍEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983. Especialmente el capítulo XIV. Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1984, p. 58, junto a la lógica jurídica axiomática o sistemática nace una lógica problemática o aporética. Además define la tópica como «la *techné* del pensamiento del problema, de un pensamiento que opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares partiendo de directrices o de guías que no son principios lógicos desde los que poder deducir con resolución, sino simples *loci communes* de valor relativo y circunscrito revelados por la experiencia» (p. 77). De ahí que afirma el mismo autor «Ello asigna a los Jueces un papel central en el sistema, conviene destacarlo. Un Estado de derecho entendido como estado de justicia, sin un aparato judicial capaz de concretar ésta, para imponerla como una realidad social efectiva, sería una burla y, finalmente, una fuente de grave frustración. A la vez una jurisprudencia de valores, única capaz de hacer pasarlos postulados de un Estado material de Derecho hasta la aplicación, exige un sistema judicial fuerte y preparado» (p. 109). Y por último «hay siempre un hallazgo en esa operación y ello hace del intérprete y del aplicador del Derecho un creador» (p. 134). Construcción jurídica que no parte de cero. Cfr., las referencias a las distintas teorías de la argumentación jurídica en GALINDO, F., «Jueces y Democracia. Criterios para una actividad judicial democrática», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, (1990), pp. 147-167.

establecer que las construcciones jurídicas además de aplicar la ley deben ajustarse al interés público y la moral dominante⁴⁸. También Hayek mantiene que el juez al dirimir no puede contradecir repentinamente normas arraigadas, a no ser que actúe cambiando la opinión pública y posteriormente decida ya según esa nueva normativa mínimamente aceptada⁴⁹. Por otra parte, el planteamiento de Perelman recuerda enormemente al humeano en múltiples aspectos, tales como el afán de evitar la escisión entre razón teórica y razón práctica, el recurso a leyes no escritas como son los principios generales del derecho, a los tópicos jurídicos, lugares específicos del derecho, a las prenociones que serían valores de sentido común universalmente admitidos⁵⁰, y el empleo de la retórica, dialéctica y tópicos como técnicas de argumentación que posibilitan una discusión razonable con el fin de establecer acuerdos sobre valores y su aplicación cuando estos son objeto de controversia⁵¹. Se trata más de presunciones que de evidencias. De modo que hay que elegir los principios generales de manera que sean admitidos por el auditorio, derivándose de ahí también la importancia de motivar las decisiones judiciales⁵².

⁴⁸ Cfr., PERELMAN, C., *op.cit.* p. 111.

⁴⁹ HAYEK, V., *op. cit.*, pp. 170-171: «Aunque, al dirimir casos auténticamente dudosos, el juez puede perfeccionar la ley, no puede alterar normas firmemente arraigadas a no ser que sea de modo muy paulatino. Aunque llegue a percatarse de que quizá la norma establecida no sea la más adecuada o justa, aplicar una diferente a transacciones realizadas cuando aquella era aún considerada válida constituiría notoria injusticia. En tales situaciones conviene que la nueva norma sea debidamente conocida antes de que llegue a convertirse en obligatoria, lo que únicamente cabe conseguir promulgando normas orientadas a su aplicación de cara a futuros casos. Cuando se introduce una verdadera alteración en la ley, la nueva disposición solo podrá desempeñar la función que a todas las restantes corresponde (la de orientar las expectativas) si, antes de ser aplicada, alcanza entre las gentes adecuada divulgación».

⁵⁰ Cfr., PERELMAN, C., pp. 90, 118 y 148. ATIENZA, M., *op. cit.*, pp. 151-152: «Quien marca el límite de lo razonable es el auditorio (como se dijo al principio, la noción de auditorio es central en la nueva retórica) y, en el caso central de la argumentación jurídica, el juez». La crítica pertinente de Atienza a Perelman es la pregunta sobre ¿Quién decide qué es lo razonable? ¿El juez?, entonces ¿En base a qué criterio? ¿El de la comunidad, es decir un criterio consensualista? También es el juez el que decide o interpreta las exigencias de seguridad y equidad. Atienza aboga por construir una lógica formal de los conceptos vagos (cfr., p. 153). Cfr., *Doxa*, núm. 1 y 2 donde se analizan los problemas de la racionalidad práctica.

