

RECASÉNS SICHES Y LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Pol Cuadros Aguilera

Junio de 2015

UNIVERSIDAD DE BARCELONA

Facultad de Derecho

TRABAJO FINAL DEL MÁSTER EN ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS

Curso 2014-2015

Tutor del trabajo:

Dr. Ricardo García Manrique

Índice

Introducción	5
1. El proyecto de superación del kelsenismo	8
1.1. Recaséns Siches y la Filosofía del Derecho española.....	8
1.2. El proyecto Recaséns.	10
1.3. Kelsen y Recaséns Siches	14
2. La filosofía de la interpretación jurídica de Recaséns Siches	18
2.1. La obra de Recaséns tras la Guerra Civil.....	18
2.2. La teoría de la función jurisdiccional.....	21
2.2.1. La función jurisdiccional es siempre creadora.....	22
2.2.2. La función jurisdiccional supone un juicio axiológico	24
2.2.3. Crítica a los criterios tradicionales	29
2.3. La crítica contra el empleo de la lógica formal en la interpretación del Derecho	30
2.4. El logos de lo razonable.....	35
2.4.1. Hacia una nueva teoría de la interpretación jurídica	35
2.4.2. El carácter raciovitalista del logos de lo humano.....	36
2.4.3. El destierro de la lógica formal del campo de la interpretación jurídica.....	37
2.4.4. El contenido axiológico del logos de lo razonable.....	39
3. Recaséns Siches como precursor de la teoría de la argumentación jurídica	40
3.1. Recaséns Siches y la teoría de la interpretación jurídica de Kelsen	40
3.1.1. La teoría de la interpretación jurídica de Kelsen: elementos característicos	40

3.1.2. Las teorías de la interpretación jurídica de Kelsen y Recaséns Siches	43
3.2. Recaséns Siches y el neoconstitucionalismo	45
3.2.1. El concepto de Derecho.....	45
3.2.2. La separación entre el Derecho y la Moral	47
3.2.3. La distinción entre principios y reglas	50
3.2.4. La ponderación.....	52
3.2.5. La jerarquía axiológica.....	52
3.2.6. La idea de la única respuesta correcta.....	53
3.2.7. La cuestión de los métodos de interpretación	55
3.2.8. El activismo jurídico	55
3.2.9. La idea de integridad.....	56
3.3. Recaséns Siches y la teoría de la argumentación jurídica.....	57
3.3.1. Los precursores de la teoría contemporánea de la argumentación jurídica... 58	
3.3.2. Theodor Viehweg.....	59
3.3.3. Chaïm Perelman	63
3.3.4. Stephen E. Toulmin.....	65
Conclusiones.....	68
Bibliografía.....	71

Introducción

Para dar cuenta de la dimensión intelectual que atesoraba Luis Recaséns Siches qué mejor que recuperar las palabras que le dirigió su gran maestro y amigo, José Ortega y Gasset, como presidente del tribunal nombrado en la oposición del joven Recaséns para la cátedra de Estudios Superiores de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid:

En el ejercicio de lección libremente escogida ha hecho el señor Recaséns un trabajo que puede considerarse perfecto, tanto pedagógico, como doctrinalmente. La memoria del señor Recaséns es una exposición concentrada, muy exacta y sorprendentemente completa de la filosofía del derecho en los últimos veinticinco años. Dudo que exista en ninguna lengua obra del mismo propósito que esté mejor informada.

En base al acuerdo existente en el seno de la académica iusfilosófica acerca de la importancia y necesidad de la interpretación en el campo del Derecho, tanta que se ha terminado por considerar a la interpretación como uno de los temas centrales de la Filosofía jurídica, la idea germinal de este trabajo fue estudiar el tema de la interpretación del Derecho. Una referencia en la lectura de autores neoconstitucionalistas me llevó a la obra del profesor Recaséns Siches, al que ya había estudiado, mas sin prestar atención a la parte de su obra dedicada a la interpretación jurídica. La teoría de Recaséns me recordó enseguida a las doctrinas vigentes sobre argumentación jurídica, pero para mi asombro caí en la cuenta de algo que no podría pasar por alto:

Lo primero fue que muchos de los elementos de las modernas y más importantes teorías de la argumentación jurídica ya se encontraban recogidos mucho tiempo antes en la obra de Recaséns algo que, a su vez, carecía de resonancia entre los autores dedicados a este tema; así, en las obras de autores de la talla de H. Kelsen, H. L. A. Hart, Dworkin, Alexy y en distintos autores enmarcados dentro del realismo jurídico norteamericano, había rasgos compartidos con la obra de Recaséns Siches; en segundo lugar el poco o nulo reconocimiento de la teoría de la interpretación jurídica de Recaséns en comparación de otros autores.

Este poco reconocimiento, sin duda injusto, se debe a la suma de varios acontecimientos. El estallido de la Guerra civil española y el que en el panorama europeo de aquél entonces no hubiera lugar para la moderación, empujaron a Recaséns Siches al exilio. Las consecuencias para Recaséns fueron las mismas que para el resto de intelectuales españoles forzados al exilio: la purga y el olvido tanto de su persona como de su obra. Es cierto que muchos años más tarde Recaséns volvió a España para colaborar en una serie de conferencias que organizaba la Universidad de Madrid, momento que fue aprovechado por sus colegas para homenajear a un hombre ya anciano, pero su obra nunca volvió a recuperarse. Otro elemento clave fue la reacción positivista que experimentó la filosofía del Derecho española en su etapa post-franquista. Este viraje hacia el positivismo respondió a una firme voluntad de oposición al iusnaturalismo dominante durante el Franquismo. Aunque Recaséns también era iusnaturalista, seguía una corriente mucho más abierta y progresista, alejada del iusnaturalismo escolástico propio del Franquismo, sin embargo el desconocimiento de su obra hizo que se le encuadrara junto al resto de iusnaturalistas. Esto retrasó la recuperación de la obra de Recaséns y el reconocimiento pleno de su labor académica así como de su persona.

Es cierto que ha habido autores que se han dedicado y siguen dedicándose al estudio de la obra de los iusfilósofos españoles en el exilio, como los profesores García Manrique y Benjamín Rivaya, otros que se han centrado en particular en la obra de Recaséns, como Benito de Castro, o que han estudiado la historia de la teoría de la argumentación jurídica, como Manuel Atienza, pero ninguno de ellos ha estudiado el tema que me propongo tratar en este trabajo.

A esto hay que sumarle el ambiente iusfilosófico en el que he trabajado en los últimos meses. Han sido claras en mí las influencias del pensamiento jurídico de profesores como el ya citado García Manrique, quien a su vez ha tutelado este trabajo, o el profesor Víctor Méndez, estudioso de la filosofía jurídica y moral española.

Todo ello hizo replantearme el objeto del trabajo, que he dedicado al intento de ofrecer elementos concluyentes que permitan considerar a Recaséns Siches como un precursor de las modernas teorías de la argumentación jurídica. Además, he tratado demostrar que las teorías de la interpretación vigentes hoy en día, aunque muy posteriores en el tiempo, beben de los mismos postulados de la teoría de la interpretación jurídica que ya orientaron el modelo propuesto por Recaséns Siches.

En suma, el objeto de este trabajo es demostrar que Recaséns Siches debe ser considerado justamente precursor de las vigentes teorías de la argumentación jurídica. Para ello hemos tenido que hacer un recorrido desde los inicios de la carrera académica de Recaséns hasta la elaboración de su teoría de la interpretación jurídica.

Finalmente, con este trabajo he tratado de contribuir modestamente a la historia del pensamiento jurídico español y al reconocimiento del insigne profesor Luis Recaséns Siches, gran jurista y filósofo, hombre de una enorme calidad humana y profundo humanista, reconocido liberal en el sentido más hondo de la palabra y figura preclara como pocas en la historia moderna de la Filosofía jurídica española. Recaséns dedicó su vida íntegramente al estudio de la Filosofía del Derecho y fue un defensor a ultranza de la dignidad del hombre y de sus derechos más básicos. Contribuyó con su brillante y extensa obra, dotada de una visión lúcida y aguda como la mejor, a una comprensión del sentido del Derecho como una obra humana hecha por y para el hombre, alejada de la concepción propia del formalismo jurídico.

No me gustaría terminar esta breve introducción sin hacer énfasis en que hoy en día la obra de Luis Recaséns Siches sigue tan fresca y viva como siempre, cobrando especial y necesaria relevancia en esta época de culto a la técnica y de progresiva masificación de la vida del hombre.

1. El proyecto de superación del kelsenismo

1.1. Recaséns Siches y la Filosofía del Derecho española

Luis Recaséns Siches llevó a cabo la introducción sistemática en España de los principales postulados neokantianos y kelsenianos en Filosofía del Derecho. En esta importación Recaséns Siches fue consciente desde el principio de las insuficiencias de la teoría kelseniana y de la consiguiente necesidad de complementarla y superarla. Esto, como veremos en este trabajo, tuvo consecuencias de largo alcance.

Hablar de la renovación por la que pasó la Filosofía del Derecho española durante el primer tercio del siglo XX implica partir del krausismo español. Las ideas krausistas entraron en España como un vendaval renovador que se condensó hacia finales del siglo XIX en la Institución Libre de Enseñanza. Los institucionistas pretendían modernizar la ciencia española, para lo que era necesario poner en contacto a los intelectuales españoles con las corrientes del pensamiento europeo. Se creó así la Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, que ofreció becas y pensionados a los jóvenes que quisieran estudiar fuera de nuestras fronteras.

Fueron muchos los jóvenes iusfilósofos españoles (incluso un tanto por ciento muy significativo respecto al de los juristas en general) a los que se les permitió, bajo el cobijo de la Junta para la Ampliación de Estudios, conocer la Filosofía del Derecho europea contemporánea¹. La idea era continuar la obra de Giner de los Ríos, facilitar la importación de nuevas doctrinas jurídicas y proceder a su cultivo en un suelo español que por aquel entonces era monopolio de los neoescolásticos. Como señala Benjamín Rivaya, la labor desempeñada por la Junta para la Ampliación de Estudios fue crucial en el desarrollo de la filosofía jurídica española”².

Uno de los jóvenes que salió de España en busca de las ideas iusfilosóficas europeas fue Luis Recaséns Siches. Tras licenciarse en Derecho y en Filosofía y Letras (Sección de Filosofía) por la Universidad de Barcelona en 1924, y obtener ambos

¹ A título de ejemplo: Luño Peña, Luna García, Legaz y Lacambra, Blas Sobrino, Wenceslao Roces, González Vicén, Corts Grau, Rivera Pastor, García-Pelayo o Medina Echevarría.

² Benjamín Rivaya, *Una Historia de la Filosofía del Derecho Española del siglo XX*, Iustel, Madrid 2010, p.43.

doctorados en Madrid en 1925, le fue concedida una beca de la Universidad de Barcelona para estudiar en Italia por tres meses.

Durante su estancia en Roma Recaséns estuvo bajo tutela directa del profesor Giorgio Del Vecchio, a quien Recaséns reconocería más tarde como una de las mayores influencias en su pensamiento jurídico, y como el iusnaturalista latino más importante de Europa, cuya obra traduciría al castellano. Con Del Vecchio cultivaría a la postre Recaséns una gran amistad³.

Tras su estancia en Italia, Recaséns partió becado, esta vez por la Junta de Ampliación de Estudios, a Alemania, donde tuvo como maestro a Rudolf Stammler, el gran exponente del criticismo formalista propio de la Escuela de Marburgo. El joven Recaséns tuvo contacto en Alemania con lo más granado del pensamiento iusfilosófico del momento. No solamente estudió el pensamiento de Stammler, sino también el de Heller y Smend y, más tarde, la filosofía jurídica de los valores y de la cultura a través de los escritos de sus más importantes representantes: Lask, Radbruch y Münch. Asimismo, fue durante esta primera estancia cuando entabló Recaséns las primeras relaciones con lo que él denominaba la “fenomenología aplicada al Derecho”, primero con la obra de Kaufmann y Schreier, y más adelante, con la de Reinach.

Tras su paso por Alemania, Recaséns estudió *in situ* la filosofía jurídica que se desarrollaba en Austria, pese a la oposición inicial de Stammler y Heller⁴. Durante medio año estuvo bajo la tutela directa de Hans Kelsen, cerebro director y fundador de la Escuela de Viena. Allí entró en contacto con la doctrina formalista y positivista que pretendía conseguir una teoría del derecho positivo limitada estrictamente a su objeto, prescindiendo de todo aquello que no fuera parte del mismo y excluyendo de su preocupación todo planteamiento metajurídico.

A su regreso a España a finales de 1927, Recaséns decidió difundir en el país todo lo que había aprendido y hacer que se empezara a trabajar según las líneas de sus maestros germánicos. Es lo que Rivaya ha denominado *el proyecto Recaséns*⁵. En aquel entonces las teorías kelsenianas eran prácticamente desconocidas en nuestro país, y Recaséns puso mucho interés en que dejaran de serlo. Fue él quien impulsó y orientó

³ Prólogo a primera edición española de la *Filosofía del Derecho* de G. Del Vecchio, Edit. Bosch, t. I, Barcelona 1929, p. XIII.

⁴ Es famosa la anécdota que contaba Recaséns que cuando manifestó a sus maestros berlineses la intención de completar sus estudios en Viena, Stammler se mostró desconforme con las siguientes palabras: “No me diga usted que tiene la intención de ir a aprender algo útil de un austríaco”. Apud. De Castro Cid, *La Filosofía Jurídica de Luis Recaséns Siches*, Universidad de Salamanca, 1974, p.22.

⁵ Benjamín Rivaya, *Una Historia de la Filosofía del Derecho Española del siglo XX*, cit., pp.78 y ss.

hacia Viena al joven Legaz y Lacambra, quien a su vez llegaría a convertirse en el mayor especialista en España del kelsenismo, tal y como ha señalado el profesor L. García Arias⁶. El mismo Legaz reconoció la empresa pionera llevada a cabo por Recaséns en cuanto al conocimiento e introducción del kelsenismo en España⁷. También se ha referido a la trascendencia que tuvo la estancia de Recaséns en Viena para la filosofía jurídica española el profesor Gil Cremades⁸.

Ahora bien, el estudio de la filosofía jurídica que Recaséns realizó en Viena no se ciñó a la vertiente formalista positivista de Kelsen y Merkl, sino que también, y con mayor vigor, atendió al intento de su superación iniciado mediante la aplicación de la metodología fenomenológica por Kaufmann y Schreier. Aunque sea adelantarme en mi exposición, es importante señalar en este punto que Recaséns comprendió enseguida la necesidad de superar los postulados kelsenianos, a los que desde el primer momento acompañó con un discurso crítico que se desmarcaba de los planteamientos iusfilosóficos idealistas y formalistas.

1.2. El proyecto Recaséns

Recaséns regresó a España en noviembre de 1927 para ganar, tras decisión unánime del tribunal, la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. A su llegada a España, Recaséns emprende la empresa de renovar la labor académica iusfilosófica española mediante la introducción sistemática del neokantismo y sus derivados. Para ello publicará, entre 1927 y 1934, una serie de obras dirigidas a exponer la Filosofía jurídica europea vigente fuera de nuestras fronteras, con el propósito declarado de mostrar una lúcida visión de conjunto⁹. La intención de

⁶ “El profesor Legaz y Lacambra ha sido quien más difundió por el mundo de habla española –tras la introducción por Recaséns- la obra de Kelsen...”, García Arias, “Perfil humano, Universitario y Científico del Profesor Legaz y Lacambra”, en AADD: *Estudios Jurídico-Sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, I, Santiago de Compostela 1960, p. 22.

⁷ “Luis Recaséns Siches, a quien debo la idea de ir a Viena y que me dio la carta de presentación para el maestro había traducido y prologado, en 1927, el *Compendio Esquemático de una teoría General del Estado*”, Legaz y Lacambra, en “La influencia de Kelsen sobre el Pensamiento Jurídico Español”: *Essays in Honor of Hans Kelsen*, The Univ. Of Tennessee Press, Knoxville 1964, p. 172.

⁸ “La aparición de Recaséns Siches supone, por una parte, el inicio del conocimiento de Kelsen, esto es, de la suprema teoretización del positivismo...”: *Estudio Preliminar* a la edición española de *La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia jurídica actuales* de K. Engisch, trad. De Gil Cremades, Edic. Universidad de Navarra, Pamplona 1968, p. 19.

⁹ Recaséns Siches, *Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico (La Filosofía del Derecho en el siglo XX)*, Edit. Labor, Barcelona 1929.; *Los Temas de la Filosofía del Derecho en perspectiva histórica y visión de futuro*, Edit. Bosch, Barcelona 1934.

Recaséns era la de mostrar a la Filosofía del Derecho española la dirección a seguir, y embarcarla en un proyecto de regeneración basado en el conocimiento e introducción de la mejor iusfilosofía europea.

Hay que recordar que, a principios del siglo XX, y tras la muerte de Giner de los Ríos, todas las cátedras de Filosofía del Derecho y de Derecho Natural estaban ocupadas por neoescolásticos, quienes representaban una enseñanza iusfilosófica oficial de carácter rigurosamente tomista y de apariencia marmórea, que no aportaba ninguna novedad, ya que meramente se dedicaba a la reproducción de la doctrina, sin ninguna pretensión de actualizarla.

Recaséns partía de la agenda neokantiana de principios de siglo XX. Como él mismo la resumía, uno de los mayores objetivos de la Filosofía del Derecho contemporánea era responder a la cuestión del tipo de ser que entraña el Derecho, es decir, descifrar la determinación ontológica del Derecho. En segundo lugar estaba la cuestión de esclarecer la consistencia de la modalidad de validez del Derecho y, por último, la justificación del contenido del Derecho, esto es, lo que él denominaba la estimativa o valoración jurídica.

Recaséns insistía en que parte fundamental de la labor de la Filosofía del Derecho era la determinación de la noción universal del Derecho y de los conceptos jurídicos fundamentales, tarea ineludible de cualquier conocimiento jurídico y misión declarada de urgencia por cuanto que las ciencias jurídicas particulares se encontraban limitadas intrínsecamente para poder llegar a buen puerto en la resolución de este problema. Estas ciencias (las de la dogmática) se veían incapaces de tratar el concepto del Derecho y los conceptos jurídicos fundamentales que forman su esqueleto, por darlos por supuesto para el estudio de sus respectivos campos del saber jurídico. La exigencia se debía a que las ciencias jurídicas particulares (sin dar solución a esta cuestión) manejaban definiciones del concepto de Derecho y de los conceptos jurídicos fundamentales con total libertad y sin ninguna concordancia ni unidad entre ellos, lo que comportaba una gran confusión doctrinal.

A finales del siglo XIX los iusfilósofos positivistas habían tratado de sentar una base de conceptos jurídicos fundamentales, aunque sin lograr su propósito por no caer en la cuenta de que el concepto universal del Derecho (es decir, un concepto de Derecho que pudiera definir el fenómeno jurídico absolutamente, esto es, válido para cualquier lugar y tiempo), al igual que el resto de las nociones jurídicas fundamentales, es previo a toda experiencia, es decir, pertenece al territorio de lo *a priori*. Esto no obsta para

afirmar que acertaron al sostener que los conceptos jurídicos fundamentales tienen que ser de índole formal.

Era aquí donde estaban Stammler y Del Vecchio. Stammler, máximo exponente de aquella iusfilosofía neokantiana, recogida tras las murallas de la Escuela de Marburgo¹⁰, afirmaba tajantemente que el concepto del Derecho es un *a priori*, y por tanto, universal y necesario. Esto supone una respuesta al problema ontológico del Derecho de carácter puramente kantiano que distingue nítidamente entre una multitud de datos sensibles de conocimiento *a posteriori* y una forma que es actividad intelectual unificadora y ordenadora de conceptos universales y necesarios y *a priori*. De aquí que Stammler aislara la ciencia jurídica de todo contenido material o *a posteriori*, elementos cuyo análisis es propio de la Sociología, la Psicología o la Teleología, pero no de la ciencia jurídica en sí.

