

El método jurídico: diferentes líneas metodológicas y una propuesta de síntesis

The Legal Method: Different Methodological Lines and One Proposal of Synthesis

Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo *

Resumen: El propósito de este escrito es poner de manifiesto las principales características de los métodos jurídicos contemporáneos, así como sus principales carencias. Todos estos métodos parten de una comprensión parcial del fenómeno jurídico, lo que exige una posición metodológica que aglutine las virtudes de las diferentes líneas metodológicas al tiempo que permita su ordenación conforme a la finalidad de toda praxis jurídica: la búsqueda de lo racional, razonable o “justo” en el caso concreto. Con un espíritu conclusivo se exponen las principales características del método propuesto por el autor, dentro del marco teórico del realismo clásico o metódico.

Abstract: This work aims to put on the principal features of the contemporary legal methods and their main shortages. All of these methods depart from a partial comprehension of the legal phenomenon. The object of this article is to find a methodological position able to connect the different methodological lines, that allow arrange their virtues in order to the search of the logical, reasonable or “fair” in the concrete case. Summarily it will be present the main characteristics of the method proposed by the author, inside the theoretical framework of the classic or methodical realism.

Palabras clave: Método Jurídico, Hermenéutica, Analítica, Teoría de la Argumentación jurídica, Realismo Metódico.

Key words: Hermeneutic, Analytic, Theory of Legal Argumentation, Methodical Realism.

Fecha de recepción: 4-9-2018

Fecha de aceptación: 21-10-2018

1. Introducción: metodología jurídica y el problema del método

El método puede definirse como un procedimiento o conjunto de pasos ordenados, esto es, movimientos meditados – no azarosos o caprichosos – que responden al ejercicio de la razón y, por ello, susceptibles de ser contenidos en normas, que permitan su generalización. No obstante, este predicado de orden sólo es posible en la medida en que el procedimiento o conjunto de movimientos persiga alcanzar una finalidad concreta o, mejor dicho, no sólo lo intente; sino que lo consiga. Claro que el fin puede ser estrictamente teórico y, entonces, lo que se buscará alcanzar será la verdad del conocimiento; o bien, puede tratarse de una finalidad práctica y lo que se tratará conseguir será un bien ético o material. En consecuencia, el método teórico persigue alcanzar la verdad del conocimiento y el método práctico el bien humano; en ambos casos, el conocer o el obrar dependerá del recto uso de la razón, de un correcto planteamiento del problema (teórico o ético), una adecuada elección de los

* Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Córdoba (España).

instrumentos y una buena representación de la finalidad a perseguir. En definitiva, el método es un procedimiento cuya nota de racionalidad descansa en la óptima representación de los fines a alcanzar y la garantía de su repetición.

La “metodología” dejó escrito Carnelutti es la ciencia que se estudia a sí misma, pues en tanto disciplina que busca alcanzar la verdad acerca del “método”, necesita a su vez de un método propio. Esta necesidad circular la sitúa en un continuo proceso de revisión y crítica¹. Esta concepción del maestro italiano se funda en la identificación de la palabra metodología con la disciplina que estudia el método científico o, de otro modo, la ciencia del método. Aún podrían individualizarse otras significaciones acerca de la palabra metodología: a) la lógica del método, b) la lógica trascendental aplicada, c) el conjunto de métodos de una ciencia o varias ciencias y d) el análisis filosófico de tales procedimientos². A mi juicio, la visión más completa del término “metodología” es aquella que la identifica con el análisis filosófico acerca del método o métodos, porque debemos entenderlo como una explicación total y racional acerca de la teoría y *praxis*, en nuestro caso, jurídica.

Como este estudio está limitado al ámbito jurídico, la metodología debe preocuparse por desentrañar los misterios del método jurídico, su *logos*; ha de investigar acerca de la lógica jurídica, esto es, la determinación de las condiciones lógico-formales de la materia jurídica; debe dar cuenta de las diversas propuestas metódicas en el ámbito jurídico; y, todo ello, desde la visión omnicomprensiva que ofrece la Filosofía, indagando en el conjunto de las experiencias jurídica en busca de la verdad teórica y los bienes éticos, que el Derecho está llamado a satisfacer.

La primerísima obligación de la tarea metodológica en el mundo del Derecho será individualizar los múltiples procedimientos jurídicos, es decir, las diversas manifestaciones de la práctica jurídica y, desde esta indagación empírica, tratar de hallar la razón o razones de este proceder, sus causas y metas alcanzables. Será la observación de la práctica, la que permitirá obtener una visión lo más aproximada posible a la verdad de la materia jurídica, o, la posibilidad de una aproximación teórica a la realidad jurídica³.

La realidad jurídica es múltiple y compleja, se resiste al enfoque rigorista propio de las ciencias modernas. Es necesaria una aproximación filosófica que observe el derecho como una realidad humana e investigue cómo este hábito o alma racional invade las infinitas manifestaciones de lo jurídico. A este propósito debe responder una visión completa de la metodología jurídica.

¹ Carnelutti, F., *Metodología del Derecho*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018, p. 13.

² Abbagnano, N., *Diccionario de Filosofía*, Metodología, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1961, p. 802.

³ Carnelutti F., *Metodología del Derecho*, *op. cit.*, pp. 87-90.

Llegados a este punto, deben observarse las principales líneas metodológicas, que han logrado imponerse en nuestros días y comprobar las virtudes y carencias de cada una de ellas. Analizar hasta qué punto cada una de estas posiciones metódicas son el reflejo de esa vocación de racionalidad del pensamiento jurídico y cómo contribuyen a colmar esta necesidad inherente al Derecho.

En el último siglo la metodología jurídica parece asistir a un cambio de paradigma científico, en virtud del cual progresivamente se están abandonando las categorías tradicionales heredadas del positivismo legalista o normativista. En consecuencia, para el conocimiento de la actividad de los juristas y su dogmática ya no resultan plenamente satisfactorias ni la visión lógico-formal del Derecho, ni la visión voluntarista de la toma de decisiones jurídicas⁴. La fragmentariedad científica propia del positivismo comienza a superarse y no es extraño encontrar propuestas metodológicas más complejas, que tratan de compatibilizar el conocimiento jurídico con nuevos criterios sociológicos, pragmáticos, políticos y morales⁵. Del mismo modo, la tradicional teoría de la subsunción (basada en el silogismo) pierde terreno a favor de una comprensión plena del proceso de toma de decisiones jurídicas, que tiene en cuenta la necesaria racionalidad práctica de la decisión⁶. En otras palabras, se abandona el mecanicismo lógico-formal de la modernidad y comienzan a observarse métodos prudenciales de valoración y argumentación racional en la interacción de hechos y normas⁷.

Esta transición metodológica comienza por la proyección que tuvo la obra de Wittgenstein *Investigaciones Filosóficas* en el conjunto de la filosofía lingüística posterior. En efecto, el giro pragmatista de Wittgenstein y su preocupación por la funcionalidad real de las palabras tendría una influencia decisiva en la obra de Hart, quizás uno de los filósofos de mayor importancia en la literatura jurídica del último siglo⁸. Hart superó la concepción homogénea kelseniana de las normas jurídicas y atendiendo a la diferente funcionalidad de las normas, dibujó una idea de sistema jurídico bastante más complejo y abierto, respecto al modelo positivista tradicional⁹. La distinción hartiana entre

⁴ Etcheverry, J. B., "El ocaso del positivismo jurídico incluyente", *Persona y Derecho*, n. 67, (2012), pp. 412-414.

⁵ Botero Bernal, A., "Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica", *Revista de Derecho Universidad del Norte*, n. 21, (2004), p. 167.

⁶ Aparisi Miralles, A., "Razón práctica y praxis jurídica: algunas reflexiones", *Persona y Derecho*, n. 76, (2017), p. 175.

⁷ Figa Faura, L., *Lógica, tópicos y razonamiento jurídico*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pp. 22-23.

⁸ Sánchez Cámara, I., *Derecho y lenguaje. La filosofía de Wittgenstein y la Teoría jurídica de Hart*, Universidad de la Coruña, 1996, pp. 22-25.

⁹ Robles Morchón G., *Teoría del Derecho*, vol. I, Pamplona, Civitas, Thomson Reuter, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 206-211.

normas primarias y secundarias, así como la relación que existe entre ellas, tuvo como consecuencia la aparición de la llamada jurisprudencia analítica: una nueva metodología para una nueva Teoría del derecho.