⁵¹ Cfr., PERELMAN, C., *Op.cit.*, p. 135,164 y 130: «La gran ventaja de los tópicos jurídicos consiste en que, en lugar de contraponer dogmática y práctica, permiten elaborar una metodología que se inspira en la práctica, y guían los razonamientos jurídicos, de manera que, en lugar de contraponer el derecho a la razón y a la justicia, se esfuerzan por el contrario en conciliarlos». PERELMAN, C., *Idem*, p. 155; «La solución que se le impone entonces al orador consiste en fundarse sobre tesis generalmente admitidas y sobre opiniones comunes, que son las que derivan del sentido común. Cada orador, en cada época, se hace una idea de lo que el sentido común admite y de los hechos, teorías y presunciones, valores y normas que se consideran admitidos, sobre todo en sus aplicaciones prácticas, liga con lo que es razonable creer y tiene indiscutibles lazos con la idea del sentido común».

⁵² Cfr., *Idem*, p. 202.

Los motivos a los que acude el juez para justificar la decisión no solo son operaciones mentales sino elementos extrajurídicos, que deben responder a una opinión común, en relación con los valores admitidos por la sociedad⁵³. De ahí también la importancia que adquiere el lenguaje en el que se expresan esas nociones que adquirirán rango jurídico y de la importancia de posibilitar la comunicación con un discurso comprensible⁵⁴.

Hume se aleja así del planteamiento dworkiniano, ante el rechazo de la tesis de la única solución correcta como resultado de la decisión judicial. Sin embargo, su sistema no debe ser parangonado tampoco al realismo jurídico, porque como hemos señalado, su apelación a la opinión pública carece del carácter sociológico, que los representantes de esta corriente atribuyen a la moral dominante. La razón está en que los valores imperantes están sometidos a un principio universal que radica en la naturaleza humana y que los universaliza.

6. UNA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO. DE MACCORMICK A ALEX Y.

Este planteamiento humeano subyace, en la actualidad, en la denominada *Institutional Theory of Law* (ITL)⁵⁵. Como afirman Neil

⁵³ Cfr., *Idem*, p. 220.

⁵⁴ La epistemología empirista que deriva las ideas de la experiencia no es suficiente porque el auditorio tiene ideas y opiniones previas, expresadas en una determinada lengua que lleva consigo sus correspondientes valores (universales). La lengua es un instrumento de comunicación. Cfr., las teorías sobre el lenguaje de la escuela escocesa del sentido común y el intento de Thomas Reid de fundar el sentido común en una naturaleza común de lenguaje y en unos primeros principios en ELÓSEGUI, M., «Pensamiento y lenguaje en Thomas Reid», *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, XX, 1993, pp. 85-104. HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa*. 2 volúmenes. Traducción Manuel Jiménez, Madrid, Ed. Taurus, 1987. PERELMAN, C., *op. cit.*, p. 156: «Los lugares comunes juegan en la argumentación un papel análogo al de los axiomas en un sistema formal. Pueden servir de punto de partida porque se considera que son comunes a todas las mentes... Difieren en los axiomas porque la adhesión que se les concede no está fundada sobre su evidencia, sino, al contrario, sobre su ambigüedad y sobre la posibilidad de interpretarlos y de aplicarlos de manera diferentes». WRÓBLEWSKY, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Revisión y nota introductoria de Juan Igartua. Traducción de Arantxa Azurza. Madrid, Cuadernos Cívitas, 1985, p. 38: «Existen términos constitucionales que son abiertamente valorativos y, por tanto, por razones semióticas, exigen la determinación de su significado cuando se utilizan. Por ejemplo, los valores superiores del ordenamiento que se expresan en términos como «libertad», «igualdad», o justicia (art 1 de la CE), debido a razones lingüísticas, requieren interpretación en cualquier contexto en el que no haya significado, estrictamente definido, de estos términos fundamentales y fuerzas políticas distintas tienden a utilizarlos, a la hora de decidir asuntos concretos, de manera más o menos diferentes». También el reconocimiento de la existencia de una «pragmática del lenguaje legal, a saber, la dependencia del significado de los términos – y especialmente de los términos valorativos – del contexto de su uso interpretativo actual» (p. 77).