Por tanto, el estado en que Stammler dejó la Teoría fundamental del Derecho es el de una ciencia del conocimiento vacía de contenido, sólo formada por conceptos universales y necesarios, es decir, elementos formales independientes de la experiencia.

La importancia reconocida por Recaséns a la labor de Stammler es la misma que se reconoce a la Escuela de Marburgo bajo la dirección de Cohen y Natorp: la de superar las doctrinas positivistas y recuperar el sentido, perdido durante el siglo XIX, del problema filosófico genuino.

Recaséns insiste en subrayar como contribuciones de Stammler y Del Vecchio el ayudar a la superación del positivismo jurídico decimonónico, proponiendo la aceptación del punto de vista del apriorismo formalista¹¹. También resalta Recaséns el mérito de Stammler de haber puesto de manifiesto la urgencia de desarrollar una teoría formal del Derecho capaz de adquirir dimensiones de universalidad y necesidad. Ahora bien, no se olvida Recaséns de señalar que es opinión compartida por la academia iusfilosófica que, si bien Stammler logró dar una pulquísima definición de la noción universal del Derecho, fracasó en la elaboración de los conceptos fundamentales, por entregarse demasiado religiosamente al método formalista neokantiano¹².

¹⁰ Así describe Ortega y Gasset el ambiente cuartelario que se respiraba en la ciudad alemana: “Marburgo era el burgo del neokantismo. Se vivía dentro de la filosofía neokantiana como en una ciudadela sitiada, en perpetuo: ¡Quién vive! Todo en torno era sentido como enemigo mortal: los positivistas y los psicologistas, Fichte, Schelling, Hegel. Se les consideraba tan hostiles que no se les leía. En Marburgo se leía sólo a Kant y, previamente traducido al kantismo, a Platón, a Descartes, a Leibniz”. Ortega y Gasset, *El tema de nuestro tiempo: Prólogo para alemanes*, Edit. Tecnos, 2002. p. 219.

¹¹ Recaséns Siches, *Direcciones Contemporáneas...*, cit. p. 25 y 39.

¹² *Ibid.*, p. 43.

Algo parecido piensa Recaséns que le sucede a Kelsen. Recaséns es consciente de que la *Teoría pura del Derecho* aparecía como una superación de las tesis stammlerianas que, aunque mantuviera la raíz neokantiana, daba un nuevo impulso a la resolución del problema ontológico del Derecho. Como punto inicial y base de su iusfilosofía propone Kelsen el dar respuesta a este problema aplicando con más rigor el imperativo de *pureza metódica*, en cuya base se halla la radical oposición kantiana entre *ser* y del *deber ser*.

Pero Recaséns advierte desde el principio que la *Teoría pura del Derecho* tiene problemas de fundamento, en tanto que bebe demasiado de las fuentes del neokantismo, exentas por aquel entonces, según él, de toda vigencia¹³. Esta creencia en la necesidad de superar el neokantismo, que toma prestada de Ortega, es algo que Recaséns da siempre por supuesto.

Es cierto que Kelsen es rigurosamente neokantiano en la suposición de que existe un mundo real de los hechos, sometido a las leyes de la naturaleza, esto es, a las leyes de la causalidad, y descrito por las ciencias del *ser*, la Física, la Psicología y la Sociología y que se encuentra en radical oposición al mundo del *deber ser*, en donde se sitúa el Derecho. En consecuencia, Kelsen cree que, a fin de comprender absolutamente la ciencia de lo jurídico, en tanto que perteneciente al mundo del *deber ser*, es necesario mantenerla ajena a todo contacto con el mundo del *ser*, de los hechos, depurarla de todo conocimiento de carácter sociológico y psicológico, el cual no puede ser sino un obstáculo para la verdadera determinación ontológica del Derecho. Dentro de los elementos impertinentes para la aplicación del método puro, Kelsen añade la Teleología, la cual estudia la norma como medio para un fin ideal, situándola como parte de la cadena causal fáctica, es decir, en el mundo del *ser*.

En este punto de la exposición llegamos al tema más típicamente neokantiano de Kelsen: la concepción de la ciencia jurídica como algo que crea el objeto de su saber: el Derecho y el Estado¹⁴; que lo crea de modo idéntico a como la ciencia natural determina el ser natural. Esto supone una trasposición del método trascendental kantiano a la ciencia jurídica que, para Recaséns, señala el punto más flaco de la teoría neokantiana y

¹³ De su relación con el neokantismo el profesor De Castro recoge unas palabras que dirá Recaséns años más tarde: “Aprendí mucho de mis maestros, pero desde el primer momento me di cuenta de que el neokantismo a pesar de sus formidables contribuciones a la Filosofía del Derecho del siglo XX, representaba una dirección ya pasada, que urgentemente debería ser superada”. De Castro Cid, *La Filosofía Jurídica de Luis Recaséns Siches*, cit. p.22.

¹⁴ Para Kelsen resultan conceptos idénticos. Según Kelsen Estado y Derecho son una misma cosa, conceptos plenamente iguales que designan el mismo objeto. Cif. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979, p.217.

kelseniana y hacia el que dirigirá sus mayores críticas. Es lo que veremos a continuación.

1.3. Kelsen y Recaséns Siches

El método trascendental kantiano consistía en suponer que las condiciones de nuestro conocimiento son al mismo tiempo las condiciones de su objeto, es decir, que el segundo es creado o determinado por el primero. El método kelseniano es análogo al método trascendental kantiano: consiste en encontrar las condiciones de la posibilidad del Derecho, las cuales son, a la vez, las condiciones de su conocimiento científico, es decir, la condición de posibilidad de la Dogmática jurídica. Así como para Kant el sujeto (la forma del conocimiento) produce o determina el objeto, para Kelsen el conocimiento normativo produce o determina el Derecho o Estado; y así, Estado o Derecho (una y la misma cosa), aparecen como producto de la construcción jurídica, como resultado del método jurídico.

Recaséns sostiene sin embargo que, en la búsqueda de la esencia del Derecho y de los conceptos jurídicos fundamentales que le acompañan, no hay que considerar éstos como formas de nuestra mente que, proyectadas sobre materiales informes, constituyen o producen el *objeto jurídico*, sino como *esencias objetivas*, como objetos ideales con estructura y consistencia en sí mismos, como la esencia de lo jurídico y de sus modalidades que se da presente en todos sus casos. Es este supuesto, proveniente de la Fenomenología, el que se encarga siempre en enfatizar, lo que le separa de autores como Kelsen o Stammler.

Esto se debe a que el estudio que Recaséns llevó a cabo en Viena no estuvo meramente ceñido a la vertiente del formalismo positivista de Kelsen y Merkl, sino además, y con mayor vigor, se extendió al intento de superación de los postulados kelsenianos que iniciaron Felix Kaufmann y Fritz Schreier mediante la aplicación del método fenomenológico. Fueron Kaufmann y Schreier de hecho los que condujeron al joven Recaséns del neokantismo y normativismo a la fenomenología.

Lo que pretendían estos autores, que aunque discípulos de Kelsen también eran estudiosos de Husserl, era conservar los resultados de la teoría jurídica de Kelsen, mas despojándolos de su fundamentación neokantiana y fundiéndolos en la Lógica husserliana, reelaborando en consecuencia la teoría pura mediante el método fenomenológico. Recaséns se siente totalmente identificado con su labor, diciendo en

1929 que “al menester de elaborar una teoría fundamental del Derecho sobre las nuevas bases reseñadas estamos dedicados algunos estudiosos de la Filosofía del Derecho. Es de justicia destacar que la prioridad en el intento correspondió a Kaufmann y Schreier, aun cuando reconozcamos que conviene rectificar alguna de sus orientaciones y cobrar pleno acceso a un plano de cuestiones apenas indicado en sus obras, al plano de la determinación ontológica del Derecho, en el cual estimo que la misma Fenomenología ha de quedar superada”¹⁵. Recaséns quería hacer una filosofía jurídica fenomenológica. Para él la fenomenología era “una corriente empírica y positivista, la que sostenía como método exclusivamente válido el de la observación y experimentación, y afirmaba que sólo el conocimiento de los fenómenos a través de la experiencia, podía constituir disciplina científica”¹⁶.

Según Recaséns la filosofía fenomenológica descubre que hay una clase de objetos que nuestra conciencia encuentra fuera de sí: números, leyes matemáticas, principios lógicos, categorías, etc., es decir, *objetividades ideales*. Tales objetividades no están situadas en el espacio-tiempo y, sin embargo, son algo, algo irreal, pero de consistencia objetiva, como el Derecho, y dotados de una existencia ideal, de un ser ideal al que puede acceder la conciencia. Recaséns reconoce a Husserl el haber mostrado que estos fenómenos presuponen una esencia; y las esencias se presentan como objetos ideales porque son *a priori* y, de ninguna, manera derivan de la experiencia.

La fenomenología, señala Recaséns, ha ampliado el mundo de lo *a priori* que había establecido el idealismo trascendental kantiano. Para el filósofo neokantiano lo *a priori* era un sistema de unas cuantas categorías concebidas como funciones subjetivas y como formas vacías; en cambio para el fenomenólogo lo *a priori* es también un sistema, aunque limitado, objetivo y también de esencias, de esencias formales y de esencias materiales. Las esencias del fenomenólogo no son formas subjetivas, no son funciones trascendentales de la mente, como las categorías del filósofo kantiano. Son objetivas, son objetos trascendentes a los actos del sujeto.

Recaséns cree por lo tanto, que el campo de lo *a priori* se presenta verdaderamente mucho más rico y con un sentido muy diverso del que le atribuyeron los neokantianos, y que el carácter formal no tiene una significación absoluta, sino solamente relativa. Para los problemas que tiene planteado el Derecho, para la

¹⁵ Recaséns Siches, *Los Temas de la Filosofía del Derecho...*, cit. p. 55.

¹⁶ Recaséns Siches, *Direcciones Contemporáneas...*, cit. p. 212.

determinación del concepto de Derecho, la validez, la estimativa jurídica, esta afirmación resulta fundamental. Es necesario atender a la realidad social y a los fines de las relaciones humanas para poder dar respuesta a la cuestión ontológica sobre el Derecho.

Recaséns reconoce en el pensamiento de Kelsen dos grandes méritos. De la *Teoría pura del Derecho* dirá que ha contribuido enormemente al estudio de la noción universal de lo jurídico, proyectando una clara luz a la oscuridad en que estaban sumido. Recaséns considerará la obra de Kelsen como la de mayor importancia para llevar a cabo la comprensión del concepto de Derecho y de las nociones jurídicas fundamentales¹⁷. Pero considera que, excesivamente neokantiana, ha de ser superada por la Fenomenología.

Detrás de todo esto es fácil reconocer la influencia de Ortega. La paradoja en el aprendizaje de Recaséns es que, tras recibir tres becas para estudiar con la elite del pensamiento europeo de aquél entonces, encontraría a su mayor influencia iusfilosófica precisamente en nuestro país, ni más ni menos que en la figura de José Ortega y Gasset. Y como el Ortega de los años veinte consideraba superado el neokantismo, no duda de esto el fiel discípulo Recaséns. Ortega había estudiado en Marburgo con Cohen, pero su amarburgamiento fue mucho menos patente que el de Recaséns, pues tal y como dejó escrito, en el propio Marburgo se dio cuenta que ya no era neokantiano¹⁸.

La figura del madrileño fue la influencia más profunda en Recaséns, hasta el punto de afirmar Legaz y Lacambra que “la dependencia de Recaséns Siches es mayor del pensamiento de Ortega que la de cualquier otra corriente doctrinal”¹⁹. La relación entre Recaséns y Ortega fue, de hecho, más allá de lo estrictamente académico. El primero fue del segundo un discípulo ferviente y un amigo íntimo²⁰. Se llegará a decir incluso que algunas de las teorías de Recaséns no eran más que la transposición del raciovitalismo orteguiano a la Filosofía del Derecho.

Por esta razón la introducción de la Filosofía del Derecho europea que propició Recaséns no fue meramente la del neokantismo, ni siquiera la de un neokantismo depurado y kelseniano, sino también la de la filosofía de los valores, de la sociología y de la fenomenología, todo ello con un propósito abiertamente innovador.

¹⁷ Legaz y Lacambra, *Kelsen, Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*. Edit. Bosch, Barcelona 1933, p. 10 del *Prólogo* de Recaséns Siches.

¹⁸ Ortega y Gasset, *El tema de nuestro tiempo: Prólogo para alemanes*, cit. p. 228.

¹⁹ González Díaz-Llanos, “Don Luis Recaséns Siches”, en *AFD*, T. XIII, 1968, p.346.

²⁰ *Ibid.*, p.346.

Este es el sentido último del *proyecto Recaséns*, bajo cuya influencia cabe destacar a Legaz y Lacambra, Medina Echevarría, Salvador Lissarrague o Gómez Arboleya. Lamentablemente, no llegaría muy lejos este proyecto. El estallido de la Guerra Civil, que comportó el exilio del propio Recaséns, acabó hiriendo de muerte todo el plan de superación fenomenológica del kelsenismo.

No obstante, las críticas al neokantismo que contenía el *proyecto Recaséns* fueron incorporadas en trabajos posteriores de Recaséns, así como de otros como por ejemplo el profesor Legaz y Lacambra²¹. Eso hizo pervivir en España de alguna forma la parte del proyecto que se refería a la importación de Kelsen, conservando de este modo el proyecto algo de su impulso inicial. Legaz se convirtió de hecho, a partir de los años cuarenta, en el polarizador tanto del kelsenismo como del antikelsenismo en España, sin óbice que su proyecto estaba muy alejado del de Recaséns²².

²¹ Dirá Legaz que su posición se hallaba en una “línea semejante” a la de Recaséns. Legaz y Lacambra, *La influencia de Kelsen...*, cit., p. 173.

²² Benjamín Rivaya, *Una Historia de la Filosofía...*, cit., p.94.

2. La filosofía de la interpretación jurídica de Recaséns Siches

2.1. La obra de Recaséns tras la Guerra Civil

Cuando se desencadenó de la Guerra Civil Recaséns fue enviado a París por el Gobierno de la República como miembro de una comisión para explicar a su homólogo francés “el problema español” y poder recabar apoyos para ayudar a la causa republicana. Junto con Recaséns Siches, formaron parte de esa comisión Dolores Ibárruri, José Salmerón, Wenceslao Roces, Antonio Lara y Marcelino Domingo.

En el momento en que Recaséns cruzó la frontera hispano-francesa estaba convencido de dos cosas: la primera era que la delegación no iba a cumplir con la misión encomendada; la otra que no regresaría a España pasara lo que pasara con el futuro de su país, pues estaba seguro que el clima que se impondría en España no le permitiría proseguir con su labor académica; por ello salió del país junto a su madre rumbo al exilio.

En octubre de 1936 Recaséns se encontraba malviviendo en París, según sus palabras, subsistiendo con dinero que le enviaba su editor de Barcelona, Bosch, y con alguna otra protección ajena. No estaría mucho tiempo en París, ya que pronto recibiría varias propuestas provenientes de universidades extranjeras como las de Buenos Aires, La Plata, Montevideo y México, sin duda atraídas por su brillantez académica y conscientes de la oportunidad de captar a una figura de gran relevancia académica.

Recaséns se decantó por la oferta mexicana por carecer de límite temporal de residencia. Así, en junio de 1937, Recaséns Siches llegó a México para incorporarse a la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) en calidad de Profesor Titular de Filosofía del Derecho.

Años más tarde, en 1949 el Secretario General de la ONU le ofreció un contrato como alto funcionario para trabajar en las Naciones Unidas en las divisiones de Derechos Humanos y Bienestar Social. Recaséns aceptó la oferta y marchó a Nueva York, en donde permaneció hasta 1954, año en que se reincorporó, ya de forma ininterrumpida, a la UNAM.

Durante su primera estancia en México, Recaséns dedicó atención preferente a los temas de la sociología, una afición que sin duda ya le venía de Ortega. Al tema de la

sociología no le había prestado atención durante su etapa académica en España, por haberse dedicado a las tareas nada objetables de renovación de la Filosofía jurídica española y de prestar servicio al Gobierno de la República ocupando diversos cargos²³.

Sin duda la obra de Recaséns recibió grandes influencias durante su estancia en EEUU. Allí entró en contacto con las direcciones principales del pensamiento jurídico norteamericano: la jurisprudencia sociológica y el realismo jurídico. A partir de entonces su filosofía adquirió las orientaciones sociológicas y realistas, que teñirían todas sus obras posteriores.

El propio Recaséns dijo al ser preguntado en una entrevista sobre los efectos que en él tuvo el pensamiento jurídico norteamericano, que “este produjo sobre mí un enorme impacto, sobre todo en mis estudios de lógica material del Derecho, de la interpretación, del logos de lo razonable, de la función creadora del órgano jurisdiccional, etc”. En la misma entrevista se encargó de señalar que él de ningún modo se limitó a transcribir lo aprendido en los Estados Unidos, sino que le sirvió para estimular ideas que ya había apuntado en sus publicaciones de los años 1935 y 1936²⁴.

A su regreso a la UNAM en 1954, Recaséns se dedicó de lleno a la Filosofía de la Interpretación del Derecho. Llevó a cabo una serie de publicaciones en las que plasmó los estudios llevados a cabo en su primera etapa mexicana y sobre todo, en su paso por América, y en las que dejará patentes todas sus influencias.

La época de la dedicación a la Filosofía de la Interpretación del Derecho es considerada su época de mayor madurez académica, ya que será cuando verán la luz sus mayores obras. En 1956 publicó *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, libro con el que se inició esta etapa. También dio por completado su sistema de Filosofía jurídica con la publicación en 1959 de su *Tratado general de Filosofía del Derecho*, que dividió en tres partes: La Teoría fundamental del Derecho y la Estimativa jurídica, como las dos primeras, que cerró con la inclusión como tercera parte fundamental su Filosofía de la Interpretación del Derecho, dándole en consecuencia una relevancia notable como tercera pata del trípode de su sistema jurídico.

La Filosofía de la Interpretación surgió en la obra de Recaséns Siches para dar respuesta a una serie de problemas o necesidades que planteaba la práctica jurídica y el

²³ Durante la Segunda República Recaséns Siches fue nombrado Director General de la Administración Local, Diputado de las Cortes y Subsecretario de Industria y Comercio.

²⁴ Dice Recaséns que “la Filosofía del Derecho tendrá que atender a los procesos vitales en los cuales son creados esos productor jurídicos (*refiriéndose a las normas jurídicas*), y en los cuales es realizada su significación, tarea en la cual será solidaria la Sociología”. Recaséns Siches, *Los Temas de la Filosofía del Derecho*, cit., p. 113.

proceso legislativo. Recaséns nos da algunos ejemplos de estos problemas: hallar cuál es la norma válida aplicable a un caso concreto; convertir los términos generales de una ley o reglamento en una norma singular o individualizada, esto es, en sentencia o resolución administrativa que cumpla el propósito que inspiró la regla general; saber cuál es el criterio o método que debe ser elegido por el juez para un caso concreto; y saber cómo ha de actuar el juez cuando la aplicación de una norma llevaría a un resultado notoriamente injusto.

Recaséns puso especial énfasis en este último problema y alertó del rápido crecimiento de casos, que calificaba de dramáticos, en los que los jueces se veían abocados a aplicar una norma positiva, vigente y aparentemente adecuada para el supuesto concreto que en caso de ser aplicada generaría resultados injustos. En estos casos, Recaséns entendió que el problema residía en que a los jueces les faltaba una justificación teórica que evitara esa aplicación con consecuencias injustas por lo que en consecuencia considera necesario suministrar esas razones.