Paralelamente, la compleja relación semántica que unen las palabras con la realidad representada comenzó a observarse más allá de los límites del subjetivismo. En Alemania se asistía a una verdadera resurrección de las Ciencias del Espíritu basada en la interrogación acerca de las condiciones para el conocimiento de la experiencia humana del mundo y la praxis vital, es decir que la comprensión (interpretación) es el modo de estar del hombre en el tiempo¹⁰. Las tesis de Gadamer, inspiradas en Heidegger, sobre la idea de horizonte y la implicación del sujeto en el acto de la interpretación resultaron pronto de inspiración a los juristas descontentos con el método tradicional y encontraron en la hermenéutica el fundamento filosófico para una concepción del Derecho en un continuo proceso de formación y elaboración. La interpretación dejaba de ser una labor subsidiaria y se convertía en la labor principal, pues sólo a través de la interpretación reiterada aparece el verdadero Derecho¹¹.

Analítica y hermenéutica se ofrecían como las dos grandes corrientes metodológicas llamadas a superar al positivismo normativista; no obstante, tampoco faltaron intentos de compatibilizar los postulados de ambas, mediante posiciones más o menos eclécticas. Tal fue el caso de la llamada analítica hermenéutica de Von Wright¹² o, más recientemente, el método hermenéutico-analítico de Robles. Ahora bien, con independencia de estos posicionamientos, sí parece haber encontrado su propio lugar en el abanico metodológico una tercera vía, esto es la llamada Teoría de la Argumentación¹³. Los partidarios de la visión argumentativa del Derecho, a pesar de la singularidad característica de cada autor, han encontrado en las reglas del discurso práctico el fundamento perfecto para ampliar los horizontes de la discusión jurídica y de la propia interpretación. Aceptándose la visión dialéctica de toda acción jurídica han abierto el campo de visión de la ciencia jurídica a la retórica, a la razón práctica, a los valores jurídicos positivos, los derechos fundamentales, el consenso de la comunidad jurídica, a la dogmática y, en general, a cualquier elemento que pueda resultar de utilidad para orillar la decisión jurídica¹⁴. Desde el *dessideratum* de racionalidad que debe presidir toda

¹⁰ Gadamer, H. G., *Verdad y Método*, Salamanca, Sígueme, 1984, p. 12.

¹¹ Rodríguez Puerto, M. J., "Métodos de interpretación, hermenéutica y derecho natural", *Dikaion*, vol. 19, n. 2, (2010), pp. 323-324.

¹² Aarnio, A., "Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho", *Doxa*, n. 1, (1984), p. 12.

¹³ En el nacimiento de la llamada Teoría de la Argumentación merecen especial consideración los trabajos de Toulmin (*The uses of the Arguments*), los trabajos de Perelman y Olberchts Tyteca (*Traité de l'Argumentation*), así como las investigaciones de Van Eemeren y Grootendorst. *Vid.*, Atienza Rodríguez, M., *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 365-368.

¹⁴ Gensollen Mendoza, M., "Argumentación e incertidumbre: ¿es posible una teoría unificada de la argumentación", *Open Insight*, Vol. 6, n. 9, (2015), pp. 85-88.

decisión jurídica, se pretende no sólo comprender la actividad de los jueces, sino la acción legislativa y, por qué no, cualquier otro proceso jurídico.

La posición que se intentará defender en este artículo es la posibilidad de entender unitariamente estas diversas metodologías en el sentido de que no son excluyentes, sino complementarias. Quizás la Teoría de la Argumentación pueda llegar a cumplir esa misión conciliadora; sin embargo se juzga de mayor alcance explicativo la visión del realismo metódico¹⁵, dado su carácter omnicomprensivo y su vocación filosófica. En este sentido, tras la exposición sintetizada de las premisas teóricas de estas diferentes “escuelas” de pensamiento jurídico, se intentará ofrecer una propuesta de síntesis o armonización de acuerdo con los postulados de este realismo.

2. El método analítico

La Teoría analítica del Derecho tiene sus raíces en la filosofía analítica rigurosamente orientada hacia las matemáticas (Russell y Whitehead) y parte de la premisa de que es un error intentar alcanzar conocimientos que van más allá de la percepción¹⁶; pero sería el influjo de la posición pragmatista del último Wittgenstein, así como la influencia de Austin y Waismann, las que conducirían al nacimiento de la jurisprudencia analítica en la obra de Hart¹⁷. Las primeras apelaciones a una extensión del método analítico al lenguaje del Derecho se encuentran en la literatura anglosajona a mediados de 1940, no obstante, tuvo un éxito especial en Italia. El primer iusfilósofo italiano en desarrollar esta novedosa concepción de la ciencia jurídica fue Scarpelli con el estudio titulado “*Scienza del diritto e análisis del linguaggio*”, posteriormente

¹⁵ Realismo que no es, en absoluto, una corriente metodológica novedosa; sino que supone la recuperación de la experiencia filosófica del mundo clásico y de Aristóteles como principal valedor. La razón es que se trata de una aproximación filosófica *subjecta materia*, que permite la adaptación del método a las circunstancias particulares de cada objeto de estudio. Ahora bien, tratándose del derecho no se descuida su naturaleza esencialmente práctica y el carácter prudencial de toda decisión jurídica. A mi juicio, como se defenderá en este escrito, este realismo aristotélico puede ser el puente de unión entre las diferentes corrientes metodológicas contemporáneas.

¹⁶ Kaufmann, A., Hassemer, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992, p. 126.

¹⁷ Rodríguez Paniagua, J. M., “La Filosofía lingüística y la teoría del derecho analítica: H. L. A. Hart”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, (1990), pp. 479-483. Hart superó considerablemente la concepción homogénea de norma jurídica de Kelsen, para proponer una teoría heterogénea de norma jurídica basada en la distinción entre normas primarias (aquellas que tienen por objeto dirigir conductas) y normas secundarias o normas de normas. Estas últimas se ocupan respectivamente de la posibilidad de introducir modificaciones normativas, conceder poderes a los sujetos y establecer el marco de reconocimiento del orden jurídico. En este sentido, diferencia Hart entre normas de cambio, adjudicación y reconocimiento. La unidad del ordenamiento jurídico era garantizada en virtud de la norma de reconocimiento, si bien, la comprensión del ordenamiento jurídico exigía analizar el lenguaje de las normas e individualizar la naturaleza (primaria o secundaria) de cada una de ellas.

contestado por Bobbio conservando el mismo título, este artículo se considera como el acto de nacimiento de la filosofía analítica italiana¹⁸.

La Teoría analítica del Derecho surge como una variante del positivismo jurídico y parte de la premisa de considerar el Derecho como un hecho social, si bien el elemento fáctico fundamental no será la obediencia de las normas o las sentencias de los jueces (realismo jurídico escandinavo y norteamericano); sino el entramado conceptual y lingüístico de significados en que se traducen las normas¹⁹. En este sentido, si el Derecho es un conjunto de enunciados lingüísticos conceptuales y normativos, en consecuencia, debe ser estudiado de acuerdo con el método propio de la Filosofía del lenguaje señalado por Wittgenstein en sus *Investigaciones Filosóficas*²⁰, esto es, el análisis funcional o pragmático acerca de las condiciones de su uso y utilidad o describir cómo es su uso en el lenguaje ordinario, sin entrar en otro tipo de valoraciones²¹.

En general, Atienza afirma que todos los filósofos analíticos comparten cierto parecido de familia, que se concreta en los siguientes rasgos: la conexión entre filosofía y lenguaje, la crítica a la metafísica, el elogio a la ciencia positiva y la exaltación del análisis (descomposición del todo en partes) como método filosófico²². Claro que hoy, continúa Atienza, estas notas se encuentran muy difuminadas y los autores analíticos tan sólo comparten un mismo método y determinadas categorías teóricas²³.

Esta opción metodológica de la filosofía analítica, explicada por Massini, consiste en descomponer analíticamente cada enunciado en orden a descubrir su unidad mínima elemental y así establecer su semántica; posteriormente, en cuanto método lingüístico habrá de comprobarse su correspondencia con el lenguaje jurídico ordinario²⁴. El profesor Robles resume las características de este método como un proceso de descomposición del todo en partes singulares,

¹⁸ Champeil-Desplats, V., *Methodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 133.