⁵⁵ MACCORMICK, N y WEINBERGER, O., *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin, Dunker & Humblot, 1985. Hay versión inglesa, *An Institu-*

MacCormick y Ota Weinberger, su fin es presentar un desarrollo socialmente realista del normativismo⁵⁶, porque la ciencia jurídica sin una consideración de la realidad social es impensable⁵⁷. Sus tesis se alimentan de la tradición anglosajona, presente en la definición de la ciencia jurídica que en este proyecto se expone. Su concepción, remontándose a Hume, continúa con Bentham, Austin, Kelsen, Hart y Raz⁵⁸.

Ambos autores parten del presupuesto de que la razón práctica no es solo cognitiva y que por tanto no es posible construir un sistema de valores basados tan solo en la razón. *It is not only explicitly enacted norms of conduct and of competence which made up a legal order. The teleological background of the legal order also counts as does the general policy of legal rules, or the institutionalised postulates of justice and the doctrinal writings of jurists, in so far as they all belong to the «institutional moral» which law embodies*⁵⁹. Los elementos integrantes del ordenamiento jurídico se elaboran a partir de un proceso práctico y utilizando modos de razonamiento propios del derecho positivo. En la elaboración y aplicación del derecho se entrecruzan tanto procesos lógicos como el carácter no cognitivo de convicciones personales. El derecho es un sistema dinámico, en el que no todo puede decidirse en base a una deducción lógica que parta de los hechos del caso, de los contenidos sustantivos y de las reglas del derecho adjetivas o procesales.

MacCormick rechaza la pretensión kelseniana de aislar el proceso interno de un sistema normativo con respecto al proceso social. La Teoría Institucional del Derecho pone el acento en la función que desempeñan las normas socialmente existentes y los rasgos observables de la vida social. En consecuencia, el sistema normativo interactúa con las organizaciones sociales. Esta tesis se distancia de la consideración kelseniana de la norma suprema como un sistema cerrado.

El derecho se contempla como un hecho institucional, como algo real y relacionado con actos institucionales. Por supuesto hay que diferenciar las instituciones jurídicas de otro tipo de instituciones sociales. Así la existencia de un contrato sería en un sentido iusfilosófico, una cuestión de un acto institucional⁶⁰. Se ha de tener en cuenta la regla institucionalizada, las consecuencias de la regla y las reglas de derogación, que indican cuando esa regla deja de tener efec-

tional Theory of Law, Dordrecht, Kluwer. Para un estudio de la aplicación de la Teoría Institucional a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cfr. BENGOTXEA, J. R., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*. Oxford, Clarendon Press, 1993.

⁵⁶ *Idem*, p. 6.

⁵⁷ *Idem*, p. 7.

⁵⁸ *Idem*, p. 94. RAZ, J., *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

⁵⁹ MACCORMICK, N y WEINBERGER, O., *An Institutional Theory of Law*, *Op.cit.*

⁶⁰ *Idem*, p. 51.

tos legales⁶¹. La institución jurídica debe de ser creada antes de ser aplicada al primer caso. Aunque se acepte básicamente las distinciones de Hart entre reglas que confieren poderes y reglas que imponen obligaciones⁶², para MacCormick algunas reglas poseen ambas funciones y otras ninguna de las dos, porque las reglas pueden tener también un carácter funcional⁶³. Mientras que es cierto que todo poder legal es otorgado por una regla jurídica concreta, no es verdad que toda regla, que instituye una capacidad jurídica o la deroga, otorgue poderes legales, por ejemplo, existe la capacidad de otorgar testamento, pero también es posible no hacer uso de esa capacidad, dejándola a merced del Estado.

Por su parte, Atienza expone acertada y detenidamente algunas de las críticas que se han dirigido a las tesis del profesor MacCormick⁶⁴; su sistema apenas permite la creación judicial, se suscitan problemas de reconciliación entre la regla de la mayoría o la autoridad con la figura del espectador imparcial, etc.

Una evolución de las teorías de argumentación jurídica que ha tenido en el presente una influencia notable es la de Robert Alexy⁶⁵. La brevedad de este artículo no nos permite desarrollar su contenido, que por otra parte es absolutamente bien conocido en España⁶⁶. Simple-

⁶¹ *Idem*, p. 53; «Those legal concepts which are regulated by sets of institutive, consequential and terminative rules with the effect that instances of them are properly said to exist over a period of time». En general empiezan y terminan con un acto institucional.

⁶² HART, H. L. A., *El concepto del derecho*, *Op.cit.*, p. 101.

⁶³ *Idem*, p. 66.