Recaséns creía, por lo tanto, que la Filosofía del Derecho debía dedicarse al menester de suministrar aclaraciones y ofrecer criterios que sirvieran de orientaciones básicas, lo que permitiría la consiguiente depuración de la función jurisdiccional²⁵. Para ello elaboró una filosofía en contacto con la vida real, con las necesidades de la vida social y jurídica, y que tuviera aplicaciones a las situaciones reales del presente. Así lo dice en su *Tratado general del Derecho*, al que le otorga la función propia de un puente tendido que uniera entre sí las especulaciones puramente teóricas y las necesidades de la vida en nuestro tiempo²⁶.

Recaséns está convencido de que todos estos problemas a los que se tiene que enfrentar el jurista en general y el juez en particular pueden zanjarse mediante su método de interpretación. A ello dedica su libro *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*²⁷, que como hemos visto es su primera obra dedicada a la filosofía de la interpretación jurídica.

²⁵ Recaséns Siches, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, 12ª edición, México, 1997, p. 16-17.

²⁶ *Ibid.* p. XVIII

²⁷ “Lo nuevo que pretendo aportar en este libro es una aclaración sobre los problemas que han brotado en el ámbito de la interpretación y aplicación del Derecho, aclaración que permite encontrar la vía correcta para el tratamiento y la solución de tales problemas. Creo haber hallado el punto de vista que permite descubrir cuál es el verdadero meollo de esas cuestiones, y que permitirá una depuración y un ajuste de la función jurisdiccional”, Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Dianoia Fondo de cultura económica, México, 1956.

Pero la filosofía de Recaséns no se quedó en una simple aclaración sobre los problemas que ofrece la interpretación judicial del Derecho, pues con la publicación de *Experiencia jurídica, Naturaleza de la cosa y Logos de lo razonable* en 1971, esbozó un ambicioso plan que elaboraba toda una teoría crítica de la lógica de lo razonable²⁸.

La filosofía de la interpretación jurídica de Recaséns Siches contiene dos grandes puntos: uno constructivo o afirmativo y otro destructivo o negativo. Recaséns quiere, en primer lugar, destruir la concepción mecánica de la función judicial que entiende la sentencia como un silogismo. En segundo lugar, quiere afirmar una teoría de la interpretación jurídica cuyo pilar fundamental será el logos de lo razonable.

Lo que me propongo a continuación es sintetizar los contenidos de la filosofía de la interpretación del Derecho de Recaséns Siches, analizando los tres puntos que me parecen más importantes y a los que Recaséns dedica más atención: la Teoría de la función jurisdiccional, dedicada a una correcta comprensión de cuál es la índole de la función jurisdiccional; las críticas contra el empleo de la lógica formal en la interpretación del Derecho, que pondrá de manifiesto que la lógica material del Derecho, es decir, la lógica de los contenidos de las disposiciones jurídicas, es una lógica diferente de la lógica tradicional, a la que llamaré el logos de lo humano o lógica de lo *razonable*, y que se opondrá a la lógica de lo *racional* de tipo matemático; y por último, el análisis del logos de lo razonable como la gran aportación de Recaséns Siches y el genuino pilar de su filosofía de la interpretación del Derecho.

2.2. La teoría de la función jurisdiccional

Creo necesario detenerme a examinar la teoría de la función judicial de Recaséns Siches para poder entender mejor su teoría de la interpretación jurídica. Para comprenderlo mejor he sistematizado su teoría en los siguientes puntos: (2.2.1.) la función jurisdiccional es siempre creadora, (2.2.2.) la función jurisdiccional supone un juicio axiológico, que a su vez lo he desgajado en los siguientes puntos: (2.2.2.1.) los juicios de valor contenidos en el ordenamiento jurídico y (2.2.2.2.) los juicios de valor

²⁸ “En suma, lo que propongo es lo siguiente: esforzarse en plantear una nueva “crítica de la razón”, pero esta vez ni de la “razón pura teórica”, ni de la “razón pura práctica”, sino de la “razón de los asuntos humanos”, de la “razón deliberante o argumentativa”, o, como prefiero yo llamarla, de la “razón de lo razonable”, “Partiendo de tal factum, yo quería sugerir el programa para una investigación sobre el logos de lo humano, en los siguientes términos: escribir “la crítica de la razón de lo humano”, esto es, la crítica del logos de lo razonable”. Recaséns Siches, *Experiencia jurídica, Naturaleza de la cosa y Logos de lo razonable*, Dianoia Fondo de cultura económica, UNAM, México, 1971. pp. 334 y 327.

complementarios; por último (2.2.3) la crítica a los criterios tradicionales de interpretación.

2.2.1. La función jurisdiccional es siempre creadora

Primero de todo tenemos que partir de aquellas críticas que han demostrado que la labor del órgano jurisdiccional no es una labor mecánica de subsunción de una norma general al caso concreto, sino por el contrario, que la labor del juez es siempre creadora de Derecho, incluso en aquellos casos en los que el juez dispone de una norma general vigente en el momento de dictar sentencia y que a priori se hace adecuada para la resolución del caso planteado.

Veremos primero la crítica que hace Kelsen a la teoría positivista de la labor jurisdiccional, a la que Recaséns se adhiere y de la que parte para el examen de la esencia creadora de esa labor.

Kelsen no está de acuerdo con la postura que entiende que el Derecho está formado únicamente por reglas generales, entendidas como aquellas que ordenan “generalmente” acciones u omisiones y que, por ende, relega a las sentencias y resoluciones administrativas a simples “mandatos ocasionales o particulares” siguiendo la terminología acuñada por John Austin²⁹. Por el contrario, Kelsen cree que el Derecho no se compone solamente de normas generales, sino también de normas individuales, que son aquellas normas que se caracterizan porque su validez quedará circunscrita al caso particular para el que fueron dictadas y que, por lo tanto, sólo podrán ser obedecidas y aplicadas una vez³⁰. Recaséns parte de esta base para ahondar más en la consistencia de la decisión jurisdiccional y administrativa; así, afirma que la norma individual, tal y como la concibe Kelsen, contiene determinaciones que no están albergadas en la norma general. Por ejemplo, las normas individuales, sentencias y resoluciones administrativas se refieren a conceptos concretos que especifican a quién se dirige, de qué cantidad concreta se trata, qué plazo concreto establece, etc. Mientras que las normas generales usan nociones generales o abstractas.

Fijémonos en que ninguna de esas determinaciones contenidas en las normas individualizadas las hallamos en las normas generales, lo que imposibilita que éstas puedan ser aplicadas directamente. Recaséns afirma, en consecuencia, que las normas

²⁹ J. Austin, *El objeto de la Jurisprudencia*, traducción y estudio preliminar de J. R. de Páramo Argüelles, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 41.

³⁰ H. Kelsen, *Compendio de Teoría general del Estado*, Editorial Nacional, México, 1974, pp.195-196.

generales no son normas completas, y que para que puedan ser aplicadas a unas concretas relaciones sociales, será necesario un paso entre la generalidad de la norma general y la particularidad del caso planteado.

Esta individualización se puede dar en dos casos: el primero será en la interpretación no auténtica, siguiendo la terminología kelseniana³¹. Aquí la singularización de una norma general se llevará a cabo por la interpretación de los sujetos normativos. Esta interpretación podrá ser suficiente cuando la naturaleza del conflicto sea de una simplicidad tal que puedan resolverlo las partes. Pero, cuando las partes no puedan resolver por sí mismas los vínculos entre las normas generales y la particular situación de hecho, tendrán que ser elaborados por el órgano jurisdiccional.

Dicho esto, hay que dejar claro que ninguna norma general podrá ser directamente aplicable a la resolución de un caso concreto. La norma general únicamente aportará las directrices para que el órgano jurisdiccional elabore la norma individualizada o sentencia. Sólo la norma individualizada será susceptible de aplicación directa y estar dotada de ejecutividad, lo que permitirá afirmar que sólo ella realizará en plenitud la esencia formal del Derecho. Por lo tanto, para Recaséns las leyes son vistas como materiales básicos para la posterior elaboración de normas individualizadas susceptibles de ser directamente aplicables.

Ahora bien, si afirmamos que las normas generales nunca son Derecho directamente aplicable, sino que solamente son uno de los ingredientes con los cuales se van a elaborar las normas jurídicas individuales o perfectas, entonces resulta patente que las sentencias contienen otros elementos inexistentes en las normas generales, verbigracia, cantidades, sujetos o plazos concretos no especificados en la norma general, y por tanto de nuevo contenido distinto al de las reglas generales. El encargado de aportar estos otros ingredientes que no figuraban en la norma general, que recordemos que usan nociones generales o abstractas, es el órgano jurisdiccional. De ello se sigue que la función jurisdicción tendrá dimensiones creadoras.

Hasta este punto podríamos resumir el íter que sigue Recaséns en los cuatro puntos siguientes:

En primer lugar que la norma general no es directamente aplicable, pues es sólo uno de los elementos que contiene la sentencia o resolución administrativa; en segundo

³¹ Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, p. 132. He creído conveniente trabajar con esta edición que es la traducción de la primera edición de *Teoría pura del Derecho* del año 1934, por ser la edición que primero conoció Recaséns Siches.

lugar, que la sentencia contiene otros elementos no existentes en la norma general; tercero que esos otros elementos nuevos los aporta el juez; y, por último, que si es un hecho necesario que el juez aporte a la sentencia elementos que no figuraban en la norma general, la función judicial tendrá siempre dimensiones creadoras.

Añade Recaséns que estas dimensiones están sujetas a graduación, por ejemplo, será de menos cuantía en aquellos casos sencillos en los que verbigracia la cualificación jurídica no ofrezca dudas, mas con todo habrá una aportación hecha por el juez: la individualización de la norma general para convertirla en una norma particular de inexorable aplicación. Por lo tanto, la dimensión creadora del juez será de menos cuantía en los casos sencillos, pero la habrá. En cambio la cuantía será mayor en aquellos casos complicados o difíciles en los que la determinación y/o calificación de los hechos jurídicamente relevantes sea difícil.

No me detendré en explicar qué hace que un caso sea calificado de fácil o difícil³². Sea como sea el caso, hay que insistir en que la mayor o menor dificultad del caso implicará solamente una diferencia gradual, pero no esencial en la creación del Derecho.

Recaséns dice que toda la argumentación expuesta hasta ese punto basta para demostrar que la función jurisdiccional tiene siempre en alguna medida, mayor o menor, dimensiones creadoras, aportando algo nuevo que no figuraba en la norma general abstracta. Para demostrarlo, hasta ahora sólo nos hemos movido dentro de campo de la Teoría General del Derecho como tal como la entendió Kelsen, es decir, como una teoría formas jurídicas esenciales, por lo tanto del Derecho.

2.2.2. La función jurisdiccional supone un juicio axiológico

Una vez abordado el tema desde el punto de vista formal, lo que vamos a ver seguidamente es que también desde la estimativa y experiencia jurídica es posible demostrar que la función judicial es siempre creadora. Desde el punto de vista axiológico lo que veremos es que de hecho y necesariamente la función judicial incluye valoraciones, y que la sentencia consiguientemente está impregnada de valoraciones, siendo ella misma también un juicio axiológico.

³² Recaséns lo explica detalladamente en su obra *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, cit., p. 211.

2.2.2.1. Juicios de valor contenidos en el ordenamiento jurídico

Sentado esto, hay que dejar claro que aunque en la función judicial se producen valoraciones, no decimos que esas estimaciones sean las particulares del juez, es decir, hechas según su criterio axiológico personal. Más al contrario, vemos que el juez empleará como pautas axiológicas las contenidas en el ordenamiento jurídico positivo, y que tratará de interpretarlas en relación a las situaciones concretas del caso planteado.

Afirma Recaséns que la labor del juez en el plano axiológico es la de acudir al ordenamiento jurídico positivo y averiguar cuáles son los criterios jerárquicos de valor en los que se inspira para a partir de ahí, resolver el caso sometido a su jurisdicción. ¿Cuándo o para qué acude el juez a esos criterios de valor que inspira el ordenamiento jurídico positivo? Según Recaséns el juez tendrá que acudir a esos criterios estimativos cuando se encuentre con diversas normas jurídicas de igual rango jerárquico pero con contenidos varios o incluso contradictorios que podrán producir consecuencias divergentes cuando se apliquen a la situación controvertida. Añade también que cuando tenga que zanjar contradicciones en la ley o resolver ambigüedades. Y por último cuando se encuentre ante una laguna.

Ahora bien, sólo respecto al caso de las lagunas, es decir, cuando no pueda encontrar en el ordenamiento jurídico positivo criterios axiológicos, entonces tendrá que buscar otra pauta estimativa que no haya sido incorporada al ordenamiento jurídico positivo. Por lo tanto, con la única salvedad de la laguna jurídica, el juez hace un juicio valorativo según los cánones axiológicos que pertenecen al ordenamiento jurídico positivo vigente.

Así pues, Recaséns demuestra que en todo caso la labor del juez será valorativa. Por un lado tenemos al legislador, quien mediante un acto volitivo basado en valoraciones producirá una norma jurídica. A partir de ahí, lo que hará el juez para resolver un caso controvertido será ver, de entre las normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico, cuál de ellas producirá efectos análogos a los que el legislador se propuso en términos generales, o también efectos análogos según los criterios axiológicos que inspiran el ordenamiento jurídico positivo al ser aplicados al caso controvertido.

Nuevamente aquí se puede distinguir entre los casos fáciles y los difíciles. En los fáciles no se plantea ningún problema de difícil tratamiento, mientras que en los

difíciles la problemática reside en que una misma cuestión puede ser enfocada desde diversos puntos de vista; y que el juez al elegir entre varios entrará claramente en un juicio estimativo.

Recaséns toma como punto de partida las doctrinas de Jerome Frank para demostrar que el asunto nuclear de la función judicial no es otro que la elección de las premisas por parte del juez, para lo cual la lógica formal no suministra ningún criterio adecuado.

Recaséns advierte que para elaborar el fallo judicial el juez deberá resolver una serie de cuestiones. La primera se refiere a la elección de la premisa mayor, para lo que previamente habrá tenido que determinar los hechos jurídicos relevantes. Otra será la elección de la premisa menor, es decir, la constatación y calificación jurídica de los hechos relevantes ya determinados. Ahora bien, Recaséns deja claro que estas elecciones de premisas incluyen un juicio estimativo. Por un lado, la constatación de los hechos probados implicará un juicio valorativo sobre la prueba y, por otro, la calificación jurídica de esos hechos también será una operación de estimación de carácter cognoscitivo.

Para la constatación de los hechos probados, el juez tiene que realizar una operación de apreciación sobre las pruebas presentadas. Qué decir cabe que la valoración de la prueba es una operación valorativa, valga la redundancia, ya se trate de la prueba testifical, documental o pericial. En cuanto a la calificación jurídica de los hechos que ya se consideran probados, también supondrá un juicio de valoración.

Por lo tanto hemos visto cómo, en el acto de dictar sentencia, el juez tendrá que realizar una serie de operaciones para las que llevará a cabo un juicio estimativo: primero en el hallazgo de la norma pertinente para resolver el caso; segundo en la constatación de los hechos; y tercero en la calificación jurídica de esos hechos. Ahora bien, es necesario señalar en este punto que esas operaciones no se dan de modo sucesivo o independiente entre ellas. Recaséns apela nuevamente a las teorías realistas jurídico del juez Joseph C. Hutcheson y de Jerome Frank para dejar claro que esas operaciones no son momentos diferentes o sucesivos, sino que son el anverso y el reverso de una misma operación³³.

No se puede determinar primero la norma aplicable a unos hechos si antes no se ha calificado en alguna medida esos hechos desde el punto de vista jurídico. Y

³³ Recaséns Siches, *Nueva Filosofía...*, cit., p. 233.

viceversa, no se puede calificar jurídicamente esos hechos, si al mismo tiempo no hemos divisado lo establecido en una norma jurídica general.

Ahora bien, Recaséns señala que lo importante es darse cuenta de que esas operaciones no se hallan realizadas de antemano en una norma general, sino que constituyen una operación nueva.

Recaséns también recoge del juez Hutcheson los siguientes puntos: primero, que el juez no podrá, en todos los casos, encontrar el fallo justificado por el procedimiento de desenvolver silogismos; segundo que la constatación de los hechos, su calificación jurídica, el hallazgo de la norma verdaderamente aplicable y la decisión o fallo no son momentos sucesivos en un proceso mental, sino que, por el contrario, son aspectos inseparables de un proceso mental unitario, de una sola figura mental; y, por último, que ese proceso mental tiene dimensiones creadoras, porque no puede producirse por vía mecánica de mera lógica deductiva: tiene las dimensiones creadoras de determinar cuál es la norma aplicable, de determinar cuáles son los hechos jurídicamente relevantes, de formular la calificación jurídica de éstos, todo ello a la luz de lo que se intuye como fallo pertinente.

Hay que insistir en que Recaséns señala que estas tres etapas, lejos de ser un silogismo que se descomponga en tres juicios que respectivamente integran sus dos premisas y la conclusión, constituyen, por el contrario, una estructura de unidad total³⁴.

2.2.2.2. Juicios de valor complementarios

Hasta ahora hemos visto que Recaséns se refiere a aquellos casos en los que el juez tiene que realizar juicios de valor inspirados por el ordenamiento jurídico positivo para aplicar una norma jurídica vigente. Ahora bien, puede suceder que el juez no encuentre en el ordenamiento jurídico positivo criterios de valor o que en ellos no encuentre una respuesta unívoca o esclarecedora para todas las cuestiones que suscite el acto de juzgar, verbigracia la determinación de la norma adecuada al caso en cuestión, la ponderación crítica de la prueba o la calificación jurídica de los hechos probados. Para estos casos, y en virtud del principio de “plenitud hermética del ordenamiento jurídico”, el juez tendrá que hacer por su cuenta una serie de valoraciones complementarias. Entremos a analizar ahora esas valoraciones complementarias.

³⁴ Recaséns Siches, *Nueva Filosofía...*, cit., p. 242.

Sucede, como hemos visto, que las valoraciones contenidas en el ordenamiento jurídico no son suficientes. A veces acudiendo a las leyes, reglamentos o al conjunto de normas legislativas no obtenemos suficientes criterios orientadores, o al menos no los suficientes para poder aplicar las normas generales a los supuestos particulares. En estos casos, las valoraciones contenidas de manera explícita en el ordenamiento jurídico o deducidas de este, necesitan complemento con otras valoraciones. Esas valoraciones complementarias pueden ser de dos tipos según Recaséns. Veamos cuáles son.

El primer tipo son aquellas convicciones predominantes en una sociedad. En palabras de Recaséns son la opinión que las gentes tienen de que determinadas conductas son justas, mientras que sus opuestas son injustas; constituyen la opinión predominante sobre lo que se debe hacer en ciertas condiciones o circunstancias, y sobre el sentido y el alcance de determinados fines³⁵.

Ahora bien, en el caso que el juez no halle esas convicciones sociales predominantes, tendrá que acudir a otro criterio complementario: la valoración por sí mismo conforme a los criterios de estimativa jurídica que considere válidos.

No obstante, esto genera el problema de que por muchas que sean las normas, y por muy fértil que sea el suelo en el que estén arraigadas las convicciones, siempre quedarán muchos puntos, numerosísimos, que será necesario concretar en cada caso. La solución que encuentra Recaséns es que para fallar el juez deberá acudir a razonamientos estimativos, que se encuentran contenidos en el ordenamiento jurídico positivo, y también a valoraciones contenidas en convicciones. Pero además de todo esto, deberá acudir también a ideas de valor tal y como las concibe el juez según sus criterios personales.

En síntesis, Recaséns afirma que la estimativa impregna todo el ordenamiento jurídico, y que está formada por las convicciones del juez combinadas con las estimaciones ya contenidas en las normas jurídicas formuladas, y todo esto en el marco de las convicciones sociales. Así pues, según Recaséns, el juez tendrá que desempeñar siempre, en todos los casos, una labor valoradora.

³⁵ Recaséns Siches, *Nueva Filosofía...*, cit., p. 247.