¹⁹ Mazurek, P., "Teoría Analítica del derecho", Kaufmann, A., Hassemer, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, op. cit., p. 277.

²⁰ *Ibidem*, p. 278.

²¹ Jori, M., *Il formalismo giuridico*, Quaderni di Filosofia Analitica del Diritto, Milano, Giufrè, 1980, pp. 101-109.

²² Atienza Rodríguez, M., "Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del Derecho", *Cuadernos de derecho Judicial*, n. 13, (1998), p. 70.

²³ *Ibidem*, p. 72. "En definitiva, podría decirse que lo que une hoy a los (ius)filósofos analíticos no es ni una ideología ni una concepción sustantiva de la filosofía, sino exclusivamente un método, entendido como una serie de instrumentos teóricos que pueden ser usados para propósitos distintos".

²⁴ Massini Correas, C. I., "Entre la analítica y la hermenéutica...", op. cit., p. 212.

para acto seguido observar las relaciones entre las partes y descubrir la estructura de sentido (sistemática) que presentan los elementos individuales²⁵.

A juicio de Jori la filosofía analítica tiene cuatro grandes ejes: a) la distinción entre juicios sintéticos y analíticos; b) la división entre lenguaje prescriptivo y lenguaje descriptivo; c) la relación lenguaje-metalenguaje y discurso-metadiscurso; y d) la separación entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento²⁶. Estos ejes se pueden exponer de un modo más ilustrativo en las siguientes afirmaciones: a) el método analítico es como hemos visto un proceso descompositivo-recompositivo, en el sentido de que no formula proposiciones de sentido sino que, más bien, describe (descubre) enunciados de significado; b) la filosofía analítica comparte la rígida escisión entre “ser” y “deber ser”, de modo que el Derecho ha de ser estudiado descriptivamente como un fenómeno fáctico-lingüístico de contenido prescriptivo; c) el lenguaje propio del Derecho es el lenguaje normativo, mientras que las aportaciones de la Filosofía del Derecho o ciencia jurídica constituyen un meta-lenguaje o lenguaje de segundo grado, esto es, un lenguaje derivado y referido al lenguaje principal - el de las normas -; y d) la metodología formalista, empleada por esta escuela, enjuicia la validez de los resultados en virtud de su rigor lógico-deductivo y no en virtud de procesos de argumentación material, esto es, el contexto del descubrimiento (*Sein*) es el propio de la metodología científica. De ser así, los pilares epistemológicos de la analítica jurídica no son sino un desarrollo del positivismo²⁷.

En suma, lo que propone Jori, como otros filósofos analíticos, es una teoría formal del Derecho que permita explicar científicamente la dimensión estructural del mismo y su funcionalidad, es decir, una especie de análisis lógico-semántico del conjunto normativo²⁸. Robles capta esta intencionalidad explicativa de la teoría analítica con las siguientes palabras: “El análisis es formal. Investiga elementos y relaciones para construir estructuras formales. Para lo cual conceptualiza, define los conceptos implicados, relaciona dichos conceptos recíprocamente y deja al descubierto el entramado de fondo de la cosa investigada. Tiene por eso una tendencia sistémica. Conceptos, relaciones y estructura sistémica constituyen sus tres componentes²⁹”.

²⁵ Robles Morchón, G., *Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. II, Pamplona, Civitas, Thomson Reuter, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 393.

²⁶ Jori, M., “Introduzione”, *Ermeneutica e filosofia analitica*, Turín, Giapichelli, 1994, p. 17.

²⁷ Massini Correas, C. I., “Entre la analítica y la hermenéutica...”, *op. cit.*, pp. 208-210.

²⁸ Jori, M., *Il formalismo...*, *op. cit.*, pp. 103-105.

²⁹ Robles Morchón, G., *Teoría del Derecho*, vol. II, *op. cit.*, p. 393. Véase la aplicación que el autor hace de este método en el primer volumen de su obra a propósito del concepto situación jurídica, *Vid.*, Robles Morchón G., *Teoría del Derecho*, vol. I, Pamplona, Civitas, Thomson Reuter, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 502-535.

Siguiendo las reflexiones de Ricardo Guastini³⁰, la profesora Champeil-Desplats sintetiza el método analítico en dos niveles: un primer nivel dirigido al establecimiento de distinciones conceptuales, cuya fortuna dependerá de la claridad y univocidad del significado alcanzado; y, un segundo nivel, que examinará la coherencia de este análisis en función de su rigor lógico-formal, esto es, el encadenamiento lógico de sus afirmaciones³¹. En su aplicación práctica, esta reformulación de la teoría analítica ofrecida por Guastini se reduce a una tónica de distinciones conceptuales y de escisión entre lenguajes de primero, segundo y tercer grado; una visión descriptivista del Derecho, que es entendido como conjunto de enunciados normativos; y una posición voluntarista o decisional, que niega toda posibilidad de conocimiento científico o filosófico de valores materiales como la justicia³².

3. El método hermenéutico

La filosofía hermenéutica es una corriente relativamente novedosa que ha tenido una gran aceptación en el continente europeo y que, al igual que la filosofía analítica, tiene su origen en la reflexión lingüística. El autor que apadrina este movimiento es Gadamer y si tuviéramos que resumir en una máxima la finalidad de sus reflexiones sería que la hermenéutica tiene como objetivo ofrecer un método apto para la comprensión o hallazgo del sentido del texto. Ahora bien, para que la correcta comprensión sea posible es necesario iniciar un proceso cognitivo complejo en el que el sujeto deberá poner en tela de juicio su posición inicial de sentido (precomprensión³³) conforme a cuatro grandes características del proceso interpretativo: a) el carácter circular de la interpretación, esto es, que la verdadera interpretación nunca acaba y siempre está sujeta a nuevos desarrollos y conclusiones, como un “horizonte³⁴” que a cada paso se encuentra en continuo proceso de descubrimiento (la idea de espiral hermenéutica)³⁵; b) el carácter sistemático de la interpretación que

³⁰ Guastini, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993. Vid., Guastini, R., *Distinguendo*, Torino, Giapichelli, 1996.

³¹ Champeil Desplats, V., *Methodologies du droit...*, op. cit., pp. 134-138.

³² Atienza Rodríguez, M., “Hermenéutica y filosofía analítica...”, op. cit., p.81.

³³ Gadamer, *Verdad y Método*, op. cit., p. 403. “Bultmann mismo destaca que en toda comprensión se presupone una relación vital del intérprete con el texto, así como su relación anterior con el tema. A este presupuesto hermenéutico le da el nombre de precomprensión”.

³⁴ *Ibidem*, p. 309. “Un horizonte no es una frontera rígida sino algo que se desplaza con uno y que invita a seguir entrando en él”.

³⁵ *Ibidem*, p. 333. “La comprensión de lo que se pone en el texto consiste precisamente en la elaboración de este proyecto previo, que por supuesto tiene que ir siendo constantemente revisado en base a lo que vaya resultando conforme se avanza en la penetración del sentido”. Vid., p. 363. “El círculo no es, pues, de naturaleza formal; no es subjetivo ni objetivo, sino que describe la comprensión como la interpenetración del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete. La anticipación de sentido que guía nuestra comprensión del texto no es un acto de la subjetividad, sino que se determina desde la comunidad que nos une con la tradición. Pero, en nuestra relación con la tradición, esta comunidad está sometida a un proceso de continua formación. No es simplemente un presupuesto bajo el que nos encontramos

impone la regla de que las partes se conocen desde el todo y el todo desde las partes (la idea de anticipo de perfección)³⁶; c) la necesaria condicionalidad espacio-tiempo del proceso interpretativo, es decir, que toda interpretación es un acto cognitivo situado en unas determinadas coordenadas espacio temporales que condicionan o informan nuestra comprensión del texto (la idea de tradición)³⁷; y d) el carácter dialógico de la interpretación que recuerda que toda operación interpretativa es un acto comunicacional tanto sincrónico como diacrónico (la idea de diálogo)³⁸. Como reconoce el mismo Gadamer, en la medida que operen estos patrones en la comprensión, la tarea hermenéutica se convierte en un planteamiento objetivo, que reconoce la alteridad del texto frente a su posición inicial y se proyecta al conocimiento de la cosa misma³⁹.