⁶⁴ ATIENZA, M., *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 132 y ss.

⁶⁵ Son fundamentales las siguientes obras: ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés, 1993. Edición con nueva traducción del español realizada por Carlos Bernal Pulido, editada también por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en 2007. ALEXY, R., *A Theory of Constitutional Rights*. First published 1985, Julian Rivers translation. Oxford, Oxford University Press. ALEXY, R. y DREIER, R., «Precedent in the Federal Republic of Germany», en MACCORMICK, N. y SUMMERS, R. (eds.), *Interpreting Precedents: a comparative study*, Ashgate, Dartmouth Applied Legal Philosophy Series: Aldershot, 1997, pp. 17-64. ALEXY, R., «Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik», *World Constitutional Law Review*, 2001, 6, 9-26. ALEXY, R., «Die Abwägung in der Rechtsanwendung», *Jahresbericht des Institutes für Rechtswissenschaften an der Meeij Gakuin Universität*, 17, 2002, pp. 69-83. ALEXY, R., «Die Gewichtsformel», en JICKELI, J., KREUTZ, P. y REUTER, D. (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, 2003. ALEXY, R., «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Juris*, 10, 2002, pp. 433-449. ALEXY, R., *Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de C. Bernal Pulido. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Inmuebles de España, 2004, pp. 25-64.

⁶⁶ Una monografía ilustrativa que desarrolla precisamente la trayectoria de Recasens poniéndola en comparación con la teoría de la argumentación jurídica es precisamente CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., *Luis Recaséns y la Teoría estándar de la argumentación jurídica. Una revaloración del logos de lo razonable*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2017, 368 pp. La publicación de este libro del profesor perua-

mente diría que se ha demostrado una vez más como la filosofía del derecho es útil para los jueces en su quehacer diario, especialmente para los altos tribunales, pero en definitiva para todas las instancias en las que el juez debe motivar sus sentencias⁶⁷.

7. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia o filosofía del derecho no es una ciencia formal, por eso la interpretación de la ley y su aplicación al caso particular corresponde a la razón práctica, y requiere del arte de la argumentación. En los casos difíciles hay varias soluciones posibles en el razonamiento jurídico. El juez debe elegir sus argumentos teniendo en cuenta el sentido común que se refleja en la opinión pública. A su vez debe combinar la atención al interés del particular con la utilidad pública. Pero todo ello respetando unos principios de justicia que no son absolutamente artificiales. Si en su teoría del razonamiento judicial Hume se acerca al planteamiento de Hart, en su creencia en unos principios comunes de la naturaleza humana recuerda a las tesis dworkinianas. Pero la función asignada al juez coincide plenamente con los presupuestos de la tópica y de la nueva retórica. Las teorías actuales de argumentación jurídica como la de MacCormick o la de Alexy han demostrado la importancia de la enseñanza de estas materias en las facultades de derecho.

no José Chávez-Fernández Postigo es una versión de la tesis leída en la Universidad de Zaragoza (España) por la que obtuvo el título de Doctor en Derecho con calificación sobresaliente cum laude y el Premio Extraordinario de Doctorado, y que tuve el placer de dirigir. Del mismo autor y en la misma línea, «Ponderación y equidad: Alexy, Recaséns y la búsqueda de lo razonable en la argumentación jurídica (Balancing and Equity: Alexy, Recaséns and the Pursuit of Reasonableness in Legal Argumentation)», *Revista Derecho del Estado*, N.º 43, Mayo-Agosto, 2019.

⁶⁷ Cuestión que he tratado de poner en evidencia en algunos de mis artículos: ELÓSEGUI, M., «La utilidad de la fórmula del peso de Robert Alexy y su aplicación a la Decisión del Tribunal Constitucional alemán de 2015 sobre la integración de profesoras funcionarias musulmanas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 54, (2020), pp. 205-236. También en ELÓSEGUI, M., «El principio de proporcionalidad de Alexy y los acomodos razonables en el caso del TEDH Eweida y otros c. Reino Unido/ Das Verhältnismässigen anpassungen in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Fall Eweida und Andere gegen das Vereinigte Königreich», en ELÓSEGUI ICHASO, M., (Coordinadora), *Los principios y la interpretación judicial de los Derechos Fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*. Zaragoza, Marcial Pons, Fundación Giménez Abad y Alexander von Humboldt Stiftung, 2016.