2.2.3. Crítica a los criterios tradicionales

Para terminar con esta exposición de la teoría de la función jurisdiccional de Recaséns Siches, hay que hacer referencia a una serie de críticas dirigidas por él los criterios tradicionales de interpretación del Derecho.

Recaséns empieza enunciando cuáles son los criterios tradicionales para a continuación apuntar que nunca ningún jurista conseguirá decantarse por un método entre todos ellos como el preferible, desechando el resto, a pesar de que muchos lo intentaron apelando a numerosísimas razones³⁶. Otros autores concluyeron que no había un único método, sino que la verdad era compartida por algunos de ellos, y que la elección de un método u otro dependía de ciertas condiciones o circunstancias.

Recaséns nos relata que durante su estancia en Viena en 1929 asistió a una conferencia ofrecida por F. Schreier en la que trataba el tema de los métodos de interpretación. La conclusión a la que llegó Schreier fue que no hay en absoluto ninguna razón justificada para preferir ni en términos generales ni en situaciones singulares un método interpretativo a otros métodos³⁷. Además, sentenciaba Schreier que este era un problema inabarcable por la ciencia jurídica y, por lo tanto, imposible de resolver de modo convincente.

Recaséns aporta también el testimonio del juez Benjamín Cardozo, acudiendo una vez más al realismo norteamericano. Cardozo también se planteó el problema de los métodos de interpretativos que intentó resolver acudiendo a su propia experiencia como juez, y resolvió que unas veces optaba por un criterio y otras veces por otro, pero sin acudir nunca a un mismo método interpretativo.

Para analizar los métodos de interpretación, Recaséns parte de que el juez, como hemos visto más arriba, tiene que tomar en cuenta una serie de hechos y aspectos determinados de las normas jurídicas desde el punto de vista de la estimativa. Es decir, que la sentencia no es una mera descripción de realidades, ni una mera descripción de hechos, sino una verdadera valoración normativa. Recaséns insiste en consecuencia que no nos encontramos en el campo de la descripción de realidades físicas, sino en el de la estimativa jurídica. En consecuencia, el criterio a utilizar por el juez nunca podrá ser el de la lógica tradicional, y por ello las clasificaciones tradicionales de los métodos de

³⁶ *Ibid*, pp. 169-170.

³⁷ *Ibid.*, p. 171.

interpretación han perdido toda utilidad pasando a ser viejos instrumentos oxidados y del todo inadecuados.

Recaséns pone de manifiesto que el suelo que pisan los jueces es un campo con su propio logos. Concluyó por eso su crítica a la utilización de los métodos tradicionales de interpretación proponiendo una manera de superarlos. Esta superación sólo podrá lograrse con éxito, según Recaséns, mediante la adopción como criterio correcto de interpretación del llamado *logos de lo razonable* o *logos de lo humano*, al que nos referiremos más adelante.

2.3. La crítica contra el empleo de la lógica formal en la interpretación del Derecho

Gran parte de la filosofía de la interpretación jurídica de Recaséns Siches está dedicada a la crítica del empleo de la lógica deductiva en el campo de la creación e interpretación del Derecho. Recaséns reconoce que ha habido muchos autores que a lo largo de la historia del pensamiento iusfilosófico se han dedicado al menester de desterrar del campo de la interpretación del Derecho los métodos de interpretación basados en la concepción de la sentencia judicial como un silogismo. Ahora bien, ninguno planteó esta crítica con tanta radicalidad como lo hizo Recaséns Siches.

En el menester de elaborar una teoría que destierre la lógica formal del campo de la interpretación jurídica, Recaséns recoge las críticas que históricamente han atacado esa concepción. Tal como él recuerda, las ofensivas contra el empleo de la lógica formal en el campo de la interpretación del Derecho han sido muy variadas y llevadas a cabo por múltiples escuelas. A modo de ejemplo cita las siguientes: la teoría pura del Derecho de Kelsen, la jurisprudencia teleológica de Ihering, las doctrinas de estimativa jurídica de Gény y Stammler, la política legislativa de Cruet y Morán, los movimientos renovadores del common law, la sociología jurídica alemana, francesa y norteamericana, las varias manifestaciones de filosofía jurídica existencialista, las nuevas teorías del derecho procesal, el realismo jurídico en los Estados Unidos, la teoría francesa de la institución, etc³⁸.

Pero Recaséns no se limitó a recorrer de nuevo el camino que abrieron aquellas doctrinas, sino que en varias obras suyas acompañó aquellas ideas con nuevas críticas y

³⁸ Recaséns Siches, *Nueva Filosofía...*, cit., p 203.

modificaciones, recogiendo de cada doctrina los materiales que luego utilizó para proponer su particular teoría interpretativa.

En este epígrafe trataremos de examinar los siguientes puntos: (2.3.1.) que la lógica formal no agota la totalidad de la lógica, (2.3.2.) que la lógica formal no es la adecuada para ser aplicada en la interpretación del Derecho, y (2.3.3.) que la lógica formal sí tendrá utilidad en la teoría general del Derecho.

2.3.1. La lógica formal no agota la totalidad de la lógica

Según Recaséns, el problema de estas críticas a la insuficiencia de la lógica para la interpretación del Derecho es que reducen el concepto de lógica a la lógica tradicional, es decir, aquella pura, deductiva o matemática³⁹. Pues según él esas lógicas, a las que podemos llamar formales, no agotan la totalidad de la lógica, pues existe una multiplicidad de lógicas no formales, como la lógica de la razón vital, la de la razón histórica, la lógica estimativa, la lógica de la finalidad, la lógica de la acción, la lógica experimental, etc⁴⁰. Estas lógicas se diferencian de las primeras en que su campo de aplicación es más particular. A nosotros nos interesa examinar la lógica propia del campo de la creación e interpretación del Derecho, de la cual por lo pronto ya sabemos que no es la lógica formal.

Por lo tanto, según Recaséns, lo que comúnmente les sucede a las críticas sobre la insuficiencia de la lógica para la creación e interpretación del Derecho es que caen en la confusión al entender por lógica solamente la lógica tradicional, es decir, la lógica formal, pura, deductiva o matemática.

Esas otras lógicas, calificadas de materiales, se diferencian de las formales en la particularidad de su campo de aplicación. En lo que se refiere al Derecho la cuestión gira en torno al método, o métodos, para determinar el contenido de las normas particulares o singulares de la sentencia judicial y de la resolución administrativa. Se trata, por lo tanto, de un problema relativo al contenido de las normas jurídicas.

La lógica pura de tipo matemático, señala Recaséns, es una lógica que sólo trata con las formas a priori, esto es, con las esencias necesarias y universales. Es una lógica neutra en el plano axiológico, ajena a todo conocimiento de contenido material.

³⁹ Recaséns usa esta terminología indistintamente para referirse a una misma tipología lógica.

⁴⁰ Recaséns Siches, *Nueva Filosofía...*, cit., p 128.

Las normas jurídicas, por el contrario, como señala Recaséns, no son principios a priori con validez absoluta, es decir, universal y necesaria, no pertenecen al reino de las ideas puras, válidas por sí solas, con abstracción de toda aplicación real a situaciones concretas de la vida⁴¹. Por el contrario, son “expresión de unos propósitos humanos de alcance limitado, es decir, con sentido solamente dentro de la situación real en que surgieron y para la situación a la cual se los destinó⁴²”. Por lo tanto, su validez estará condicionada por el contexto situacional en que se produjeron.

Recaséns utiliza la terminología orteguiana para afirmar que el Derecho es un pedazo de vida humana objetivada, que en la medida en que esté vigente es revivida de modo actual por las personas que la cumplen y la aplican, y que al ser revivida debe experimentar modificaciones para ajustarse a las nuevas realidades en que es revivida y para las cuales es revivida⁴³. Puesto que el derecho nace de la vida humana social y está destinado a la vida humana social, los métodos de interpretación deberán reflejar los caracteres de esa particular vida humana.

2.3.2. La lógica formal no es adecuada para ser aplicada en la interpretación del Derecho

Antes de entrar en la afirmación del método de interpretación del derecho que propone Recaséns, hay que volver a insistir en que la cuestión que nos proponemos ver es si los contenidos de las normas jurídicas deben ser interpretados valiéndonos de la lógica deductiva (aplicando métodos silogísticos) o empleando otro método.

Hay que insistir que estamos situados en el terreno de la creación e interpretación del derecho, para lo cual será necesario emplear instrumentos que nos permitan conocer el contenido material de las normas jurídicas, que pertenecen a una realidad empírica originada en un cierto lugar y en un cierto tiempo, al conjunto de unas necesidades históricas y en vista de ciertos fines particulares⁴⁴.

Es conocido el ejemplo al que recurre Recaséns para demostrar la inutilidad de la lógica formal y el empleo de la deducción silogística en la creación e interpretación

⁴¹ *Ibid.*, p. 266.

⁴² *Ibid.*, p.268.

⁴³ *Ibid.*, p 269.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 141.

del Derecho. Este ejemplo, aunque nos ha llegado por Recaséns, lo apprehendió de Radbruch, quien a su vez lo tomó de Petrasyski⁴⁵.

El ejemplo relata el caso de un letrero que prohibía el paso de perros a un andén de una estación de ferrocarriles. Se dio el caso que alguien pretendía entrar en el andén acompañado de un oso. El empleado que vigilaba la puerta de la estación le impidió el acceso por ir acompañado de un oso. El dueño del oso protestó diciendo que el cartel solamente prohibía pasar al andén con perros, pero no con otra clase de animales.

Si para resolver el caso controvertido aplicáramos los métodos de la lógica tradicional, es decir, los silogismos, no habría duda que la razón estaría de parte del propietario del oso, dado por consiguiente resultado injusto y totalmente ridículo.

Ahora bien, si entendemos que hay razones para rechazar este empleo de lógica formal que aplicada a la interpretación del derecho da resultados notoriamente injustos, como acabamos de ver, esto quiere decir que, aunque permanecemos en el campo del logos, hemos de referirnos a otras razones que nos hacen descartar que el hombre pueda entrar en el andén con el oso.

Por tanto, desechadas las razones de la lógica formal, intuimos que hay otras razones más apropiadas para ser empleadas en el campo de la interpretación del Derecho que son capaces de guiar el modo correcto para la resolución del problema. Hasta el momento podemos decir que esas otras razones siguen perteneciendo al campo del logos, aunque a un campo especial de este.

Según lo expuesto hasta el momento, podemos afirmar que el acto de dictar una sentencia no consiste ni exclusiva ni sustancialmente en una operación deductiva de lógica tradicional o formal⁴⁶. Por el contrario, el razonamiento que lleva o debe llevar a cabo el juez para aplicar una norma general al caso singular controvertido tiene que ser necesariamente un razonamiento de tipo material⁴⁷. Ahora bien, esto no obsta que Recaséns reconozca que una vez elegidas las premisas, la mecánica silogística funcionará con total facilidad e indiscutible corrección. Lo que hace Recaséns es insistir en que el verdadero meollo de la función jurisdiccional radica en la “elección de las premisas”, ya que el procedimiento silogístico funciona correctamente cualesquiera que sean las premisas elegidas por el juez. Con esto Recaséns nos quiere dar cuenta que la

⁴⁵ *Ibid.*, p. 156, y *Tratado...*, cit. pp. 645-646.

⁴⁶ Recaséns Siches, *Nueva Filosofía...*, cit., p. 35.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 35.

lógica formal es inhábil para suministrar al juez criterios de elección de las premisas, por tratar solamente de la corrección formal de la inferencia.

Como vimos en el punto 2.2, en el campo del Derecho se parte de juicios estimativos, los cuales se fundan en diversos valores de rango diferente, referidos a hechos concretos de la vida humana. Y, así, resulta que el uso limitado de la lógica en el campo de la interpretación y de la aplicación de los contenidos jurídicos está condicionado esencialmente por puntos de vista y por jerarquías de carácter estimativo⁴⁸.

Es importante volver a señalar aquí, como ya vimos al hablar de la labor judicial, que Recaséns tiene muy claro que en el campo del Derecho se producen o se tienen que producir juicios estimativos. Estos juicios de carácter axiológico que lleva a cabo el juez en el campo de la aplicación e interpretación del Derecho están limitados o condicionados por puntos de vista y por jerarquías de carácter estimativo referidos a la vida humana particular en un determinado momento y lugar que aprecia la congruencia y la eficacia de unos medios para lograr ciertos fines, así como las enseñanzas que sobre este punto se desprenden de sus experiencias⁴⁹.

Por lo tanto, vista ya la insuficiencia de la lógica tradicional para la interpretación del Derecho, cabe entender por qué Recaséns nos presenta el logos de lo humano, la lógica de lo razonable, y de la razón vital e histórica como el único método correcto para la creación e interpretación del Derecho⁵⁰.

2.3.3. La lógica formal sí tendrá utilidad en la teoría general del Derecho

Ahora bien, lo dicho hasta ahora no significa que Recaséns destierre por completo la lógica formal del derecho, sino que se limita a excluir de manera radical el empleo de la lógica formal en la creación e interpretación del Derecho. Asimismo, reconoce explícitamente que la lógica formal constituye un instrumento indispensable para conocer y comprender la esencia del Derecho, para aprehender y entender el a priori formal del Derecho, o sea las formas universales y necesarias de lo jurídico⁵¹.

Por consiguiente, Recaséns ciñe la lógica formal al servicio de la teoría fundamental del Derecho, dedicada al estudio de lo *universal* o *esencial* en el Derecho,

⁴⁸ *Ibid.*, p. 167.

⁴⁹ *Idem.*, p. 167.

⁵⁰ *Idem.*, p. 167.

⁵¹ Recaséns Siches, *Nueva Filosofía...*, cit., p. 166.

esto es, al estudio del a priori formal de lo jurídico, dejando al margen los contenidos concretos de las normas jurídicas y los criterios de valoración o estimativa jurídica.

2.4. El logos de lo razonable

Tras la crítica contra el empleo de la lógica tradicional en la interpretación del Derecho, Recaséns propuso como método correcto para la interpretación jurídica la lógica de lo razonable. He desgajado los rasgos que he considerado más característicos del logos de lo razonable. En primer lugar (2.4.1.) veremos de qué manera Recaséns se dirige a una nueva teoría de la interpretación jurídica; en segundo lugar (2.4.2.) veremos el carácter orteguiano que impregna todo el logos de lo razonable; en tercer lugar (2.4.3.) comprobaremos cómo el empleo del logos de lo razonable en el campo de la interpretación jurídica destierra por completo a la lógica racional; y por último (2.4.4.) examinaremos la relación entre la axiología y el logos de lo razonable.

2.4.1. Hacia una nueva teoría de la interpretación jurídica

Recaséns parte de reconocer que su tesis interpretativa no es totalmente original, sino que constituye el punto de llegada o la culminación de ese largo proceso crítico contra la lógica formal en la interpretación jurídica. Este proceso histórico de carácter marcadamente antiformalista lo sitúa Recaséns inicialmente en las obras de Bentham y von Ihering, y su recorrido es analizado y recogido en sus obras dedicadas a la filosofía de la interpretación del Derecho.

Ahora bien, lo que no lograron estos autores antiformalistas es darnos una teoría de la interpretación jurídica sistematizada. Esto es lo que pretende hacer Recaséns Siches con su propuesta en torno al logos de lo razonable. Sin embargo, la teoría de Recaséns sigue adoleciendo de las mismas limitaciones que las del resto de autores antiformalistas al no proporcionar una definición precisa de la lógica de lo razonable. Recaséns se limita a dar una mera aclaración de los principios que en todo caso deben informar el logos de lo razonable. Por lo tanto, al carecer de un desarrollo suficiente o, lo que es lo mismo, por ser una teoría escasa a la que se echa en falta una mayor pretensión de sistematización, sería impropio hablar de una completa teoría lógica.

Para conocer los antecedentes de la teoría de la interpretación de Recaséns Siches tenemos que remontarnos a 1929, cuando publicó *Direcciones contemporáneas*

del pensamiento jurídico. A través de esta obra podemos conocer que Recaséns ya se había dado cuenta de que los problemas que giran en torno a la interpretación del Derecho vienen provocados por una insuficiencia o una inadecuación de la lógica formal para el Derecho⁵². También se refirió a la necesidad de aplicar a los asuntos jurídicos una nueva lógica distinta de la lógica tradicional en el año 1935, con la publicación de *Extensas adiciones por Luis Recaséns Siches*⁵³.

Estas primeras aproximaciones para dar con una nueva lógica no-formal para los asuntos jurídicos ya incorporaron, sin duda, lo dicho por autores precedentes (con los que Recaséns tuvo contacto directo), como Lask y Münch. Lo dicho por estos autores sirve como ejemplo para ver el estado en el que Recaséns se encontró estos estudios: el de meras afirmaciones, primeros trazos, denuncias de los problemas de la lógica formal aplicada a la interpretación del Derecho, pero ninguna construcción teórica y sistemática detrás.

No obstante, aunque en los años treinta del siglo XX Recaséns ya se dio cuenta del problema, no fue hasta 1956 con la publicación de *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho* cuando recogió y sistematizó todo o la mayor parte de las teorías sobre la interpretación jurídica y la lógica material, y presentó su propia teoría interpretativa, en donde acuñó por primera vez la expresión del *logos de lo razonable*.

2.4.2. El carácter raciovitalista del logos de lo humano

La teoría de la interpretación de Recaséns Siches se puede sintetizar en la propuesta del logos de lo razonable como el criterio correcto al que deben acogerse los jueces para dictar sentencia.

Como hemos visto a lo largo de esta exposición, si de alguien es deudor Recaséns es de la filosofía de Ortega. Ya hemos visto como Ortega es a la filosofía lo que Recaséns a la filosofía del Derecho y el asunto de la interpretación jurídica no es una excepción.

Es por eso que el carácter fundamental del logos de lo humano es su carácter raciovitalista, que está encuadrado, por lo tanto, en la vida humana. Puesto que el Derecho no es algo ajeno a la vida humana, tampoco lo es el logos de lo jurídico, el

⁵² Recaséns Siches, *Direcciones contemporáneas*, cit. p. 234.

⁵³ Contenidas en la obra de Giorgio del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1935.

logos de lo razonable⁵⁴. El paralelismo entre Ortega y Recaséns puede resumirse de la siguiente manera: así como Ortega crea la razón vital para poder pensar rectamente la experiencia humana, Recaséns tiene que configurar su lógica para la interpretación del Derecho como una lógica vital para dotar al Derecho de una genuina dimensión vital⁵⁵. Lo primero que tenemos que dejar claro respecto al logos de lo humano es que pertenece al campo de la razón, al ámbito de la lógica, aunque a un sector muy diferente de la lógica formal⁵⁶.

Aquel sector de la lógica en que Recaséns sitúa su lógica de lo razonable es el sector de la lógica aplicable a la existencia humana, la lógica para tratar los asuntos humanos, en donde se encuentra el Derecho⁵⁷. Hay que tener en cuenta que para Recaséns el Derecho es vida humana objetivada⁵⁸. A diferencia de los objetos ideales, por ejemplo los las matemáticas, y los valores puros, el Derecho, como toda obra humana, tiene un origen histórico, concreto en el tiempo y además condicionado por las circunstancias que rodearon su nacimiento⁵⁹. Es por esto que los productos humanos, como el Derecho, no pueden ser conocidos en su esencia, en su auténtico ser, mediante las categorías y los métodos que manejan las ciencias de la naturaleza, como la física o la biología, ya que a diferencia de éstos, el Derecho tiene *sentido* o significación⁶⁰.

2.4.3. El destierro de la lógica formal del campo de la interpretación jurídica

Sentado que el Derecho tiene dimensión humana, y por consiguiente es circunstancial, la lógica para tratar los asuntos jurídicos no puede ser la lógica formal, sino la lógica de lo razonable, condicionada por la realidad del mundo en que el hombre opera y por las circunstancias de la vida social particular en la que se elaboran e interpretan las normas jurídicas⁶¹.