La Teoría hermenéutica del Derecho trata de hallar el sentido del mismo en la *praxis* vital de los juristas y su actuar concreto, no en análisis conceptuales⁴⁰. De este modo, la comprensión del sentido de la norma no se trata de un fenómeno meramente receptivo, sino que implica siempre una proyección de sentido fundada en la precomprensión del intérprete, su tradición doctrinal y la realidad fáctica del caso. El objetivo final de la interpretación hermenéutica debe ser poner en correspondencia el hecho del caso y la norma, llenando de contenido fáctico el material normativo y colmando el hecho del caso con el texto de la norma⁴¹. Así, la propuesta

siempre, sino que nosotros mismos lo instauramos en cuanto que comprendemos, participamos del acontecer de la tradición y continuamos determinándolo así desde nosotros mismos. El círculo de la comprensión no es en este sentido un círculo metodológico, sino que describe un momento estructural ontológico de la comprensión”.

³⁶ *Ibidem*, p. 361-364. Especialmente, *Vid.*, p. 361. “El movimiento de la comprensión va constantemente del todo a la parte y de ésta al todo. La tarea es ampliar la unidad del sentido comprendido en círculos concéntricos. El criterio para la corrección de la comprensión es siempre la congruencia de cada detalle con el todo. Cuando no hay tal congruencia, esto significa que la comprensión ha fracasado”.

³⁷ *Ibidem*, pp. 370-373. Especialmente, *Vid.*, p. 372. “Por el contrario la conciencia histórico-efectual es un momento de la realización de la comprensión, y más adelante veremos que opera ya en la obtención de la pregunta correcta. La conciencia de la historia efectual es en primer lugar conciencia de la situación hermenéutica ... El concepto de la situación se caracteriza por que uno se encuentra frente a ella y por lo tanto no puede tener un saber objetivo de ella”.

³⁸ *Ibidem*, pp. 447-457. Con más detalle, *Vid.*, p. 457. “Rastrearemos, pues, la estructura de la verdadera conversación con el fin de dar relieve desde ella a este otro género de conversación que es el comprender de textos. Así como antes hemos destacado el carácter constitutivo del significado de la pregunta para el fenómeno hermenéutico, y lo hemos hecho de la mano de la conversación, ahora convendrá mostrar la lingüisticidad de la conversación, que subyace a su vez a la pregunta, como un momento hermenéutico”.

³⁹ *Ibidem*, p. 335. Rechaza Gadamer que la hermenéutica tenga por objeto una relación interpersonal, esto es la proyección de la subjetividad del intérprete a las condiciones espirituales del momento de la producción del texto y a la persona del autor del mismo, tal y como señalaba Schleiermacher (*Vid.*, Vallet de Goytisolo, J., *Manuales de metodología Jurídica*, Vol. III, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2004, p. 38).

⁴⁰ Kaufmann, A., Hassemer, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, op. cit., p. 132.

⁴¹ *Ibidem*, p. 131.

hermenéutica, intenta explicar filosóficamente el hecho de que los operadores jurídicos contribuyen a la creación del derecho concreto, mediante actos de valoración y concreción del contenido general de las normas⁴². En consecuencia, el juez - en tanto intérprete privilegiado - obtiene un protagonismo nada desdeñable en el proceso de positivación del Derecho, en el que no podrá ocultarse la personalidad del juez o su herencia intelectual⁴³.

Comprender el texto de las normas implicará necesariamente una acción o *praxis*, en virtud de la cual se hace concreta e histórica esa norma. La meta del intérprete es “elaborar las proposiciones jurídicas concretas cara al contenido material y construir los contenidos materiales cara al derecho”⁴⁴. Si bien, como señala Hassemer, no ha de desmerecerse el hecho de que tanto la configuración del hecho del caso como la concreción de la norma se producen en el marco de un proceso de confrontación, esto es, una secuencia de actos y estrategias determinantes para la determinación del derecho⁴⁵.

En suma, una posible síntesis de la propuesta metódica de la Teoría Hermenéutica puede ser la siguiente: a) tener presente como presupuesto necesario de toda interpretación jurídica la subjetividad del intérprete o su precomprensión, es decir, su condicionalidad como sujeto en el tiempo y heredero de una tradición dogmática e intelectual; b) la necesidad de llenar de sentido el texto de las normas y la realidad fáctica del caso a resolver, mediante un viaje de ida y vuelta de las normas a los hechos y los hechos a las normas; c) asumir que la concreción final de la norma y el caso tienen lugar en el marco de un proceso dialéctico (comunicacional), que posee sus propias características; y d) que la concreción del derecho es, finalmente, un acto de decisión e implica, por ello, un acto de valoración individual⁴⁶.

4. El método de la argumentación

El origen de la Teoría de la argumentación lo encontramos en la jurisprudencia tópica o retórica, que comprende el Derecho como un sistema abierto en el que subsisten una pluralidad ilimitada de criterios aptos para la toma de decisiones jurídicas: ley, naturaleza de la cosa, equidad, pragmatismo, oportunidad, seguridad jurídica, intereses protegidos, etc. Para ello, trata de revitalizar la tradición retórica de Aristóteles y Cicerón, en virtud de la cual, el objetivo de la reflexión teórica es ordenar el conjunto de criterios en un catálogo

⁴² Trujillo Pérez, I., “El poder de la razón jurídica”, *Doxa*, n. 27, (2004), pp. 447-448.

⁴³ Ollero Tassara, A., “Estudio preliminar”, Kaufman, A., *Hermenéutica y Derecho*, Granada, Comares, 2007, p. 24

⁴⁴ Kaufmann, A., “Entre iusnaturalismo y positivismo. Hacia la hermenéutica jurídica”, *Hermenéutica y Derecho*, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁵ Hassemer, W., “Hermenéutica y Derecho”, *op. cit.*, p. 83.

⁴⁶ Zaccaria, G., “Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica”, *Persona y Derecho*, n. 35, (2008), pp. 261-264.

de “*topoi*”, o lugares comunes acerca de lo que es razonable en el Derecho⁴⁷. Entre los principales representantes de esta escuela de tópica jurídica podemos citar a Viehweg, Coing y en España, especialmente, Francisco Puy. La tesis básica que une a todos estos autores es que el método determinativo del Derecho no consiste en una operación de subsunción lógica, sino en un proceso de argumentación retórico⁴⁸.

Quizás una característica común de todos los autores que se reconocen como partidarios de la Teoría de la argumentación jurídica sea su decidida preocupación por la justificación del acto decisorio. En este sentido, el objetivo de estos autores no es sólo explicar las razones que llevan a la decisión (comprensión o hallazgo de sentido); sino, principalmente, los motivos que justifican la decisión, esto es, los criterios de razonabilidad que la sustentan⁴⁹. Así, por ejemplo, uno de sus máximos representantes Alexy, señala que la argumentación jurídica es un proceso sometido a las mismas reglas que el discurso racional y que un correcto análisis de la teoría del discurso proporcionaría importantes instrumentos para dotar de racionalidad a las decisiones jurídicas⁵⁰. Coherentemente con esta premisa metódica, Alexy traslada el esquema argumentativo del discurso racional al proceso de argumentación jurídica, relatando diferentes criterios de argumentación aplicados a la realidad jurídica⁵¹.

El punto esencial del método argumentativo, como se ha señalado, no es otro que hallar los argumentos idóneos para la justificación de la decisión jurídica (sea legislativa o judicial); pero aquí es donde se ofrecen diversos caminos: a) hay quien considera que el Derecho sólo cobra sentido en el marco de un proceso dialéctico o problemático y que del estudio de estas disputas extraeremos una tópica de reglas o criterios de argumentación, desde los que enfrentar los futuros supuestos problemáticos (Viehweg); b) hay quien entiende que el proceso de argumentación jurídica no consiste en un proceso lógico deductivo, sino en un proceso de la razón práctica y, por tanto, sólo comprensible desde los presupuestos de la lógica material (Recasens); c) otros entienden que lo fundamental en la argumentación jurídica es su corrección lógica, de modo que la decisión responda a una lógica operativa de carácter formal (Toulmin); d) en una dirección opuesta, Perelman y Olbrechts Tyteca proponen rescatar los entimemas de la Retórica de Aristóteles y sus diferentes criterios de argumentación para la fundamentación dialéctica de las decisiones jurídicas; y e) en un sentido más abarcador, Alexy propone dos modelos de

⁴⁷ Kaufmann, A., Hassemer, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, op. cit., p. 128.

⁴⁸ Puy Muñoz, F., “Tópica y retórica. Un ensayo de distinción”, *Ars Iuris*, n. 31, (2004), p. 277.

⁴⁹ Atienza Rodríguez, M., *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 115.

⁵⁰ Alexy, R., *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 279-280.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 214-282.

justificación, la interna o justificación lógica y la externa o justificación material y así fundamentar la racionalidad del discurso jurídico⁵².

Precisamente, esta última dirección centrada en la fundamentación racional de las decisiones jurídicas ha encontrado en Habermas y su teoría del diálogo racional un apoyo fundamental para no desembocar en el objetivismo moral⁵³. En este sentido, destaca la aportación del iusfilósofo finlandés Aulis Aarnio, para quien el valor de las aportaciones dogmáticas y una correcta fundamentación de la interpretación jurídica descansan en su aceptabilidad racional, la cual se pondrá de manifiesto con ocasión del consenso al respecto de la comunidad jurídica, o bien, sus posibilidades de rendimiento funcional⁵⁴. Ahora bien, la comunidad del consenso se estima de mayor importancia al rendimiento⁵⁵.

Atienza ha clasificado estas diferentes propuestas del método argumentativo en las siguientes variantes: a) una concepción formal de la argumentación que propone la lógica deóntica como método de justificación de las decisiones jurídicas; b) una concepción material que defiende la necesidad de aportar criterios sustantivos o de contenido para justificar las decisiones jurídicas; y c) una concepción pragmática que defiende la tesis de que toda decisión aceptable socialmente se justifica por sí misma⁵⁶. Para este autor, cada una de estas concepciones está íntimamente relacionada con la defensa de un valor esencial del Derecho y, en este sentido, se trata de posiciones perfectamente complementarias. Así, la visión formal de la argumentación tiene como finalidad la preservación de la certeza jurídica, la perspectiva material se orienta a la garantía de verdad y justicia en el Derecho y la concepción pragmática tiene como meta la aceptación social y el consenso de las decisiones jurídicas⁵⁷. En consecuencia, según Atienza, bien podría afirmarse la necesidad de una concepción tridimensional de la argumentación para una justificación completa de las decisiones jurídicas.

A pesar de los esfuerzos por defender una concepción amplia de la argumentación jurídica, en virtud de la cual ya no sería cierto afirmar que la interpretación jurídica se desentienda del fenómeno de la comprensión

⁵² Atienza Rodríguez, M., *Curso de Argumentación...*, op. cit., pp. 30-31.

⁵³ Aarnio, A., "Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho", op. cit., p. 13. "Las ideas de Jürgen Habermas sobre los procedimientos de comunicación sobre el discurso práctico y sobre el concepto de racionalidad discursiva han sido el eslabón que faltaba para hacer comprensible la justificación jurídica como un procedimiento racional y razonable".

⁵⁴ Aarnio, A., *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 286-288.

⁵⁵ Ruiz Manero, J., "Consenso y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica (en torno a algunos trabajos de A. Aarnio)", *Doxa*, n. 2, (1985), p. 221.

⁵⁶ Atienza Rodríguez, M., *Curso de Argumentación...*, op. cit., pp. 110-112.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 114.

(*subtilitas intelligendi*); sin embargo, sigue ocupando un rol principal el proceso de explicación (*subtilitas explicandi*) y justificación de la decisión. Desde los esquemas propios del método argumentativo, se intenta fundamentar la “corrección” de la decisión en una explicación racional acerca del uso de los instrumentos. Siendo así, la racionalidad del proceso se convierte en premisa de la racionalidad del contenido de la decisión⁵⁸. Dicho de otro modo, la decisión es un acto de la razón práctica, pero su racionalidad dependerá de la justificación del proceso, por medio del cual se ha llegado a él⁵⁹. Señala Alexy que la finalidad de toda decisión jurídica es su corrección, claro que esto sólo es posible dentro del marco de un ordenamiento jurídico vigente y, en consecuencia, su racionalidad dependerá de su posible fundamentación en la ley, el precedente o la dogmática⁶⁰. La tesis de Alexy llegado este punto, puede considerarse como una teoría procesal de la argumentación jurídica en virtud de la cual se proponen 22 reglas y 6 formas de argumentación práctica general, desde las que fundamentar la racionalidad de las decisiones jurídicas⁶¹.

Además, la Teoría de la argumentación ha supuesto una apertura al conocimiento ético, antes extraño a la ciencia jurídica, sin que ello suponga la defensa de posiciones objetivistas. En la medida en que se observa el proceso de toma de decisiones jurídicas como una modalidad del razonamiento práctico, no se descuidan la importancia de los valores y los juicios de valor en la práctica decisional; pero, más allá de posiciones moralizantes se propone el consenso racional o la aceptación social de estos valores como fundamento último de los mismos. No puede negarse que el desarrollo de esta Teoría ha ampliado considerablemente los horizontes del mandato de motivación de las decisiones jurídicas y, al igual que ha ocurrido en otras épocas históricas, el conocimiento y empleo de la retórica ha supuesto un factor muy importante para el progreso de la ciencia jurídica⁶².

⁵⁸ Alexy, R., *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 213 y ss. Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica* introduce un sistema de reglas de argumentación (internos y externos) de naturaleza procedimental, como garantía de corrección de la decisión jurídica. Es decir, en última instancia, Alexy fundamenta su construcción en la premisa de que si se sigue un procedimiento racional el resultado será racional. Pero, el problema sigue sin abordarse, ¿qué criterios deben ser preferidos? ¿Qué razón se impone frente a las otras? ¿Todos los criterios son igualmente plausibles, en tanto racionales? ¿Se trata de hallar el criterio correcto o de la elección de cualquiera de ellos? La respuesta es que, de acuerdo con Alexy, todos comparten el mismo valor racional procedimental y la prevalencia de unos sobre otros, dependerá de la ponderación.

⁵⁹ Luhmann, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 65. “*La ratio legis del mandamiento de ponderación es tan sólo la propia ponderación. Se omite el necesario trabajo dogmático*”.

⁶⁰ Alexy, R., *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 314.

⁶¹ Alexy, R., “Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho”, *Doxa*, n.1, (1984), p. 15.

⁶² Murphy, J. J., *La retórica en la Edad Media. Historia de la teoría de la retórica desde San Agustín hasta el Renacimiento*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 363-371.

5. El método hermenéutico-analítico

Esta propuesta metodológica intenta conciliar los presupuestos teóricos y epistemológicos del método analítico y del método hermenéutico, desde un punto de partida bastante sencillo: si bien el objeto de estudio es el mismo, las perspectivas son diversas y por ello sus tesis pueden llegar a ser complementarias. En este sentido, la visión analítica proporciona un análisis lingüístico del texto jurídico centrado en su rigor lógico-formal y la concepción hermenéutica se ocupa del texto jurídico en tanto unidad de significado resultante de la actividad interpretativa.

Kaufmann propone una fórmula que parece resumir acertadamente la posición hermenéutico-analítica: “La analítica sin hermenéutica es una analítica vacía, y la hermenéutica sin la analítica es una hermenéutica ciega⁶³”. Con esta afirmación el filósofo alemán defiende un hermanamiento entre hermenéutica y analítica, pues la analítica puede proporcionar el fundamento conceptual del conocimiento jurídico; al tiempo que la hermenéutica proporciona las condiciones reales de posibilidad para la comprensión y concreción de los textos jurídicos⁶⁴. En una dirección similar, el iusfilósofo italiano Francesco Viola ha defendido la posibilidad de una armonía o convivencia entre la filosofía hermenéutica y la filosofía analítica; la hermenéutica se ocupa de la realidad del discurso y la analítica, en cambio, del enunciado y la proposición normativa⁶⁵. Gracias a un iusnaturalismo moderado, fruto de la crisis de la epistemología empirista, Viola logra esa aproximación entre modelos tradicionalmente opuestos⁶⁶.