Recaséns es tajante en esto: la lógica formal no es adecuada para tratar la vida humana ni sus problemas prácticos, y por lo tanto tampoco para los menesteres jurídicos, entre los cuales figura la interpretación del Derecho. Para todo cuanto

⁵⁴ de Castro Cid, *La Filosofía Jurídica de Luis Recaséns Siches*, cit. p. 241.

⁵⁵ Recaséns Siches, *Extensas adiciones...*, cit., p. 357. y *Tratado...*, cit. p. 645.

⁵⁶ Recaséns Siches, *Nueva Filosofía...*, cit., p. 159.

⁵⁷ Recaséns Siches, *Experiencia jurídica...*, cit. p. 519.

⁵⁸ Recaséns Siches, *Tratado...*, cit. p. 108.

⁵⁹ *Ibid.*, 109.

⁶⁰ *Ibid.*, 110.

⁶¹ *Ibid.*, 111.

pertenezca a nuestra humana existencia, incluyendo la práctica jurídica, hay que emplear el logos de lo humano⁶².

La lógica de lo razonable dada su dimensión práctica, está regida por razones de congruencia o adecuación entre los múltiples elementos relevantes dentro de la vida humana social⁶³. Recaséns le dará en consecuencia un carácter *comprensivo*, presentándola como el instrumento para comprender los sentidos y nexos entre significaciones, para realizar operaciones de valoración y establecer finalidades o propósitos.

La lógica tradicional no suministra ninguna iluminación en la tarea de descubrir los valores pertinentes ni tampoco en la labor de elegir los fines justificados⁶⁴. Mientras que la lógica formal es neutra en lo que atañe a los valores éticos, políticos o sociales, las normas jurídicas tienen una dimensión intensiva, imperativa, estimativa, totalmente desconocida por las leyes de la inferencia que rigen la lógica formal⁶⁵.

Las conclusiones que podemos empezar a extraer de este análisis son, por un lado, que la lógica formal no tendrá aplicación al contenido de las normas jurídicas, es decir, será inservible para la creación e interpretación del Derecho propias del legislador y del juez. Por otro, que la determinación de los contenidos del Derecho, tanto para las normas generales como para las normas individualizadas, deberá regirse por el logos de lo humano o razonable.

Aunque nos apartemos un poco del contenido al que hemos dedicado este apartado, vale la pena señalar que Recaséns también se encarga de dejar claro que el ejercicio del logos de lo razonable supera la histórica pluralidad de métodos de interpretación, lo cual le sitúa como el único método de interpretación válido para el campo de lo jurídico. Recaséns cree que los jueces deben resolver los casos singulares controvertidos mediante la aplicación del método del logos de lo razonable, percatándose de la realidad y sentido de los hechos, de las valoraciones en que se inspira el ordenamiento jurídico positivo, o de las complementarias que produzca el juez en armonía con dicho sistema positivo, conjugando lo uno con lo otro para llegar a la solución satisfactoria, esto es, al resultado más justo⁶⁶.

⁶² *Ibid.*, 642.

⁶³ de Castro Cid, *La Filosofía Jurídica de Luis Recaséns Siches*, cit. p. 247.

⁶⁴ Recaséns Siches, *Experiencia jurídica...*, cit. p. 159.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 520.

⁶⁶ Recaséns Siches, *Nueva Filosofía...*, cit., p. 175.

2.4.4. El contenido axiológico del logos de lo razonable

La exposición precedente nos conduce a otro elemento característico de la lógica de lo razonable: el que está impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas⁶⁷. Este contenido estimativo es uno de los rasgos que decisivamente diferencian el logos de lo razonable del logos de lo racional, pues la lógica tradicional ni 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 fin⁶⁸.

Además, hay que añadir que estas valoraciones que caracterizan el logos de lo razonable, son concretas, referidas a una determinada situación humana real y, por lo tanto, toman en cuenta las posibilidades y las limitaciones reales⁶⁹. Este logos de lo humano está orientado por las enseñanzas sacadas de la experiencia de la vida humana y de la experiencia histórica, es decir, de la experiencia propia y ajena, individual y social, presente y pasado⁷⁰.

Por último, creo que vale la pena detenernos en resaltar la curiosidad que produce el hecho que los elementos que Recaséns da a su logos de lo razonable son los mismos caracteres que da a su concepción de lo jurídico.

Para Recaséns el Derecho es un producto humano, un pedazo de vida objetivada y, por lo tanto, dependiente de las circunstancias sociales, históricas y políticas en las que nació. Son esas circunstancias las que tiene precisamente en cuenta el logos de lo humano, que por eso es capaz de tratar adecuadamente el contenido del Derecho. Recaséns señala que el Derecho está atravesado de valoraciones, que no puede dejar de tener un contenido axiológico y que responde a un propósito para el que fue creado. Es ese propósito o ese contenido estimativo o axiológico, que conocerá y valorará mediante la aplicación del logos de lo razonable, lo que tiene en cuenta inevitablemente el juez para dictar sentencia.

El Derecho, en tanto que vida humana objetivada, en tanto que producto humano inmerso en la vida social, está regido por la razón vital e histórica, es decir, expresa el conjunto de experiencias y de enseñanzas que de esa razón se derivan. En consecuencia,

⁶⁷ Recaséns Siches, *Tratado...*, cit. p. 642.

⁶⁸ Recaséns Siches, *Nueva Filosofía...*, cit., p. 157 y *Experiencia jurídica...*, cit. p. 535.

⁶⁹ Recaséns Siches, *Experiencia jurídica...*, cit. p. 535.

⁷⁰ *Ibid.* pp 511-512.

el juez y el legislador no tienen más remedio que orientarse por las experiencias históricas vividas, las cuales conocen mediante la aplicación del logos de lo humano.

3. Recaséns Siches como precursor de la teoría de la argumentación jurídica

3.1. Recaséns Siches y la teoría de la interpretación jurídica de Kelsen

A fin de comprender la aportación de Recaséns Siches a la teoría de la argumentación jurídica es necesario hacerse cargo de que gran parte de sus aportaciones en esta materia proceden de una voluntad de superar la teoría de interpretación jurídica de Kelsen que Recaséns mantuvo toda la vida y que es lo que le acabó convirtiendo en un precursor.

Para una sistematización más clara dispondré en lo sucesivo de dos puntos: en el primero (3.1.1.) veremos cuáles son los elementos más importantes de la teoría de la interpretación jurídica de Kelsen y, en el segundo (3.1.2.), cuál es la crítica que se puede hacer de la misma siguiendo a Recaséns Siches.

3.1.1. La teoría de la interpretación jurídica de Kelsen: elementos característicos

Valga señalar en este momento que la teoría de Kelsen contribuyó con su tesis sobre la discrecionalidad judicial a superar los postulados relativos a la interpretación jurídica propios del positivismo jurídico decimonónico, por entender que la interpretación jurídica se halla impregnada de elementos empíricos, de tipo sociológico o psicológico⁷¹.

La teoría positivista de la interpretación se basaba, como nos señala la profesora Lifante tomando las palabras de Bulygin, en justificar o fundar una decisión mediante la construcción de una inferencia o razonamiento lógico válido entre cuyas premisas figurase una norma general y cuya conclusión fuera la decisión judicial o sentencia⁷².

Kelsen empieza su teoría de la interpretación distinguiendo dos tipos de interpretación según qué sujetos la lleven a cabo: si la realizan los órganos aplicadores

⁷¹ Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., 2000, p. 131.

⁷² Lifante Vidal, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1999, p. 82.

del Derecho, la llama interpretación “auténtica”, mientras que si la hacen los particulares se refiere a ella como interpretación “no auténtica”⁷³. Lo característico de cada una es el tipo de actividad interpretativa que desempeñan.

La interpretación inauténtica, llevada a cabo por la ciencia jurídica, consistirá en una mera descripción de todos los posibles significados que se pueden atribuir a una misma norma jurídica. Esto significa que su misión será la de descubrir todas las interpretaciones de las normas jurídicas, sin decantarse u ofrecer valoraciones para ninguna de esas interpretaciones, siendo por lo tanto una actividad meramente cognoscitiva.

Por consiguiente la tarea del jurista consistirá únicamente en poner encima de la mesa las distintas interpretaciones posibles y poner de manifiesto sus consecuencias prácticas para que posteriormente el juez se decida entre alguna de esas manifestaciones. Kelsen insiste mucho en que la ciencia jurídica debe jugar con una baraja sin marcar, no pudiendo ni aportar indicaciones ni directrices a la labor volitiva del juez. El papel que juega la ciencia jurídica en el proceso interpretativo es el de una ciencia completamente neutra y ajena a todo contacto con elementos axiológicos, sociológicos, ideológicos o morales⁷⁴.

La consecuencia de esta concepción de la ciencia y de la interpretación jurídicas es que en todos los casos el juez siempre tendrá varias posibilidades interpretativas dentro del Derecho aplicable, y que, entendiendo su labor como un mero acto volitivo, deberá elegir una de las opciones que le ofrezca la interpretación de la norma superior. Esto es lo que se conoce como la tesis kelseniana de la omnipresente indeterminación del Derecho, que dice que puesto que siempre existen varias posibilidades interpretativas dentro del Derecho susceptible de ser aplicado, siempre existirá un cierto grado de indeterminación en la aplicación del Derecho.

El concepto kelseniano de discrecionalidad judicial establece que las normas permitirán al juez un mayor o menos espacio para decidir y, en consecuencia, que su decisión creará una situación jurídica que antes no existía. Esto hace que no sea posible distinguir entre creación y aplicación del Derecho. Así pues, Kelsen deduce que todo acto de aplicación es, al mismo tiempo, un acto de creación del Derecho y que, por lo tanto, la función jurisdiccional será “absolutamente constitutiva” de Derecho⁷⁵.

⁷³ Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 133.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ Kelsen, *Compendio de Teoría general del Estado*, Editorial Nacional, México, 1974, p. 196.

Lo importante a señalar es que a través de la idea de discrecionalidad Kelsen ha ayudado a desechar la tesis mecanicista de la interpretación jurídica propia del positivismo jurídico decimonónico, en tanto que supone que la función del juez tiene siempre un carácter creativo.

Respecto a la interpretación auténtica, Kelsen no se preocupa en absoluto por lo que sea el proceso que llevará al juez a tomar la decisión. Kelsen afirma que esta interpretación es siempre un acto volitivo, que incluye la interpretación auténtica, y apenas preocuparse por el contenido argumentativo que conduce a esa decisión. Para Kelsen tal proceso resulta irrelevante, por cuanto que los métodos interpretativos son incapaces de conducir a un único resultado correcto. Llevan a distintos resultados posibles, y señalar esto es precisamente la tarea de la ciencia jurídica.

Por ello Kelsen tampoco considera que la interpretación que resulta de aplicar uno de esos métodos tradicionales de interpretación sea mejor que la resultante por otros. Afirma tajantemente Kelsen que la idea de que existan procedimientos mediante los cuales pueda conocerse la interpretación correcta de unas normas, de que tras la interpretación de la ley no exista más que una única decisión posible, es una idea engañosa⁷⁶. Es este rechazo a la utilidad de los métodos de interpretación y de la argumentación en general lo que hace que Kelsen no tenga en cuenta, en su configuración de la función jurisdiccional, la obligación de motivar las sentencias.

Otro elemento a destacar es el objeto de la interpretación en la teoría de Kelsen. Según Kelsen, el objeto de la interpretación jurídica está formado únicamente por normas jurídicas. Las normas jurídicas consisten en una multiplicidad de significados establecidos por el intérprete entre los cuales el órgano aplicador deberá escoger uno de ellos, siempre permaneciendo dentro del marco que le impone la norma jurídica.

Kelsen considera la interpretación como un proceso que permite “adjudicar sentido a una norma”⁷⁷. La interpretación será el acto de voluntad que da lugar a la creación de las normas inferiores a partir de las normas generales, es decir, aplicando normas generales para producir normas individuales o sentencias⁷⁸.

⁷⁶ Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit. p. 132.

⁷⁷ *Ibid.* p. 129.

⁷⁸ Lifante Vidal, *La interpretación jurídica...*, cit., p. 96.

3.1.2. Las teorías de la interpretación jurídica de Kelsen y Recaséns Siches

¿Qué dice Recaséns sobre la teoría de la interpretación jurídica de Kelsen? Lo primero que nos llama la atención es lo alejadas que están las posiciones de Kelsen y Recaséns respecto al contenido axiológico de la interpretación jurídica. Así, por un lado, Kelsen entiende el Derecho como un simple conjunto de normas jurídicas sin ninguna pretensión estimativa en particular, pero sin que ello sea un obstáculo para entender que las normas jurídicas, en tanto que tienen su origen en procesos sociales, responden a determinados fines⁷⁹. En consecuencia, la noción de interpretación que maneja es ajena a todo contacto de carácter axiológico, resultando por ello que la labor del juez será estrictamente volitiva sin llevar a cabo ningún tipo de valoración.

En radical oposición se encuentra Recaséns, quien, tal como hemos visto más arriba empieza situando al Derecho en el campo de las obras humanas, las cuales tienen necesariamente una significación, finalidad o meta. Por lo tanto, al contrario que Kelsen, Recaséns trata con un concepto de Derecho según la cual este está “orientado”, es decir, señala ciertos objetivos.

Partiendo de esta noción de Derecho, Recaséns fundará toda idea de normatividad sobre la base de una estimación, esto es, un juicio de valor, existiendo por consiguiente una estrecha relación entre el Derecho y la Moral. Esto se traduce de manera evidente en el tipo de labor que desempeñará el juez. Mientras que para Kelsen la función jurisdiccional es un acto de voluntad, para Recaséns la función del juez es necesariamente estimativa, y no puede sino valorar acudiendo a la sociología, a los hechos históricos y circunstanciales del caso concreto.

Ahora bien, Recaséns y Kelsen comparten opinión de que la aplicación e interpretación jurídica son actos creadores de Derecho, en tanto que fundan algo nuevo que no existía antes de llevarlos a cabo. Para Recaséns el cumplimiento de las normas por parte de los sujetos normativos es hecho que implica ya una labor de interpretación y por lo tanto de creación de normas. Esto concuerda con lo dicho por Kelsen, ya que este llama a la interpretación de normas por parte de los sujetos normativos interpretación “no auténtica”, y a la de los agentes normativos interpretación “auténtica”, pero reconociendo en ambos el hecho creativo.

⁷⁹ Kelsen, *Compendio de Teoría general del Estado*, cit., p. 27.

Esta “creación” del Derecho por parte de los jueces y los ciudadanos se opone al positivismo jurídico, pues este no creía que ahí existiera realmente creación, por entender que la norma individual se encontraba en el sistema jurídico como una mera consecuencia lógica, aunque todavía no explicitada, de las normas superiores.

No obstante, en este punto aparecen divergencias entre Kelsen y Recaséns. Por un lado ambos están de acuerdo en que el cumplimiento y la aplicación de normas generales preexistentes no consistirá en un mero copiar o reproducir lo que una norma previa dice, tal como pensaban los positivistas decimonónicos. Ahora bien, Recaséns cree que la interpretación de una norma general consistirá en modelar nuevas conductas inspirándose en esa norma, para lo cual será necesario un proceso de individualización en el que se aportan nuevos ingredientes que no estaban contenidos en dicha norma.

La divergencia principal con Kelsen viene dada porque esos nuevos ingredientes a los que se refiere Recaséns son de carácter axiológico, sociológico, moral, etc. Mientras que Kelsen, en su afán ya visto de preservar la pureza de la ciencia jurídica, mantiene la interpretación al margen de todo contacto con lo estimativo.

Otro punto en común entre Kelsen y Recaséns es el rechazo a que el proceso jurisdiccional fluya por el curso marcado por los criterios tradicionales de interpretación. Eso sí, los motivos para ese rechazo difieren. Por un lado Kelsen concede a esos criterios un papel nulo, considerando que conducen al juez a distintos resultados posibles y que, por lo tanto, se muestran incapaces de mostrar un único resultado correcto. Por otro lado Recaséns, más que rechazarlos, los cree superados con la aportación de un nuevo método de interpretación al que llama “el logos de lo razonable”. Este es un método que lleva a la mejor solución posible, y, por ende, al que deberán acudir los jueces para resolver los casos controvertidos.

La conclusión a la que podemos llegar es que, aunque convienen en algunos puntos, los elementos concordantes entre las teorías de Kelsen y Recaséns Siches son minoritarios y que ambos autores difieren en lo sustancial. Precisamente, lo que vamos a ver a continuación mostrará que Recaséns comparte con los actuales teóricos de la argumentación la mayor parte de sus postulados sobre la interpretación jurídica, y que en la medida en que se aparta de la posición kelseniana y formalista en general, se acerca a las tesis de estos autores.

3.2. Recaséns Siches y el neoconstitucionalismo

Lo que vamos a ver en este punto son aquellos elementos que caracterizan la teoría contemporánea de la argumentación jurídica vinculados con el neoconstitucionalismo, y ver si en la filosofía de Recaséns Siches ya se anticipaban de alguna manera. Este análisis también nos servirá para ver la diferencia entre la teoría de la argumentación jurídica y la teoría de la interpretación del positivismo jurídico formalista. Dado que el tratamiento que se le puede dar a este asunto es muy amplio, me ceñiré aquí en lo sustancial a los postulados dworkianos por un lado y a los kelsenianos por otro, señalando lo que Recaséns puede aportar en cada punto en discusión. Los elementos que tendremos en cuenta son (3.2.1.) el concepto de Derecho, (3.2.2.) la separación entre el Derecho y la Moral, (3.2.3.) la distinción entre principios y reglas, (3.2.4.) la ponderación, (3.2.5.) la jerarquía axiológica, (3.2.6.) La idea de la única respuesta correcta, (3.2.7.) la cuestión de los métodos de interpretación, (3.2.8.) El activismo jurídico y, por último (3.2.9.) la idea de integridad.

3.2.1. El concepto de Derecho

El primer punto que vamos a ver se refiere a la similitud que hay entre el concepto de derecho manejado por Recaséns y por los defensores de la teoría de la argumentación jurídica. La profesora Lifante pone a Dworkin como ejemplo de autor neoconstitucionalista, y recoge de él que el Derecho es una práctica social que se compone tanto de un conjunto de reglas como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar⁸⁰. Esto supone un concepto interpretativo del Derecho de acuerdo con el cual la estimativa que impregna el ordenamiento jurídico resta a la espera de que la labor interpretativa realice esos valores.

Lo que quiere decir Dworkin es que el Derecho es un ensayo (una obra humana que diría Recaséns), de interpretación y de realización de los valores contenidos en el ordenamiento jurídico, y que además deben ser aplicados a unas concretas circunstancias históricas. Es decir, que el Derecho contiene, además, elementos de realidad histórica⁸¹.

⁸⁰ Lifante Vidal, *La interpretación jurídica...*, cit., p. 285.

⁸¹ *Ibid.*, p.70.

Lifante señala que para Dworkin el Derecho no está constituido simplemente por los puros valores que pretende realizar, sino también por una serie de ingredientes a través de los cuales se ofrece un ensayo de interpretación concreta de dichos valores⁸².

Esto que nos destaca Lifante me parece análogo a lo que podemos encontrar en la obra de Recaséns. En su *Tratado* este dice que el Derecho es vida humana objetivada, y por lo tanto, como toda obra cultural, es circunstancial. Esta dimensión circunstancial no excluye que tenga además otra dimensión trascendente, es decir, referida a valores cuya validez rebasa los límites de la situación concreta dentro de la cual se pensó en ellos, y que puede ser a priori, es decir, necesarios⁸³.

Así pues, para Recaséns la obra humana que es el Derecho es una obra circunstancial, aunque esté inspirada en valores a priori. Ahora bien, aunque el Derecho, obra cultural, se oriente hacia valores objetivos, no está constituida por esos valores, no es valor puro, sino que es acción humana, o el producto de la acción humana, que intenta inspirarse en valores. Por consiguiente, la obra cultura no puede ser tratada como un sistema de ideas puras. Por el contrario, debe ser considerada como un producto histórico intencionalmente referido a valores.