Gregorio Robles es en España, quien mejor puede representar esta corriente metodológica. Este autor define su concepción metodológica del Derecho como Teoría Hermenéutico-analítica⁶⁷. Con una gran claridad expositiva, afirma: “Hermenéutica y analítica apuntan, de este modo, a dos aspectos del texto que son diferentes y complementarios. La primera se dirige al sentido, la segunda a los componentes formales. La primera al contenido, la segunda a la forma. Ahora bien, el contenido no puede existir sin la forma, ni la forma puede darse sin el contenido. De ahí que en el trabajo con los textos las dos funciones estén siempre presentes. No puedo hallar el sentido de un texto si

⁶³ Kaufmann, A., Hassemer, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, op. cit., p. 125.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 126.

⁶⁵ Viola, F., “Filosofía Analítica, filosofía hermenéutica e conoscenza del diritto”, D’Agostino, F., *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore de Sergio Cotta*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 308-310.

⁶⁶ Santos Arnaiz, J., “Presupuestos Hermenéuticos de la Teoría Comunicacional del Derecho”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 35, (2017), p. 172.

⁶⁷ Robles Morchón, G., *Teoría del Derecho*, vol. II, op. cit., p. 389.

no entiendo su estructura, y no entenderé su estructura si no comprendo su contenido⁶⁸”.

De acuerdo con este método hermenéutico-analítico para la comprensión de la totalidad textual, que es el ordenamiento jurídico, es necesario desentrañar su estructura formal u orden lógico al igual que es necesario vislumbrar sus conexiones de sentido. El método hermenéutico está omnipresente en la medida que toda operación cognitiva de los textos jurídicos supone una labor reconstructiva del sentido, pero no es menos cierto que esta operación sería imposible sin entender la estructura formal y la naturaleza de las normas que forman el ordenamiento jurídico⁶⁹. Gracias al empleo de este método, Robles alumbra su idea de Sistema, el cual supone una reformulación racional del ordenamiento jurídico que supera sus imperfecciones y permite actualizar el sentido de los textos jurídicos, en función de las concretas circunstancias históricas y doctrinales⁷⁰.

Críticamente se ha afirmado que Robles, en su afán de conciliar hermenéutica y analítica, configura una Teoría que no es ni lo uno ni lo otro; tan sólo, instrumentaliza las categorías hermenéuticas y analíticas para fundamentar su visión del Derecho como lenguaje de los juristas⁷¹. A mi juicio, a pesar de las bases intelectuales de Robles (con unas claras raíces iuspositivistas), en su visión del Sistema predomina una filosofía hermenéutica del Derecho que, no obstante, se ve enriquecida por la analítica como medio para aproximarse al conocimiento de lo jurídico. Así, Robles emplea el método analítico para explicar la estructura conceptual y lógica del ordenamiento jurídico, es decir, con fines marcadamente teóricos. En cambio, emplea el método hermenéutico cuando debe explicar la práctica de los juristas y los productos de su arte.

Sí cabría cuestionarse al respecto de su posición ontológica, pues mantiene una posición débil que identifica el Derecho con una realidad convencional⁷². Una premisa básica para la escuela analítica y, profundamente, contestada desde las filas de la hermenéutica jurídica. ¿Si los textos jurídicos son esencialmente el resultado de actos de la voluntad, cómo sostener el valor

⁶⁸ *Ibidem*, p. 393.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 401. “La hermenéutica es, por consiguiente, el instrumento necesario y universal en toda operación jurídica. La función interpretativo-constructiva condiciona cualquier otro tipo de examen o análisis”.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 403. “El texto sistémico refleja el texto ordinamental, pero no lo refleja como un espejo, sino que lo reelabora, lo completa, hace explícito lo implícito, llena lagunas y resuelve contradicciones. Todo ello hace que la Dogmática jurídica sea una disciplina práctica en el sentido que le dan los clásicos a esta expresión: una disciplina normativa”.

⁷¹ Santos Arnaiz, J., “Presupuestos Hermenéuticos de la Teoría Comunicacional del Derecho”, *op. cit.*, p. 177.

⁷² Robles Morchón, G., *Teoría del Derecho*, vol. I, *op. cit.*, p. 253.

de la dogmática jurídica y su función hermenéutica-constructiva? En definitiva, la dogmática jurídica únicamente proporciona orientaciones, que pueden influir o no en las decisiones de la autoridad. De la voluntad de estas autoridades dependerá al final que dichas propuestas hermenéuticas merezcan o no la calificación de Sistema. Se observa, entonces, la consecuencia de este posicionamiento ontológico débil: la tesis de Robles desemboca en una concepción voluntarista y nominalista del Derecho.

6. El realismo metódico

Un buen modo de categorizar esta corriente metodológica⁷³ sería comenzar con la exposición de una de sus tesis principales como es la crítica al nominalismo introducido en el s. XIV por el teólogo Guillermo de Ockham. Quizás resulte sorprendente retroceder tantos siglos atrás para defender una propuesta con vocación de actualidad; pero, si algo comparten el conjunto de autores adscritos a esta escuela es la convicción de que toda la filosofía moderna comparte las equívocas premisas nominalistas y, por tanto, para reparar el error lo mejor sería volver hacia ese momento de ruptura filosófica⁷⁴. Es necesario, reivindicar el valor del universo conceptual de la herencia aristotélico-tomista, el valor de los universales *in re*, de los géneros, de las sustancias segundas, de la naturaleza como un acontecer ordenado y comprensible por medio de la razón y, por último, el valor de la filosofía práctica⁷⁵. En consecuencia, una primera característica de este realismo es resaltar el necesario contenido ético del Derecho, aceptando la premisa de que gracias a la razón práctica es posible alcanzar un conocimiento objetivo de las pautas del obrar humano; es decir, la firme convicción de que existe la verdad en el terreno de la Ética y que el hombre puede aproximarse a ella⁷⁶. Efectivamente, se está en presencia de un iusnaturalismo; pero no el iusnaturalismo moderno entendido como un sistema axiomático y universal de reglas de conducta, sino en el sentido clásico de un

⁷³ Con la categoría “realismo metódico” se hace referencia principalmente a la vertiente realista del conocimiento filosófico que trata de recuperar las enseñanzas aristotélico-tomistas, frente las teorías modernas del conocimiento que tienen sus orígenes más remotos en las filosofías de Guillermo de Ockham y René Descartes. Por ello, no es extraño, encontrar continuas alusiones a los universales aristotélicos, como realidades inteligibles que permiten llegar rectamente al logro sapiencial de la verdad causal, así como al esclarecimiento de un determinado orden insito en la naturaleza del que podemos extraer las pautas de nuestra conducta. Para más información, *Vid.*, Gilson. E., *El Realismo Metódico*, edit. Ediciones Encuentro, Madrid, 1997.

⁷⁴ Villey, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Puf-Quadrige, 2006, pp. 223-229.

⁷⁵ Carpintero Benítez, F., *El método del Derecho en el cambio científico del siglo XX*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 52. “En ambos estilos del nuevo pensamiento, el metafísico y el empírico, la naturaleza fue desdeñada como el principio del movimiento de cada cosa. En ambos estilos la praxis fue sustituida por la teoría y, llevados por este mismo estilo de considerar a la ciencia, unos y otros negaron la filosofía para´ctica para situar en su lugar un saber que de hecho era teórico. Porque para los metafísicos era una teoría de las sustancias inmutables y para los empiristas una metafísica de la fenomenidad, que tampoco, en modo alguno, demostraron nunca”.

⁷⁶ Vallet de Goytisolo. J. B., *Metodología de la Ciencia Expositiva y...*, *op. cit.*, Vol. II, I., p. 218.

derecho natural histórico y concreto⁷⁷. El reconocimiento de unos bienes éticos materiales, que necesitan continuamente de su proyección histórica y factual, de su determinación problemática, en fin, de un actuar prudente y reflexivo.