Husserl y los fenomenólogos atacaron la concepción subjetivista de los valores y fundaron la teoría objetivista, que entendía los entendía como esencias ideales, con validez objetiva y necesaria⁸⁴. Siguiéndolos, Recaséns entiende que los valores son objetivos, sí, pero su objetividad se da en la vida humana, es decir, entendiendo esa objetividad según la teoría o punto de vista raciovitalista. Por eso añade Recaséns en el *Tratado* que los valores poseen vocación de ser realizados, pretensión de imperar sobre el mundo y encarnar en él a través de la acción del hombre⁸⁵. Por lo tanto, también para Recaséns el Derecho es una práctica, un hecho. Pero además, la definición última que nos da en su *Tratado* es la de que el Derecho es obra humana, un hecho de forma normativa y encaminado a la realización de unos valores.

Por lo tanto, Recaséns comparte el mismo punto de vista que los neoconstitucionalistas por concebir el Derecho como un proceso compuesto por distintas interpretaciones que se hacen de la vida social, a lo largo del tiempo y en una determinada sociedad.

⁸² *Idem.*, p. 70.

⁸³ Recaséns Siches, *Tratado...*, cit. p. 156.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 59.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 61.

3.2.2. La separación entre el Derecho y la Moral

El siguiente punto que vamos a examinar es la tesis positivista de la separación conceptual entre Derecho y Moral y la negación de la misma por parte de los teóricos de la argumentación. Como se sabe, las corrientes jurídicas formalistas defendían una noción científica de interpretación consistente en enumerar los distintos significados que pudieran tener las normas jurídicas, sin posicionarse o expresar valoración alguna respecto a esos significados. Para ellas, la validez jurídica era una mera cuestión de producción normativa totalmente ajena a los juicios de valor.

Esto cambió progresivamente como consecuencia del proceso de constitucionalización del Derecho, que comportó un modo distinto para la comprensión de la interpretación y la producción jurídicas y su relación con los juicios de valor. Mientras que el positivismo ideológico del siglo XIX consideraba que había una obligación moral de obediencia a la ley, en el constitucionalismo la obligación moral consistirá en obedecer a la constitución, la cual estará cargada de un valor intrínseco que le otorgan aquellos contenidos que toda constitución posee, tanto que será un valor en sí misma⁸⁶.

Los autores neoconstitucionalistas defienden que la constitucionalización del ordenamiento jurídico lo ha llenado de una fuerte carga axiológica, transformándolo en un sistema vinculado conceptualmente a la Moral⁸⁷. En consecuencia, para las nuevas teorías de la argumentación, las tareas de interpretación y aplicación de las normas jurídicas han de dejar de conducirse por el criterio de neutralidad axiológica, pues ya no pueden ser concebidas como actividades puramente de carácter técnico o mecánico, para pasar a estar gobernadas por la ideología del intérprete-aplicador⁸⁸.

Si bien ya vimos cómo en la postura positivista cabría situar a Kelsen, sería interesante hablar de la posición de H. L. A. Hart, menos tajante que la del primero en la separación del Derecho y la Moral. Este autor defiende que el sistema jurídico está delimitado frente a las normas morales pero, al mismo tiempo, y dadas las limitaciones del ordenamiento jurídico, que existe la necesidad de que los jueces ejerzan un cierto

⁸⁶ Comanducci, Paolo, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", en Carbonell, M., (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 84.

⁸⁷ García Figueroa, "La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo", en Carbonell, M., (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit. p. 165.

⁸⁸ Sastre Ariza, S., *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 215.

grado de discreción. Esto es lo que se conoce como la tesis de la discrecionalidad judicial de Hart⁸⁹.

Pues bien, esta propuesta de Hart es lo que se ha llamado “positivismo inclusivo”, que es más tolerante con la introducción de la moral que la posición sostenida por Kelsen y que está dispuesto a admitir que hay una mínima relación entre el Derecho y la Moral.⁹⁰ La posición que defiende el “iuspositivismo inclusivo (o débil)” de Hart, es la de considerar que la moral, a pesar de ser diferente o distinguible frente al Derecho positivo, podía ser contingentemente incluida, y por ende el Derecho positivo bien podría remitir a valores morales⁹¹.

Ahora bien, así y todo, el neoconstitucionalismo se distingue del iuspositivismo inclusivo de Hart en que hace suya la tesis de la conexión necesaria y no meramente contingente entre el Derecho y la moral; ahora bien, el neoconstitucionalismo se acerca al positivismo inclusivo por situar esa conexión en el nivel de los principios fundamentales o constitucionales, alejándose, de este modo, de la posición de Kelsen y del iusnaturalismo tradicional⁹².

Nos falta por ver cómo se da esa relación entre el Derecho y la Moral. Pues bien, en tanto que en todo sistema jurídico encontramos una serie de principios inmanentes que fundan la vinculación del Derecho a la Moral, de ahí se sigue que si existen principios en el Derecho exista una relación entre el Derecho y la Moral.

El efecto consiguiente que esto comportará será la invalidación del positivismo metodológico. Como dice Sastre, hoy resulta comúnmente admitido que en la interpretación interviene inevitablemente un componente valorativo o ideológico, lo que deja superado el modelo positivista de ciencia jurídica basado en la neutralidad⁹³. Pues bien, creo poder afirmar que en la obra de Recaséns Siches encontramos indicios suficientes para considerar que también adoptó este punto de vista defendido por Sastre y el resto de autores neoconstitucionalistas, verbigracia cuando demostró en los años cincuenta que el Derecho contiene elementos axiológicos y que, por lo tanto, no puede ser estudiado al margen de la estimativa.

⁸⁹ H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, cap. VII.

⁹⁰ García Figueroa, “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo”, en Carbonell, M., (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit. p. 169

⁹¹ Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en Carbonell, M., (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit. p. 263.

⁹² Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en Carbonell, M., (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit. p. 264

⁹³ Sastre Ariza, S., *Ciencia jurídica...*, cit., p. 38

Hay varios autores enmarcados dentro de la corriente del neoconstitucionalismo como Comanducci, Alexy, Zagrebelski o Dworkin, que han defendido que en los ordenamientos constitucionales y democráticos se produce una conexión necesaria entre Derecho y Moral. A continuación vamos a tomar como referencias a autores españoles como Lifante o Sastre para ver qué paralelismos hay entre el neoconstitucionalismo y Recaséns Siches.

Lifante sostiene que en la interpretación de las normas jurídicas, Dworkin establece una relación entre el Derecho y la Moral, y que según él esta relación viene dada por los principios, que se utilizan para juzgar la “soundness” de las teorías que pugnan por interpretar los materiales jurídicos existentes y para elegir entre ellos el que ofrece una mejor visión de la práctica jurídica⁹⁴.

Asimismo nos señala que Dworkin también introduce la idea de “coherencia”, que es lo que permitirá ver al Derecho objetivo, no como un conjunto de normas jurídicas, como lo veían los formalistas, sino como un conjunto de normas “orientado”, es decir, con ciertos objetivos⁹⁵.

Según Lifante, para Dworkin la interpretación se desarrolla según un modelo basado en principios, a los que recordemos que Dworkin les reconoce primacía frente a las reglas, lo que implicaría una cierta “flexibilidad” en la aplicación de estas reglas⁹⁶. Esta flexibilidad en la aplicación de las reglas era algo inconcebible para los formalistas, que entendieron que la aplicación tenía que ser deductiva, según la lógica formal.

Continúa diciendo Lifante que Dworkin divide el momento de la interpretación en tres etapas: la etapa “pre-interpretativa”, la “interpretativa”, y la “post-interpretativa”.

En la segunda etapa, la “interpretativa”, el juez tiene que averiguar cuál es el “sentido” de la práctica social. Y que en el caso del Derecho, este “sentido” viene configurado por los principios que son los que permiten ver la práctica social como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos.

Esta afirmación dworkiana encuentra fuertes paralelismos con la postura de Recaséns Siches. Este señalaba que el Derecho sirve a unas necesidades, y que se orienta hacia la realización de unos valores⁹⁷. También dice Recaséns que en el estudio de la realidad del Derecho no se puede prescindir de reconocer que los hechos que

⁹⁴ Lifante Vidal, *La interpretación jurídica...*, cit., p. 312.

⁹⁵ *Ibid.* pp. 331-332.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 285.

⁹⁷ Recaséns Siches, *Tratado...*, cit. p. 159.

integran esa realidad poseen necesariamente una dimensión referida a valores. Es importante puntualizar en este punto que, como ha señalado el profesor García Manrique, la afirmación recasensiana de que el Derecho implica una exigencia de valor moral supone que Recaséns sea considerado un autor iusnaturalista, mas de tipo no normativista sino historicista o deontológico⁹⁸.

En relación a esta segunda etapa “interpretativa”, Lifante nos dice que lo que trata Dworkin es de averiguar cuál es el “sentido” de la práctica social, en el caso del Derecho, este “sentido” viene configurado por los principios que son los que permiten ver a la práctica social como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos. Por otro lado Recaséns dice que el juez debe proceder razonablemente, percatándose de la realidad y sentido de los hechos, de las valoraciones en que se inspira el ordenamiento jurídico positivo.

Entiendo que estas dos afirmaciones que acabamos de ver contienen parecidas significaciones: por un lado tanto Dworkin como Recaséns convienen en que el juez debe acudir a elementos no jurídicos para entender la práctica social, es decir, que el juez requiere “salir” del Derecho y acudir a razonamientos morales, puesto que son los valores morales los que se utilizan para juzgar las prácticas sociales. Y por otro lado, que toda idea de normatividad, de deber ser, se fundamenta en una estimación, que está orientada a unos valores.

Lo que hemos visto en este punto es que los planteamientos de Dworkin y Recaséns comparten la idea de que el Derecho tiene una íntima relación con la axiología, y que en consecuencia en el proceso interpretativo habrá una necesaria concurrencia de valoraciones. Este común modelo estimativo está enfrentado a la concepción formalista y kelseniana de la interpretación jurídica que defendía una separación radical entre Derecho y Moral.

3.2.3. La distinción entre principios y reglas

Otro de los elementos propios de la teoría de la argumentación jurídica alrededor del cual gira toda la teoría es la distinción entre principios y reglas.

Tomando como ejemplo la definición que da Alexy de los mismos, los principios son normas que exigen al juez ser aplicadas en la mayor medida posible

⁹⁸ García Manrique, Ricardo, *La Filosofía de los Derechos humanos durante el Franquismo*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1996, p. 305.

dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Alexy los concibe, por lo tanto, como mandatos de optimización⁹⁹. El juez deberá, continua diciendo, observar la realidad social y los principios y reglas concurrentes e incorporar a su argumentación la norma objeto de optimización en la mayor medida posible¹⁰⁰. Hay por lo tanto, una distinción cualitativa para los teóricos de argumentación entre principios y reglas.

Como hemos visto cuando expusimos la teoría de Kelsen, para los positivistas el ordenamiento jurídico estaba formado exclusivamente por un conjunto de reglas, mientras que para los constitucionalistas está formado por reglas y principios. Esta idea de los principios provocó un hondo debate en torno a la estructura de este tipo de normas y su relación con las reglas, que concluyó por hacer inservibles las tesis mecanicistas de la interpretación propias del positivismo jurídico. No obstante hay que decir que estas tesis mecanicistas, que eran uno de los pilares del positivismo teórico, ya fueron revisadas por el propio Kelsen y por Hart a través de la teoría de la discrecionalidad judicial¹⁰¹.

El razonamiento lógico formal dice muy poco acerca de la interpretación de los principios; en su aplicación a los casos concretos es probable que surjan conflictos que no puedan ser resueltos acudiendo a los criterios tradicionales que proponía el positivismo jurídico (como pudieran ser el cronológico, el jerárquico, el de especialidad, etc), sino que, por el contrario, obligan a acudir a un tipo de operación argumentativa llamada ponderación¹⁰².

De hecho, los motivos por los que la metodología positivista formal se muestra inservible en su trato con los principios son dos: el primero es que los principios presentan un contenido moral que impregna todo el ordenamiento jurídico, y el segundo es que introducen la ponderación como tipo de argumentación que no fue tratada por los formalistas.

Respecto a los puntos coincidentes de esta apelación a los principios con la filosofía de la interpretación de Recaséns Siches destacan los siguientes: por un lado el que podría resultar más evidente es el contenido moral de los principios y la resultante impregnación axiológica del ordenamiento jurídico, y por el otro lado la relativa a la

⁹⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 2007, p. 67.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 68.

¹⁰¹ Sastre Ariza, S., *Ciencia jurídica...*, cit., p. 145.

¹⁰² *Ibid.* p. 241.

ponderación. En cuanto a la primera ya la tratamos en el punto precedente de esta exposición, mientras que la segunda la veremos en el punto que se sigue a este.

3.2.4. La ponderación

Creo haber encontrado otro elemento en la filosofía de Recaséns Siches que podría ser considerado como precedente de lo que hoy se conoce como el mecanismo de la ponderación, que se propone como necesario para interpretar y aplicar los principios en casos controvertidos en que dos o más de ellos estén en colisión entre sí o con determinadas reglas.

En opinión de Recaséns, Heck, Pound y otros aciertan en afirmar que las normas generales entrañan una delimitación de los intereses que se consideran dignos de protección jurídica, intereses que a su vez se encuentran ordenados jerárquicamente por criterios axiológicos en los que se inspira el legislador y el juez¹⁰³. Recaséns dice respecto a esto que, en la tarea jurisdiccional, el juez tendrá que armonizar, en la medida de lo posible, los intereses en conflicto, declarando cuáles merecen protección y cuáles no, en qué medida y dentro de qué límites la merecen los primeros, y cuáles son entre los intereses protegidos los que tienen rango superior, o que tienen prioridad respecto de otros.

En base a esto, es fácil encontrar similitudes entre la ponderación y lo que según Recaséns debe realizar el juez con los intereses protegidos por el ordenamiento jurídico. También ha de quedar claro que, como ya apuntamos, la invocación de esos métodos de argumentación representa una ruta no sólo difícil, sino contraria a la vía tradicional de la lógica deductiva propia del positivismo jurídico formalista.

3.2.5. La jerarquía axiológica

El siguiente elemento propio de la filosofía de la interpretación de Recaséns que guarda relación con lo visto hasta ahora es el que se refiere a la jerarquía axiológica. En el *Tratado* Recaséns dice que los valores presentan el espectáculo de guardar entre sí relaciones de rango o jerarquía¹⁰⁴. Hay especies de valores que valen más que otras, por ejemplo los valores éticos valen más que los utilitarios. Además, dentro de cada familia de valores, defiende Recaséns que unos valen más que otros; por ejemplo, vale más la

¹⁰³ Recaséns Siches, *Tratado...*, cit. p 663.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 63.

pureza que la decencia vale más la sublimidad que la gracia. Si volvemos al neoconstitucionalismo, vemos como hay miembros de esta escuela que creen en la existencia de una jerarquía axiológica. Así, verbigracia la profesora Pozzolo afirma la existencia de una jerarquía axiológica, que se caracteriza por no estar construida en abstracto, sino en concreto. Es decir, se construye en relación al caso examinado y tiende, por tanto, a presentarse cambiante en el sentido de que dependerá de las características peculiares de cada caso específico. De este modo, el principio que prevalece en el caso examinado podrá sucesivamente ceder en el juicio de otro caso concreto. Así pues, la jerarquía axiológica instaurada por el intérprete se llevará a cabo para cada caso particular¹⁰⁵.

3.2.6. La idea de la única respuesta correcta

Otra anticipación de Recaséns se refiere a lo que se conoce como el modelo constructivista de Dworkin, según el cual el Derecho no es un producto acabado sino que es construido mediante la interpretación, que es la postura que prevalece hoy en día¹⁰⁶.

La interpretación constructiva sostenida por Dworkin incluye la intención por parte del intérprete de mostrar el objeto interpretado como el mejor caso posible del género al que pertenece, es decir, ofrecer la mejor interpretación posible, o lo que es lo mismo, presentar la “única respuesta correcta”¹⁰⁷.

En su teoría de la interpretación Dworkin dice, que en la tercera etapa “post-interpretativa” el juez tiene que elegir una de entre las distintas teorías desarrolladas en la etapa anterior y que pugnan por ofrecer la mejor interpretación de los materiales jurídicos, utilizando como criterios los valores que pueden mostrar a la práctica en cuestión como “el mejor ejemplo posible” del género al que se considera que pertenece. En el desarrollo de esta tesis, Dworkin utiliza la figura del juez Hércules, para decir que se deberán resolver los casos concretos a través de la elaboración de la mejor teoría que reconstruya todo el sistema jurídico para encontrar la decisión justificada para ese caso, dando así como resultado la única respuesta correcta.

¹⁰⁵ Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa*, nº21, vol. 2, 1998, p. 341.

¹⁰⁶ Sastre Ariza, S., *Ciencia jurídica...*, cit., p. 196.

¹⁰⁷ Lifante Vidal, *La interpretación jurídica...*, cit., p. 330.

Por su parte Recaséns, sin llamar al juez con ningún nombre, dice que en todo caso deberá interpretar la ley precisamente del modo que lleve a la conclusión más justa, que aporte la realización del mayor grado de justicia para resolver el problema que tenga planteado en su jurisdicción.

Por lo tanto, Recaséns cree que siempre y cuando el intérprete acuda a las valoraciones y averigüe el sentido de la práctica social podrá llegar al mejor resultado posible; en otras palabras, que el juez deberá razonar según el *logos* de lo razonable para hallar la mejor respuesta posible para dictar la sentencia. Dworkin adopta, por lo tanto, un punto de vista muy parecido al de Recaséns.

La postura que adopta Dworkin de la única respuesta correcta, compartida por la concepción de Recaséns, niega o excluye la posibilidad de discrecionalidad judicial, con lo que entraría en conflicto con la de Kelsen y Hart. Es conocido que Hart calificó la tesis de la única respuesta correcta como el “noble sueño”, y a Dworkin como el “más noble de los soñadores”,¹⁰⁸.

Visto desde un punto de vista actual, hay autores como Prieto Sanchís que creen que el neoconstitucionalismo reclama una más meditada y compleja teoría de la interpretación, alejada del formalismo decimonónico, pero que a su juicio, no ha de conducir a consecuencias muy alejadas del positivismo maduro, es decir, a la tesis de la discrecionalidad, aunque, eso sí, pasada por el tamiz de la teoría de la argumentación¹⁰⁹. Por lo tanto, no es el único de los autores actuales que creen que la tesis de la discrecionalidad de Kelsen es válida, aunque tenga que ser complementada con los elementos propios de la actual teoría de la argumentación, es decir, adaptada al nuevo modelo constitucional, caracterizado por un ordenamiento jurídico constitucionalizado impregnado de una fuerte carga axiológica.

Así pues, las posturas teóricas podrían dividirse en dos grandes grupos: por un lado Kelsen y Hart defendiendo la tesis de la discrecionalidad, y desde el constitucionalismo autores como Alexy con la discrecionalidad débil y Guastini y Comanducci con la discrecionalidad fuerte; por otro lado Dworkin con la unidad de solución correcta. Me atrevería a situar a Recaséns, por lo que hemos visto, en el lado en que se encuentra Dworkin.

¹⁰⁸ H. L. A. Hart, “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana. La pesadilla y el noble sueño”, en *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Coord. Casanovas Romeu y Moreso, Crítica, 1994. pp. 327 y ss.

¹⁰⁹ Cif. Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, M., (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit. pp. 123-158.

3.2.7. La cuestión de los métodos de interpretación

Otra afinidad que sitúa a Recaséns cercano a la teoría actual de la argumentación jurídica es la defensa de la superación de los métodos tradicionales de la interpretación.