A la pregunta de qué es el Derecho un realista metódico contestará que se trata de una *praxis* o una acción. Claro que, no se tratará de una voluntad caprichosa, sino de un acto de voluntad guiado por la *recta ratio*. El Derecho, en esta línea de pensamiento, no es un conjunto de normas más o menos ordenado, ni un conjunto de hechos o imperativos sociales; sino que se tratará de una práctica prudencial y ordenada a un fin concreto, tal es, lo que es justo en el caso concreto⁷⁸. La pregunta consecuente es cómo alcanzarlo y es aquí donde encuentra su sitio la preocupación por el método jurídico y deviene otra de sus características, lo que podríamos llamar un sincretismo metodológico⁷⁹, pues todas las herramientas serán útiles en orden a determinar lo que es justo⁸⁰. Ahora bien, hay que saber cómo servirse de estas herramientas y los límites de las mismas, por ello es necesario comprender en qué consiste la *praxis* jurídica. Desde los planteamientos del realismo metódico, muy resumidamente, el quehacer jurídico consiste en una labor de “determinación” individual de los hechos y el sentido de los textos jurídicos, que esta determinación tiene como “logos” o bien a realizar “lo justo” (*quod iustum est*) y que sólo es posible en el marco de un “proceso” dialéctico con las debidas garantías⁸¹.

El “qué” y el “cómo” de la justicia están íntimamente unidos⁸², por esta razón la posición acerca del ser del Derecho está indisolublemente unida a la posición metodológica. Vallet de Goytisoló dividió el método para la determinación del derecho en cuatro fases: A) cognitiva, B) dialéctica; C)

⁷⁷ Hassemer, W., “Hermenéutica y Derecho”, *op. cit.*, p. 78.

⁷⁸ Medina Morales, D., “El arte del Derecho. La ley como instrumento del operador jurídico”, Hermida Llano, C., Santos Arnaiz, J. A., *Una Filosofía del Derecho en Acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2015,, pp. 569-571.

⁷⁹ Castán Tobeñas, J., *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, Reus, 2005, pp. 141-151.

⁸⁰ Vallet de Goytisoló, J. B., *Metodología de la Ciencia Expositiva y explicativa del derecho*, Vol. II. I., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2002, p. 332. “los instrumentos que sirven para aproximar y facilitar la concreción en acto de lo que en cada caso determinado es justo”.

⁸¹ Esta sería la posición del llamado “realismo metódico”, al que me adscribo decididamente, y que podemos ver con claridad en las obras de Vallet de Goytisoló en España, Villey en Francia y Cavalla en Italia. *Vid.*, Vallet de Goytisoló, J., *Metodología de la determinación del Derecho. Parte Sistemática*, Vol. II, Madrid, Fundación Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1996; Villey, M., *Leçons d’Histoire de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962 (reimpresión 2002); Cavalla, F., “Sull’ attualità del dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo”, *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1, (2012), pp. 107-121.

⁸² Kaufmann, A., “Teoría de la Justicia”, *op. cit.*, p. 62.

resolutoria; D) expositiva; y E) explicativa⁸³. Se explicará, muy abreviadamente, a continuación:

(A) Un primer momento de reflexión en un viaje de ida y vuelta de las normas a los hechos y de los hechos a las normas, teniendo como guías en este viaje el universal correspondiente a la naturaleza de las cosas, la intuición estimativa que revela los primeros principios del obrar y las abstracciones integrativas que son las instituciones jurídicas, contando, además, con el auxilio de los conceptos, clasificaciones y definiciones ideadas por la dogmática jurídica, así como las reglas de justicia, tópicos judiciales, principios y pautas de valor alumbradas por la jurisprudencia y demás juristas prácticos.

(B) Un segundo momento de confrontación dialéctica de las hipótesis que se han planteado sobre la cuestión jurídica, de modo que esta cuestión se forjará con arreglo a los lugares específicos de la práctica forense permitiendo así la debida formulación del problema, le sucederán las diversas argumentaciones de las partes acerca de sus pretensiones, se juzgará de su corrección o incorrección con arreglo a los principios de la lógica formal (verdad o falsedad y el principio de necesidad) al igual que se juzgará su conveniencia o inconveniencia, oportunidad o inoportunidad, justicia o injusticia con arreglo a los postulados de la lógica material (principio de no contradicción y coherencia), resultando de esta disputa unas conclusiones comunes acerca de los hechos y las normas (síntesis).

(C) Tras estas complejas operaciones habrá de tomarse una decisión que individualizará el contenido de la norma con arreglo a las peculiaridades del caso concreto, puede ocurrir que proceda la concreción normativa (identidad entre disposición y hecho real) o la necesidad de adecuar fáctica y valorativamente la norma a la vida real (concreción por analogía o equidad). En cualquier caso, el resultado de esta operación de individualización será la verdadera norma del caso o norma individual, que será necesario exteriorizar debidamente.

(D) Se expondrá el contenido de su mandato con arreglo a la forma exigida, sea ésta *ab solemnitate* o no. Respetando las reglas y estructura inherente al discurso jurídico.

(E) Se explicará pormenorizadamente el proceso que ha dado lugar a esta decisión, porque sólo así será posible la captación ulterior de la *ratio iuris* o *logos* último de esta actividad: lo que es justo en el caso concreto.

En esta teoría de la determinación del derecho es donde mejor encontraría su lugar la teoría del discurso, como una pieza necesaria de este proceso racional, enriqueciendo con sus hallazgos y contribuciones la

⁸³ Vallet de Goytisolo, J., *Metodología de la ciencia...*, Vol. II, I., *op. cit.*, pp. 118-121.

configuración y resolución de la *quaestio*⁸⁴; pues el “*logos*”, en el orden práctico, sólo es accesible mediante el diálogo⁸⁵. Se llegaría, en virtud de este proceder, a una ciencia jurídica fundada en la experiencia, capaz de descubrir en la práctica de los juristas las reglas de su arte; igualmente, apta para elaborar definiciones, instituciones y conceptos, que progresivamente contribuyan a la formación y perfección de la conciencia jurídica. Una ciencia jurídica o, mejor dicho, una Filosofía del Derecho destinada a explicar racionalmente la totalidad de los fenómenos jurídicos. He aquí compendiada la amplitud de miras del realismo clásico, la hermosa armonía de la filosofía ética griega y el arte jurídico romano.

Desarrollando esta aproximación teórica, podemos afirmar que el realismo metódico ofrece una reconstrucción integral de los métodos analizados con anterioridad, al tiempo que presta atención al conjunto de elementos que unidos contribuyen a la producción del Derecho, tanto desde un punto de vista material (datos históricos, bienes éticos, principios jurídicos y políticos, pautas culturales, hechos sociales, etc) como los elementos de orden formal y técnico⁸⁶. No se trata de un posicionamiento ecléctico, sino de la comprobación de que cada propuesta metódica (Teoría analítica, Teoría hermenéutica y Teoría de la argumentación) responden a una visión parcelaria o reduccionista del quehacer jurídico. Si se acepta que el quehacer jurídico se trata de una *praxis* compleja y episódica, lo realmente importante será encontrar las herramientas que sirvan de ayuda u orientación en cada una de sus fases. Así, la hermenéutica jurídica será de ayuda en la fase deliberativa, los avances en la argumentación jurídica servirán para hallar los soportes racionales de las decisiones jurídicas y, del mismo modo, la teoría analítica del Derecho y su rigor lógico-formal permitirán depurar la técnica conceptual y exponerla científicamente.

7. Conclusión: la praxis jurídica como proceso dialéctico para la determinación del derecho

Las obras o acciones humanas observadas como un producto acabado son decisiones o actos de voluntad, ahora bien, si las observamos como una realidad dinámica descubriremos súbitamente que estos actos de voluntad son la consecuencia de un proceso siempre individual de deliberación y, en el caso del derecho, además habrá de sumársele la condición dialéctica inherente a toda operación jurídica. Esto exige detallar en que consiste la deliberación y el proceso dialéctico de la determinación del derecho, es decir, habrá que detallar la operación intelectual que determina la posición de cada profesional jurídico y su proyección controversial en el marco de un proceso dialéctico dirigido a la determinación fáctica y valorativa de la solución jurídica.

⁸⁴ Montoro Ballesteros, A., “Verdad, método y conocimiento práctico. (sobre las relaciones entre argumentación y juicio prudencial)”, *Anuario de Derechos Humanos*, n. 5, (2004), p. 750.

⁸⁵ Platón, *Obras Completas, Fedro*, Madrid, Aguilar, 1979, p. 853-884.

⁸⁶ Castán Tobeñas, J., *Teoría de la aplicación...*, *op. cit.*, p. 151.