Lifante nos dice que los criterios que según Dworkin sirven al juez para llevar a cabo una elección entre las distintas teorías desarrolla en la segunda etapa “interpretativa” se basan en los valores que pueden mostrar esa elección como “el mejor ejemplo posible” del género al que se considera que pertenece. En el caso del Derecho el género al que pertenece es el de las prácticas sociales, y los valores que deben servir para juzgar a las mismas son valores de naturaleza moral¹¹⁰. Recaséns por su parte, y como hemos explicado más arriba, sostiene que el juez debe proceder a un estudio sociológico de los factores implicados en el litigio, y debe después aclarar el criterio axiológico válido, conjugando su sentido genérico con el sentido singular del problema concreto.

Lo que tienen en común ambos autores en este punto es que comparten la adopción del punto de vista axiológico por parte del juez. Dicen que el criterio al que debe acudir el juez para interpretar es un criterio basado en valoraciones de distinta índole. Recordemos que Recaséns dice explícitamente que hay que desechar de una vez y para siempre los distintos métodos tradicionales de interpretación¹¹¹. Dworkin y Recaséns tienen en común, por lo tanto, la idea de que el juez debe adoptar un criterio axiológico, basado, a su vez, en un estudio sociológico sobre los diferentes intereses presentes en el litigio, y por lo tanto no deberá acudir a los métodos tradicionales de interpretación, lo que por otra parte es totalmente opuesto a lo que propugnaba Kelsen y los formalistas jurídicos.

3.2.8. El activismo jurídico

A continuación veremos la distinción entre el positivismo jurídico y la teoría de la argumentación jurídica en relación a la diferente actitud que debe adoptar el intérprete del Derecho. Nos referimos a lo que se ha denominado como el activismo jurídico. Siguiendo la definición que el profesor Sastre recoge de Bobbio, el positivismo teórico ofrece una visión estrictamente pasiva o receptiva de la actividad del jurista,

¹¹⁰ Lifante Vidal, *La interpretación jurídica...*, cit., p. 330.

¹¹¹ Recaséns Siches, *Tratado...*, cit. p. 662.

quien habrá de limitarse a una tarea exegética de aclaración, ordenación y sistematización del Derecho positivo, esto es, a una dogmática¹¹². Por el contrario, como ya hemos visto, la teoría de la argumentación jurídica contempla el Derecho no como un mero sistema estático de normas jurídicas, sino como un sistema dinámico de reglas y principios.

Lifante vuelve a recoger a Dworkin, por ejemplo, para ver cómo este exige que los participantes de la concreta práctica jurídica desarrollen frente a la misma una actitud interpretativa. Esto se puede traducir en los siguientes puntos: primero tendrían que adoptar la presuposición de que la práctica posee un sentido o, como dice Recaséns, que el Derecho sirve a ciertos propósitos o valores, es decir, que tiene una orientación axiológica. En segundo lugar tendrían que reconocer la primacía de estos valores que orientan el ordenamiento jurídico frente a las reglas, lo que implicará cierta “flexibilidad” en la aplicación del conjunto de normas jurídicas que forman el ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, tanto Dworkin como Recaséns son partidarios de que los jueces adopten una actitud interpretativa frente a la práctica del Derecho, algo que se opone a la práctica deductivo-formalista que proponían los formalistas.

3.2.9. La idea de integridad

Por último, un nuevo propio de la teoría de la argumentación jurídica contemporánea que puede ligarse con las propuestas de Recaséns es la idea de integridad. Según Lifante, Dworkin señala que todos los materiales jurídicos deben verse como una unidad conformada por el conjunto de los principios por el que haya optado cada interpretación. También nos dice Lifante que el intérprete concebido por Dworkin debe operar como si el Derecho fuera fruto de “una” voluntad y esos principios representaran “sus” intenciones¹¹³.

Esta idea de integración es totalmente antiformalista, ya que los formalistas no tienen en cuenta todo el ordenamiento jurídico, ni mucho menos los valores en él contenidos, sino sólo la ley concreta para ser aplicada.

Creo que la idea de integridad recogida por Lifante puede ser comparada con algunas tesis de la filosofía de la interpretación de Recaséns Siches. En su *Tratado*,

¹¹² Sastre Ariza, S., *Ciencia jurídica...*, cit., p. 138.

¹¹³ Lifante Vidal, *La interpretación jurídica...*, cit., p. 288.

Recaséns afirma que el juez debe obediencia a las leyes, pero que las leyes no pueden operar por sí solas, sino únicamente a través de la interpretación que se les dé. Y, como hemos visto, el juez debe interpretar las leyes siempre en un sentido de justicia, es decir, razonablemente¹¹⁴.

Esto, que aún puede parecer muy general, lo concreta Recaséns estableciendo que el juez, en la apreciación del fallo, debe apreciar las pautas estimativas que informan el mismo ordenamiento jurídico positivo comprendiéndolo en toda su integridad. Y que además, estas pautas estimativas están vigentes en las convicciones sociales de la comunidad popular en ese momento¹¹⁵.

Asimismo, cabe apuntar el carácter marcadamente antiformalista de esta teoría, pues en los conflictos entre la integridad del ordenamiento jurídico y los principios no se puede resolver de forma matemática o aplicando la lógica formal, sino que será necesario sopesar argumentos a favor y en contra de la práctica y valorar las consecuencias que se deriven de la decisión que se pretende adoptar¹¹⁶.

La conclusión de todo este ejercicio de comparación no puede ser sino la siguiente: Recaséns comparte muchas más tesis con los teóricos del neoconstitucionalismo como Dworkin que con los teóricos del formalismo como Kelsen.

3.3. Recaséns Siches y la teoría de la argumentación jurídica

Hemos visto en el apartado anterior un cierto aire de familia entre Recaséns Siches y los teóricos de la argumentación jurídica. Lo que vamos a ver en este apartado es que, como consecuencia de esto, se ha producido un cierto reconocimiento por parte de la academia jurídica española a la condición de Recaséns Siches como precursor de la teoría de la argumentación jurídica. Para mostrar esto resulta conveniente tomar como referente a Manuel Atienza, en tanto que el gran defensor en España de la teoría moderna de la argumentación jurídica a fin de tener en cuenta la valoración que hace de la labor de Recaséns Siches.

Como ha señalado Atienza, lo que hoy conocemos como la teoría de la argumentación jurídica tiene su origen en las obras de una serie de autores de los años

¹¹⁴ Recaséns Siches, *Tratado...*, cit. p. 629.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 660.

¹¹⁶ Sastre Ariza, S., *Ciencia jurídica...*, cit., p. 194.

cincuenta y sesenta del siglo XX. Atienza considera como precursores de la moderna teoría de la argumentación jurídica a los iusfilósofos Theodor Viehweg, Chaim Perelman, Stephen Toulmin, y Recaséns Siches¹¹⁷.

La obra de referencia que he utilizado para el estudio de este epígrafe ha sido *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*¹¹⁸ cuyo autor nuevamente es Atienza. Este libro está dedicado al examen de las obras de los autores señalados más arriba. Sin embargo, en esta obra que Atienza dedica los precursores, no se trata en detalle la aportación de Recaséns Siches. No obstante, como veremos, hay muchas similitudes entre los autores recogidos por Atienza y Recaséns Siches. Lo que me propongo a continuación es ofrecer elementos suficientes para dejar claro que Recaséns Siches tendría que haber sido incluido en dicho libro como otro precursor de la actual teoría de la argumentación jurídica con igual trato a los autores citados. Para ello he dividido este epígrafe en cuatro puntos: en el primero (3.3.1) veremos cuáles son los rasos compartidos entre los considerados por Atienza como precursores de la moderna teoría de la argumentación jurídica y, todo seguido, examinaremos la obra de cada uno y su relación con la obra de Recaséns Siches, de tal modo que en primer lugar (3.3.2.) examinaremos la obra de Viehweg, en segundo lugar (3.3.3) la de Perelman y, por último (3.3.4.) la de Toulmin.

3.3.1. Los precursores de la teoría contemporánea de la argumentación jurídica

Recaséns Siches, Viehweg, Perelman y Toulmin comparten entre sí el rechazo a la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. A este rechazo sumaban la pretensión de construir un concepto de argumentación jurídica que se opusiera a la noción de argumento lógico en sentido estricto. Querían desarrollar una teoría no-formal de argumentación jurídica que superara la posición lógico-deductiva propia del positivismo jurídico¹¹⁹.

Así, y según Atienza, Recaséns Siches, inspirado por su maestro Ortega y Gasset, propuso el razonamiento según el logos de lo razonable como forma para superar el logos de lo racional. Por su parte Viehweg contrapuso la concepción deductiva de la argumentación a la tradición de la tópica; Perelman enfrentó los

¹¹⁷ Atienza, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona, 2006, p. 41.

¹¹⁸ Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1991.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 67.

argumentos deductivos o apodícticos a los retóricos; y por último, Toulmin opuso la lógica idealizada de la tradición matemática a una lógica “operativa”, adecuada para los diversos ámbitos de la vida en los que se argumenta y no circunscritos a los de las ciencias formales.

Lo importante a destacar aquí es que Atienza sitúa a Recaséns como uno de los precursores de la teoría de la argumentación jurídica, que se caracterizan por refutar la lógica formal deductiva como razonamiento jurídico y proponer alternativas.

Partiendo de los estudios y conclusiones a los que llegaron estos precursores, se desarrollaron en los años setenta distintas teorías de la argumentación jurídica por autores como McCormick, Alexy, Dworkin, Peczenik o Aarnio. Estas nuevas teorías se caracterizaron por querer integrar dos nociones distintas de argumentación: la noción lógica formal, vinculada al razonamiento formal, y otra ligada a lo que podríamos llamar la racionalidad práctica¹²⁰.

Para éstos, los buenos argumentos jurídicos debían cumplir los requisitos de la lógica formal, esto es, la consistencia de las premisas, el respeto de las reglas de inferencia en el paso de la premisa a la conclusión, y satisfacer también el requisito de la racionalidad práctica, es decir, la universalidad, la coherencia, etc. Atienza se refiere a estos requisitos, siguiendo a Wróblewski, como justificación interna de carácter lógico deductivo, y justificación externa o de lógica material.

O sea que después de los precursores de los años cincuenta vinieron los llamados teóricos de la argumentación jurídica, quienes, menos radicales en el afán por desterrar la lógica formal del razonamiento jurídico, vincularon la lógica formal con la material para edificar, una vez unidas, la moderna teoría de la interpretación jurídica.

3.3.2. Theodor Viehweg

A la hora de tratar a Viehweg, Atienza sostiene explícitamente que muchas ideas que este autor maneja son muy semejantes a las que sostuvo Recaséns en *Nueva Filosofía de la Interpretación*, publicada en 1956. Lo que vamos a ver a continuación es si la crítica que hace Atienza a la tónica de Viehweg se puede extrapolar a la postura que adopta Recaséns; y también, en la medida de lo posible, comprobar si la valoración que a su vez hace Recaséns de Viehweg es comparable a la llevada a cabo por Atienza.

¹²⁰ Atienza, *El Derecho como argumentación...*, cit. p. 67.

Primeramente hay que decir que Atienza recoge de Alexy y García Amado las críticas hacia la tónica de Viehweg. Para Atienza, la tónica permite, básicamente, ver que no sólo hay problemas de justificación interna entre las premisas, sino que también hay toda una problemática en torno a la justificación de las premisas externas o fácticas para la elaboración de la decisión judicial.

La tónica, por sí sola, no puede sin embargo según Atienza suministrar una explicación satisfactoria de la argumentación jurídica. Se limita a sugerir un catálogo de tónicos o premisas utilizables en la argumentación, pero sin dar criterios para establecer una jerarquía entre ellos. En definitiva, no proporciona una respuesta (que de hecho ni siquiera intuye) a la cuestión central de la metodología jurídica, que no es sino la racionalidad de la decisión jurídica.

Pero entremos ya a rastrear lo recasensiano que hay en la tónica de Viehweg. Este nos muestra la dimensión a la que apunta la tónica, desarrollada por otras concepciones de la argumentación jurídica, las cuales han adquirido gran importancia práctica como consecuencia de las últimas investigaciones sobre sistemas jurídicos expertos, esto es, en relación con la construcción de programas que reproduzcan las formas características de razonar de un profesional del Derecho¹²¹.

Sobre esto hay que decir que en la obra de Recaséns ya encontramos una teoría de cómo tiene que razonar un jurista o profesional del Derecho: mediante la lógica de lo razonable. Recaséns habla de la tónica como ejemplo de un postulado antiformalista que contribuye a desheredar a la lógica formal para interpretar el Derecho.

Por su parte, Atienza cree que todo sistema jurídico experto debe contar no sólo con las reglas de la inferencia que son de conocimiento público, es decir, aquellas de tipo oficial contenidas en los códigos, sino también con reglas de experiencia, que son de carácter informal y constituyen lo que él llama la *heurística jurídica*.

Por consiguiente, lo que hace Atienza es reconocer la limitación de la lógica formal para la interpretación del Derecho y la necesidad de recurrir a reglas de experiencia. Pues bien, esto mismo es lo que dice Recaséns cuando afirma que la lógica formal se encuentra limitada y que resulta preceptivo acudir a la lógica informal para interpretar las normas jurídicas, es decir, al logos de lo razonable.

Viehweg inaugura la tradición del pensamiento de la tónica jurídica, en el que según Atienza, podrá encontrarse sugerencias o estímulos valiosos para el estudio del

¹²¹ Atienza, *Las razones del Derecho...*, cit. p. 62.

razonamiento jurídico. El mérito fundamental de Viehweg, por lo tanto, no es el de haber construido una teoría, sino el de haber descubierto un nuevo campo para la investigación jurídica¹²².

Llama la atención este punto por ser el mismo mérito que se le atribuye a Recaséns Siches. El pensamiento de Recaséns es limitado, o si se quiere incompleto para construir toda una teoría, mas es totalmente válido para orientar y comprender el campo de la investigación dedicado a la interpretación jurídica.

La última crítica que Atienza lanza contra a Viehweg se centra en la exagerada contraposición entre el pensamiento tópico y el pensamiento sistemático (el lógico-deductivo). La noción que usa Viehweg del sistema axiomático o de deducción es más estrecha que la manejada por los formalistas, ya que estos últimos no parecen tener mayor inconveniente en reconocer la importancia de la tópica en el razonamiento jurídico, aunque sin que ello signifique prescindir de la lógica formal¹²³.

Respecto a esta última crítica, creo que bien podría valer para Recaséns si la entendiéramos como que este exagera en la crítica radical que dirige a la lógica deductiva. Y también entiendo el que para Atienza esta tenga una utilidad más generosa que la que le reconoce Recaséns, que es demasiado residual. Aquí queda patente que Atienza no prescinde absolutamente de la lógica formal, mientras que Recaséns sí que lo hace con poquísimas y muy contadas excepciones¹²⁴.

Cambiamos ahora de óptica y adoptemos el punto de vista de Recaséns para ver las valoraciones que recoge sobre la tópica de Viehweg a fin de compararlas con las de Atienza.

Recaséns valora que Viehweg parta de la base de que la elaboración del Derecho y su tratamiento nunca podrán seguir una línea sistemática ni deductiva¹²⁵. Continúa diciendo que Viehweg insiste en que la elección de las premisas, esto es, la averiguación de las máximas fundamentales, consiste en una labor discrecional que no puede ser regida por la lógica formal, aunque sí por juicios de valor.

¹²² *Ibid.*, p. 63.

¹²³ *Ibid.*, p. 59.

¹²⁴ "...sin embargo, aquella lógica tradicional puede tener algún uso, aunque indispensable en ocasiones, tan sólo marginal, en el campo jurídico". Recaséns Siches, *Experiencia jurídica...*, cit. p. 429.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 424.

Otro punto a destacar es que Recaséns se identifica plenamente con el esfuerzo que realiza Viehweg para demostrar que la interpretación de las normas jurídicas es algo indispensable, lo que introduce muchas veces la tópica en el tratamiento jurídico¹²⁶.

También señala Recaséns que hay una multitud de casos jurídicos que no pueden ser resueltos según lo expresado en las normas preestablecidas en otra época, por lo que será necesario acudir a interpretaciones adecuadas, mediante la utilización de tópicos, tales como la extensión, restricción, equiparación, etc.

Tengo que decir que Atienza comparte esta opinión cuando señala que en la obra de Viehweg se muestra la necesidad de razonamiento también donde no caben fundamentaciones concluyentes y la de explorar en el razonamiento jurídico los aspectos que permanecen ocultos desde una perspectiva exclusivamente lógica.

Otro reconocimiento que hace Recaséns de la tópica de Viehweg es que en realidad para la interpretación de las situaciones de hecho, necesaria en algunos casos para el tratamiento jurídico del problema planteado, hace falta la mayoría de las veces una determinada comprensión de la situación fáctica, lo cual requiere de nuevo el empleo de procedimientos pertenecientes a la tópica¹²⁷.

Por lo tanto, no se puede hablar de interpretación de normas sin obtener simultáneamente una comprensión del significado de los hechos; de lo que ahí se sigue el desvanecimiento de la ilusión de un sistema lógico formal del Derecho.

Por último cabe añadir que Recaséns reconoce explícitamente la utilidad de los estudios acerca de la tópica llevados a cabo, entre otros, por Viehweg. Califica estos trabajos de muy fértiles y los considera muy convenientes por haber contribuido a iluminar en detalle un ejemplar de pensamiento jurídico que tiene máxima importancia lo mismo en jurisprudencia que en legislación¹²⁸.

Pero a pesar de eso, Recaséns considera anacrónico cualquier intento por revivir las tópicas propias de la Antigüedad y del Medievo ya que, a su entender, la importancia no radica en las tópicas en sí, sino en que fueron instrumento auxiliar al servicio del pensamiento aporético como algo diferente, e incluso contrario al pensamiento de índole puramente sistemático.

Por lo tanto, en mi opinión, el valor que da Recaséns a la tópica se parece al que da Atienza: el de ayudar a descubrir un campo para la investigación jurídica. Recaséns

¹²⁶ *Ibid.*, p. 427.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 424.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 510.

conviene también en reconocer, que ayuda a la superación del pensamiento puramente formal, es decir, sistemático. Por eso creo que Atienza coincide con Recaséns cuando reconoce que un sistema debe incluir de manera inexorable reglas de carácter informal.

3.3.3. Chaïm Perelman

Nos fijaremos ahora en otro autor considerado por Atienza como un precursor de la teoría de la argumentación jurídica: Chaïm Perelman. Lo que veremos seguidamente es las críticas que Recaséns realizó a la nueva retórica de Perelman y la forma en que esas críticas coinciden en lo sustancial con la opinión que Atienza mantiene al respecto.

En primer lugar Atienza reconoce la contribución de Perelman al resurgimiento de la tradición de la tópica y la retórica antigua que se produce a partir de la segunda mitad del siglo XX¹²⁹. Este reconocimiento coincide con el que hizo Recaséns en los años setenta,¹³⁰ destacando el trabajo de Perelman en revivir el interés por la retórica y dialéctica clásicas, que mostró que el pensamiento jurídico y la práctica de la jurisprudencia nunca fueron “sistemáticos” ni intentaron serlo, con la excepción, claro está, de la práctica llevada a cabo entre los siglos XVIII a XX¹³¹.

Atienza señala que Perelman se dedicó al estudio de las técnicas y razonamientos propio de los juristas, a los que llamó “lógica jurídica”. Pero la lógica jurídica no es, para Perelman, una rama de la lógica formal aplicada al Derecho, porque los razonamientos jurídicos no pueden reducirse en absoluto a razonamientos lógico-formales, pues no son sino una rama proveniente de la retórica. Perelman lleva a cabo una distinción entre razonamientos analíticos, formales, dialécticos y no formales, (distinción que remonta a Aristóteles). Según Perelman el papel de la lógica formal es el de hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, mientras que el de la lógica jurídica será mostrar la aceptabilidad de esas mismas premisas. La lógica jurídica se presenta, por consiguiente, no como una lógica formal, sino como una argumentación que dependerá de la manera en que los legisladores y los jueces conciban su labor y de la idea que se hagan del Derecho y de su papel en la sociedad¹³².

Recaséns ha reconocido que coincide con Perelman en la expulsión de la lógica formal, de la inferencia, de la lógica pura de tipo matemático o lógica formal deductiva

¹²⁹ Atienza, *Las razones del Derecho...*, cit. p. 65.

¹³⁰ Recaséns Siches, *Experiencia jurídica...*, cit. p. 353.

¹³¹ *Ibid.*, p. 355.

¹³² Atienza, *Las razones del Derecho...*, cit. p. 82.

del campo de lo jurídico. También reconoce Recaséns que Perelman ha ayudado a descubrir la lógica material de lo jurídico, la lógica de la argumentación, la lógica de la prudencia, en suma, la lógica que Recaséns prefiere llamar de lo *razonable*, en contraste con la lógica de lo *racional*¹³³.

Lo que acabamos de ver es que Perelman comparte con Recaséns la distinción básica, de origen aristotélico, entre razonamientos analíticos o lógico-formales, por un lado, y razonamientos dialécticos o retóricos por otro, y la manera que ambos sitúan a la argumentación jurídica en este segundo apartado, con la única diferencia que Recaséns la denomina “lógica de lo razonable” y Perelman simplemente “lógica jurídica”¹³⁴.

Siguiendo a Atienza, otro punto en común que podemos señalar entre Perelman y Recaséns viene referido a la labor de los jueces, quienes habrán de tomar decisiones razonables; no soluciones perfectas, únicas y definitivas, sino soluciones aceptables, modificables y perfectibles¹³⁵. Esta valoración guarda perfecta sintonía con la concepción de Recaséns de la labor judicial. Así, Recaséns afirma que la experiencia de problemas prácticos de conducta interhumana (como es el Derecho) implica que los hombres deliberen, argumenten, ponderen unas razones frente a otras; busquen no la verdad, no la verdad exacta, evidente, o demostrable rigurosamente, indiscutible y obvia, sino una solución práctica aceptable, la más prudente que quepa encontrar, la que parezca adecuarse mejor a los términos de las cuestiones planteadas, la que se reputa como más satisfactoria, la que se juzgue como más sensata y se estime como más justa¹³⁶.

Nos dice Atienza que Perelman ya se da cuenta de que hay una nueva concepción del Derecho nacida tras la Segunda Guerra Mundial y caracterizada por la importancia atribuida a los principios generales del Derecho y a los tópicos jurídicos. Atienza reproduce las palabras de Perelman para dar cuenta de que el razonamiento jurídico no es ya ni una simple deducción silogística ni tampoco una simple búsqueda de una solución equitativa, sino la búsqueda de una síntesis en la que se tenga en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el Derecho.

Perelman cree que el juez, por lo tanto, emprende una búsqueda de una solución que no sea sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable¹³⁷.

¹³³ Recaséns Siches, *Experiencia jurídica...*, cit. p. 507.

¹³⁴ Atienza, *Las razones del Derecho...*, cit. p. 67.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 92.

¹³⁶ Recaséns Siches, *Experiencia jurídica...*, cit. pp. 326-327.

¹³⁷ Atienza, *Las razones del Derecho...*, cit. p. 85.

Esta guarda perfecta sintonía con la percepción que Recaséns tiene sobre el proceso de interpretación y aplicación del Derecho, que debe verse como un proceso argumentativo en que todos los elementos presentes y contenidos en el ordenamiento jurídico interaccionan constantemente y en el que por lo tanto, el juez valore las normas contenidas en su fallo en relación con el ordenamiento jurídico en toda su completitud.

Siguiendo con las valoraciones de Atienza, encontramos que destaca la obra de Perelman por su intento de rehabilitar la razón práctica, es decir, la introducción de algún tipo de racionalidad en la discusión de cuestiones concernientes a la moral, al Derecho, a la política, etc, y que vendría a significar algo así como una vía intermedia entre la razón teórica (esta es, la de las ciencias lógico-experimentales) y la pura y simple irracionalidad. Además, su propuesta se caracteriza también porque toma en cuenta los razonamientos prácticos tal y como se producen en la realidad¹³⁸.

Estos méritos que Atienza reconoce a Perelman se pueden trasponer perfectamente a la labor de Recaséns, pues recordemos que este aboga por tener en cuenta los elementos sociológicos para valorar los hechos sociales, así como incluir elementos de estimativa jurídica y de carácter axiológico de manera necesaria, y además hacer de ellos una valoración de carácter circunstancial.

Atienza es consciente que esto último dicho por Recaséns también lo dice Perelman. Según Atienza, el concepto que usa Perelman de decisión razonable varía no sólo histórica y socialmente, por lo que un concepto presente en una determinada sociedad y en un cierto momento podría dejar de serlo en otro medio o época, y que incluso podría variar en un mismo momento histórico y medio social, por lo que puede ofrecer en consecuencia, una pluralidad de decisiones posibles.

3.3.4. Stephen E. Toulmin

El último precursor de la teoría de la argumentación jurídica que trata Atienza es Stephen E. Toulmin. Veremos ahora la crítica que hace Atienza a su lógica informal a fin de establecer su relación con la filosofía de la interpretación jurídica de Recaséns Siches.

Para Atienza las ideas de Toulmin constituyen, como las de Viehweg, Perelman, y también las de Recaséns, un intento de dar cuenta de la argumentación jurídica a partir

¹³⁸ *Ibid.*, p. 86.

de un modelo que no es ya el de la lógica deductiva¹³⁹. La primera valoración que hace Atienza, respecto a Toulmin es la calificación su postura como “radical”, pues consiste en separarse de una tradición que arranca en Aristóteles y que pretende hacer de la lógica una ciencia formal comparable a la geométrica¹⁴⁰. El objetivo de Toulmin sería, según Atienza, el de construir una verdadera teoría de la argumentación, lo que la diferenciaría en este punto de Recaséns, Viehweg y Perelman.

Entrando a examinar de cerca la postura de Toulmin, vemos que se basa en el establecimiento de la tesis de que la corrección de un argumento no es una cuestión formal, es decir, algo que dependa exclusivamente de la forma de las premisas y de la conclusión, sino que es una cuestión procedimental, en el sentido de algo que tiene que ser juzgado de acuerdo con criterios apropiados para el campo del que se trate, el cual a su vez, es sustantiva e históricamente variable¹⁴¹.

Este supuesto que destaca Atienza en la propuesta de Toulmin es idéntico a uno de los que vimos antes sostenida por Perelman y compartida por Recaséns. Asimismo, Toulmin comparte la misma constatación que Viehweg, Perelman y Recaséns: la insuficiencia de la lógica formal deductiva para dar cuenta de la mayor parte de los razonamientos jurídicos. Se diferencia de Viehweg y Perelman en que su crítica a la lógica formal es más radical: Toulmin no pretende sólo suministrar un modelo que sirva para el campo del Derecho, como quería hacer Viehweg, ni siquiera para el campo de lo que suele llamarse “razón práctica”, como quería conseguir Perelman, sino para el campo de la argumentación en general¹⁴². En esta radicalidad se asemeja a Recaséns, quien dejó claro en 1971 que lo que pretendía con su lógica de lo razonable no era hacer una lógica para el campo de lo jurídico, sino una lógica apta para toda esfera de la vida humana en general¹⁴³. Por eso la llamó también logos de lo humano¹⁴⁴.

Otro punto en el que se detiene Atienza es el de señalar que para Toulmin la lógica formal es aquella dedicada al estudio de los argumentos como una secuencia de proposiciones, algo diferente de lo que le interesa: el estudio de los argumentos

¹³⁹ *Ibid.*, p. 103.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 104.

¹⁴¹ *Idem.*

¹⁴² *Ibid.*, p. 123.

¹⁴³ En el libro *Experiencia jurídica...*, cit.

¹⁴⁴ Como hemos visto, cuando Recaséns presentó la lógica de lo razonable en 1956 con la publicación de *Nueva Filosofía de la Interpretación jurídica*, la presentaba como la lógica apta para el campo de lo jurídico. Pero en 1971 en su libro *Experiencia jurídica...*, la lógica de lo razonable amplió considerablemente su ámbito de aplicación convirtiéndose en una lógica raciovitalista (sin duda influida ya totalmente por Ortega), y por ende también para el campo del Derecho, adoptando la nomenclatura de “logos de lo humano”.

considerados como interacciones humanas, como un tipo de acción¹⁴⁵. Llama la atención que eso sea lo mismo que le interesa a Recaséns a principios de los setenta, cuando señala el mérito de Toulmin de ver la argumentación desde la óptica de una interacción humana, y no simplemente desde una perspectiva lógica formal¹⁴⁶.

Sin duda el gran punto en común entre Toulmin y Recaséns, es que ambos intentan investigar el porqué del fracaso de la lógica tradicional en los problemas de la conducta humana. Por ejemplo, Recaséns destaca de Toulmin la diferencia que establece entre los juicios enunciativos de la lógica científica, por una parte, y los juicios argumentativos, por otra. Pues bien, la diferencia señalada por Toulmin entre unos y otros es la misma que señala Recaséns: que a diferencia de los primeros, los juicios argumentativos están siempre impregnados de estimaciones, apreciaciones, valoraciones de muy variada índole, y que toleran un más y un menos, es decir, que poseen una especie de graduación, y, consiguientemente, una dimensión de mayor o menor probabilidad¹⁴⁷.

La conclusión de este apartado es que podemos estar de acuerdo con Atienza al incluir a Recaséns Siches entre los precursores de la teoría de la argumentación jurídica. Sin embargo debemos insistir en que el tratamiento que Atienza brinda a Recaséns debería ser el mismo que da a los otros tres precursores de la argumentación jurídica moderna. No es solo una cuestión de nacionalismo lo que permite incluir a Recaséns como precursor, algo que, como hemos visto a lo largo de este trabajo, ya estaba enunciado en los viejos tiempos en que marchó a Alemania a fin de poner a la Filosofía del Derecho española a la altura de los tiempos.

¹⁴⁵ Recaséns Siches, *Experiencia jurídica...*, cit. p. 128.

¹⁴⁶ Esta sería, por ejemplo, la posición que adopta Habermas, y que será la base de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy.

¹⁴⁷ Recaséns Siches, *Experiencia jurídica...*, cit. p. 386.

Conclusiones

Llegados a este punto, podemos concluir que, efectivamente, hay muchos indicios que evidencian que Recaséns Siches se adelantó y contribuyó al desarrollo de la argumentación jurídica contemporánea.

Como hemos visto, este trabajo está dividido en tres grandes bloques que, a su vez, nos han dejado una serie de conclusiones. Destacamos las más relevantes:

1.-El primer bloque está dedicado a presentar la figura de Recaséns Siches y ver cuál fue su labor vital y académica como renovador de la Filosofía del Derecho española. Su contribución se puede resumir en el llamado *proyecto Recaséns*, que fue un intento de situar la filosofía jurídica española a la altura de la que se hacía por entonces fuera de nuestras fronteras. Esta renovación se llevó a cabo mediante la introducción de los postulados kelsenianos a los que, sin embargo, acompañó siempre de un discurso crítico al ser consciente, desde el principio, de la necesidad de superarlos por ser demasiado formalistas. Esto es algo que, como hemos visto, se extiende a su teoría de la interpretación jurídica.

2.-La segunda parte del trabajo es una exposición sintética de los elementos más característicos de la interpretación del Derecho según la concibió Recaséns Siches. La elaboración de su teoría se llevó a cabo en su segunda etapa en México, con el objetivo de aclarar aquellos problemas que entonces ofrecía la interpretación y aplicación judicial del Derecho. Los principales puntos concluyentes que cabe señalar de esta segunda parte son los siguientes:

2.1.-En primer lugar, Recaséns analiza la función jurisdiccional, de cuyo análisis se desprende el rechazo total a la concepción predominante durante el s. XIX, propia de los positivistas jurídicos, de que todo el derecho positivo se encontraba contenido en las normas jurídicas y de que, en consecuencia, la función judicial debía estar limitada a la aplicación de las normas jurídicas según métodos silogísticos. Recaséns defiende que, por el contrario, en el proceso de dictar sentencia, el juez deberá llevar a cabo juicios valorativos, a lo que seguirá, por ende, que la función jurisdiccional tendrá siempre dimensiones creadoras.

2.2.-En este segundo punto también nos hemos referido a la condena total que Recaséns dirige al empleo de la lógica tradicional en el campo de la interpretación del Derecho. Estas críticas, sin duda las más duras recogidas en la teoría de Recaséns, ya se

desprenden de su obra de juventud, aunque ahora también extendidas al ámbito de la interpretación jurídica.

2.3.-La gran afirmación que encontramos en la teoría de la interpretación de Recaséns es, sin duda, el logos de lo razonable, al que propone como único método correcto de interpretación jurídica y, por consiguiente, será el único instrumento que deberán utilizar los jueces en el desempeño de su labor jurisdiccional. La característica más importante del logos de lo razonable es su carácter marcadamente raciovitalista, del que se desgajan todos los demás elementos que lo caracterizan: la adopción de un punto de vista estimativo o axiológico y la conciencia de los hechos de la experiencia jurídica, esto es, de las circunstancias concretas e históricas de los hechos presentes en la vida humana. Asimismo, de lo dicho se desprende que Recaséns considera que con la aparición del logos de lo razonable quedan superados los criterios tradicionales de interpretación jurídica.

3.-El tercer bloque de este trabajo está dedicado a demostrar que Recaséns Siches tiene que ser considerado un precursor de la teoría de la argumentación jurídica. Para ello hemos estudiado los siguientes puntos:

3.1.-En primer lugar he intentado constatar la firme voluntad de Recaséns de superar la teoría de la interpretación jurídica propugnada por Kelsen y los formalistas jurídicos, algo que nuevamente ya habíamos visto en otros puntos, pero no en relación a la interpretación jurídica.

3.2.-También se ha podido comprobar como los elementos más característicos de la moderna teoría de la argumentación jurídica guardan una relación con la teoría de Recaséns. Para demostrarlo hemos confrontado la postura de Recaséns Siches con la teoría de Dworkin y, en menor medida, con la de otros teóricos de la argumentación jurídica, pudiendo evidenciar que hay muchos elementos compartidos entre ambos autores.

3.3.-Como consecuencia de lo anterior, hemos comprobado que existe un cierto reconocimiento por parte de la academia jurídica española a la posición de Recaséns como precursor de la teoría de la argumentación jurídica. Para esto hemos seguido la opinión de Atienza sobre los orígenes de la argumentación jurídica y sus valoraciones sobre los que considera precursores de la misma. Aunque Atienza sitúa a Recaséns junto al resto de los precursores, no le da un tratamiento de igual protagonismo que al resto.

Por todo ello, creo poder afirmar que el mérito que hay que reconocer a la labor de Recaséns Siches en el campo de la interpretación jurídica es el mérito propio de los pioneros, el de aquellos que mediante su obra abrieron brecha y al que, por lo tanto, hay que situar en el lugar que le corresponde: el de ser precursor de la teoría de la argumentación jurídica.

Bibliografía

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y *Estudio preliminar* de BERNAL PULIDO, Carlos Centro de estudios constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2007.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de ATIENZA, Manuel y ESPEJO, Isabel, Centro de estudios constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2007.

ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona, 2006.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1991.

ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

ATIENZA, Manuel, “Para una razonable definición de “razonable”, DOXA 4, 1987, pp. 189-200.

AUSTIN, John, *El objeto de la Jurisprudencia*, traducción y *estudio preliminar* de Páramo Argüelles, Juan Ramon, de, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002

CABRA APALATEGUI, José Manuel, “Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: estimativa jurídica y logos de lo razonable”, AFD, 2011, pp. 37-61.

CARBONELL, Miguel (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

CASTRO CID, Benito, de, *La Filosofía Jurídica de Luis Recaséns Siches*, Universidad de Salamanca, 1974.

CASTRO CID, Benito, de, “Luis Recaséns Siches (1903-1978)”, *Juristas Universales*, Domingo, R., (ed), T. 4, Marcial Pons, 2004, pp. 427-430.

DÍEZ-PICAZO, Luis., *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, 3ª edición, Ariel, Barcelona, 1993.

ENGISCH, Karl, *La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia jurídica actuales*, traducción de Gil Cremades, Universidad de Navarra, Pamplona, 1968.

GARCÍA ARIAS, Luis, “Perfil humano, Universitario y Científico del Profesor Legaz y Lacambra”, en AADD: *Estudios Jurídico-Sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, I, Univ. De Santiago de Compostela 1960.

- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *La Filosofía de los Derechos humanos durante el Franquismo*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1996.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo y RIVAYA, Benjamín, “Cronología comparada de la filosofía del derecho española durante el franquismo (1939-1975)”, en AFD, n° 15, 1998, pp. 305-334.
- GONZÁLEZ DÍAZ-LLANOS, Ezequiel, “Don Luis Recaséns Siches”, en AFD, n°4, T. XIII, Madrid, 1968, pp. 345-354.
- HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, traducción de Carrio, Genaro R, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992
- HART, H. L. A., “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana. La pesadilla y el noble sueño”, en *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Coord. CASANOVAS ROMÉY, Pompeu y MORESO, José Juan, Crítica, 1994. pp. 327-352.
- IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1999.
- KELSEN, Hans, *Compendio de Teoría general del Estado*, 2ª edición corregida con un *Estudio preliminar* por Recaséns Siches, Editorial Nacional, México, 1974.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción de García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Universidad de Buenos Aires, 2000.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Kelsen, Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*. Bosch, Barcelona 1933.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “La influencia de Kelsen sobre el Pensamiento Jurídico Español”, en *Essays in Honor of Hans Kelsen*, The University of Tennessee Press, Knoxville 1964.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1999.
- ORTEGA Y GASSET, José, *El tema de nuestro tiempo. Prólogo para alemanes*, Tecnos, 2002.
- POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en DOXA, n°21, vol. 2, 1998, pp. 339-353.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico (La Filosofía del Derecho en el siglo XX)*, Labor, Barcelona 1929.

- RECASÉNS SICHES, Luis, *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español*, Madrid, Javier Morata Editor, 1931.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Los Temas de la Filosofía del Derecho en perspectiva histórica y visión de futuro*, Bosch, Barcelona 1934.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Dianoiá Fondo de cultura económica, México, 1956.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Estudio Preliminar en la edición española de La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia jurídica actuales* de K. Engisch, traducción de Gil Cremades, Universidad de Navarra, Pamplona 1968.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Experiencia jurídica, Naturaleza de la cosa y “Logos de lo razonable”*, Dianoiá Fondo de cultura económica, UNAM, México, 1971.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, 3ª edición, Porrúa, México, 1974.
- RECASÉNS SICHES, Luis, “La Filosofía del Derecho. Autoexposición”, ACFS, XXV, 1975, pp. 339-377.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, 12ª edición, México, 1997.
- RIBES LEIVA, Alberto J., “Luis Recaséns Siches (1903-1977): La sociología como respuesta a la crisis, defensa del individuo y fundamentación de la convivencia”, Andalui, Revista Andaluza de Ciencias Sociales, N°5, 2006.
- RIVAYA, Benjamín, “Biografía política de Luis Recaséns Siches (1930-1936)”, Revista de las Cortes Generales, N°52, 2001, pp. 194-225.
- RIVAYA, Benjamín, *Una Historia de la Filosofía del Derecho Española del siglo XX*, Iustel, Madrid 2010.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto. E. (coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, UNAM, México, 1980.
- SASTRE ARIZA, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid, 1999.
- VECCHIO, Giorgio, del, *Filosofía del Derecho*, Bosch, t. I, Barcelona 1929.
- VECCHIO, Giorgio, del, *Filosofía del Derecho*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1935.