De acuerdo con esta premisa, deberán aceptarse “a beneficio de inventario” el método hermenéutico y el método de la argumentación jurídica por la carga de necesidad y la racionalidad de sus tesis, aunque no siempre alcancen a comprender en su totalidad la acción determinativa del derecho. Esto ocurrirá, en el caso de las teorías hermenéuticas, cuando la precomprensión ahogue la deliberación o, de otro modo, cuando el estudio de la comprensión jurídica prescindiera del carácter dialéctico de la actividad determinativa o individualizadora del derecho⁸⁷. Para el caso de las teorías metodológicas centradas en la argumentación jurídica, éstas habrán de ser refutadas en la medida que desemboquen en un mero ejercicio de retórica y confundan el dominio de la misma con la racionalidad del discurso jurídico⁸⁸.

7.1. La deliberación como acto cognitivo

Siguiendo la enseñanza del Estagirita, la correcta deliberación se ocupa de discernir rectamente tanto los fines de la acción como los medios de la acción; en el primer caso, supone poner en relación el fin absoluto del obrar con otros fines particulares, en orden a determinar la acción virtuosa; en el segundo caso, una vez determinado el fin, elegir el mejor medio para alcanzarlo o reflexionar acerca del correcto empleo de los medios o instrumentos para lograrlo⁸⁹. En consecuencia, es necesario distinguir en la deliberación un momento axiológico o valorativo, dirigido a alcanzar el conocimiento del fin que ordena la acción, y un momento cognitivo acerca de los medios, dirigido a elegir los medios que garanticen la consecución del mismo. La prudencia es la deliberación bien ejercida y ésta sólo es correcta cuando tiende hacia el logro de un bien⁹⁰, pero puede desviarse fácilmente si se logra un bien por medio de un silogismo falso, o una ponderación falsa, o valiéndose de medios indebidos⁹¹. La prudencia, en este sentido, determina lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer, tanto en relación a los fines como a los medios, al respecto de los quehaceres particulares⁹².

Con más claridad y sistemáticamente, sintetiza las fases de esta deliberación prudencial Palacios: a) *eubulia* o la capacidad para deliberar

⁸⁷ Esser, J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, pp. 136-137. Vid., Zaccaria, G., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè Editore, 1984, p. 220. Zaccaria bautiza la hermenéutica de Esser como la lógica de una racionalidad carente de verdad en el ámbito jurídico.

⁸⁸ Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 278-280.

⁸⁹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Aguilar, 1982, pp. 413-417.

⁹⁰ Hittinger, R., “Natural Law and Virtue: Theories at Cross Purposes”, *Natural Law Theory*, Oxford University Press, 1992, p. 51.

⁹¹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, *op. cit.*, VI, 9, 1142 b), p. 413.

⁹² Por ello la prudencia es la virtud de la praxis, pues, orienta el entendimiento y el uso de la técnica. Vid., *Ibidem*, VI, 10, 1143 a), p. 414.

correctamente e indagar los medios conducentes al fin; b) *synesis* o la sagacidad rectora del juicio; y c) *gnome* o la perspicacia necesaria para apartarse de lo ordinario en situaciones extraordinarias⁹³. Desarrollando estas tres cualidades de la deliberación prudente, podemos afirmar que ésta tiene por objeto el conocimiento de los principios del obrar (los valores o bienes a perseguir), el conocimiento suficiente de los medios a emplear; la “sagacidad” necesaria para anticipar las consecuencias de nuestra acción; y la cautela imprescindible para percibir la singularidad de las circunstancias o la realidad sobre la que se pretende actuar⁹⁴. Precisamente es este conocimiento cauteloso de la realidad el que aconseja atender a otras experiencias valorativas y cognitivas previas, que guíen nuestro entendimiento. Así se ofrecen al jurista los saberes adquiridos por la dogmática (tesis, definiciones y conceptos) y la jurisprudencia (*regulae iuris*, tópicos judiciales, principios y pautas de valor)⁹⁵.

Ahora bien, más allá de la sagacidad y la cautela, ¿cómo alcanzar el conocimiento de los valores o bienes que han de orientar nuestra acción? Es una respuesta constante en la literatura filosófica clásica la apelación a la *naturalis ratio* o la capacidad humana para alcanzar un conocimiento racional en el orden natural de las cosas⁹⁶. De este modo, categorías como *recta ratio*, *seny natural*, *natura rerum* y otras semejantes no son sino manifestaciones de esta filosofía intelectualista del derecho natural que establece una correspondencia entre los principios de nuestro entendimiento y los principios de las cosas naturales⁹⁷. Cuando se afirma que la razón, más allá de operar descriptivamente en el orden natural, es capaz de descubrir en el mismo prescripciones que se imponen a nuestro entendimiento, se regresa al modo de razonar de la filosofía clásica.

El fundamento gnoseológico de esta clase de conocimiento se puede encontrar ininterrumpidamente afirmado desde la edad clásica hasta nuestros días. Aristóteles distinguía dos partes de la razón, la primera recibe el nombre de “científica” y su objeto son los seres cuyos principios no pueden ser de otra manera, la segunda denominada “calculadora” por medio de la cual conocemos aquellos seres cuyos principios pueden ser de diversa manera. La razón científica opera en el orden contemplativo (teórico) y sus disposiciones se

⁹³ Palacios, E. L., *La prudencia política*, Madrid, Gredos, 1978, p. 95.

⁹⁴ Montoro Ballesteros, A., *Conflicto social, Derecho y Proceso*, Universidad de Murcia, 1993, p. 45.

⁹⁵ Canaris, C. W., *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 168. Este autor llega a la conclusión de que la ciencia del Derecho (“Jurisprudencia”) es la doctrina del correcto comprender.

⁹⁶ Cicerón, M., *Las leyes*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, p. 66. “*lex est ratio summa, insita in natura quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria. Eadem ratio cum est in hominis mente confirmata et perfecta*”.

⁹⁷ Gilson, E., *La Filosofía en la Edad Media*, Madrid, Gredos, 2007, p. 510-518. Soy consciente de que una afirmación de este tipo supone una toma de posición, antes de continuar, conviene precisar que es imposible una ontología de este tipo si se comparte la tesis de la escisión del *Sein* y el *Sollen*, pues, de ser así, cualquier intento de extraer postulados de deber ser de la realidad natural constituiría la llamada falacia naturalista.

juzgan en virtud de su verdad o falsedad, en cambio, la razón calculadora (o deliberativa) opera en el orden práctico y sus disposiciones se juzgan en virtud de su bondad o maldad⁹⁸. En el orden práctico el intelecto intuitivo capta como evidencias racionales los principios de la acción (“lo que es, por naturaleza, más valioso⁹⁹”). Tomás de Aquino, siguiendo la enseñanza aristotélica, en cambio, prefiere servirse del hábito de la “sindéresis¹⁰⁰”, que es en sentido moral, el hábito de la razón práctica que ante cualquier hecho muestra el principio moral correspondiente a su juicio¹⁰¹, en palabras de Palacios: “vago silbo desde el trasfondo del alma, que nos llama desde la lejanía sin pronunciar nuestro nombre¹⁰²”. Más recientemente Finnis, con una clara impronta intelectualista, recupera esta noción de primeros principios evidentes de la razón práctica que orientan necesariamente la voluntad para fundamentar los bienes dignos de ser perseguidos y protegidos por el derecho¹⁰³.

Se considera necesario matizar esta capacidad humana para la captación de los valores, puesto que en el hombre junto a su dimensión racional cohabitan su dimensión histórica y social. El hombre es el único ser que tiene conciencia de su temporalidad e historia, capaz de concebir su existencia como un ser en un tiempo y a lo largo del tiempo. Como si fuese un espectador en este proceso, el teórico debe desprenderse del ayer y del hoy en aras del futuro, en un esfuerzo constante dirigido hacia su meta: la verdad¹⁰⁴. Claro que no hay más verdad que la de estar siempre en el camino y el ensueño de alcanzarla es, justamente, el anticipo de su naturaleza huidiza, fugaz y transitoria. Por ello, el jurista ha de ser prudente, consciente de la dimensión histórica en la que le ha tocado vivir y vislumbrar razonablemente los bienes o valores que subyacen en la convivencia humana¹⁰⁵.

Cómo identificar estos bienes o valores? ¿Cuáles son las categorías éticas-axiológicas desde las que construir la comprensión del Derecho? Mi posición al respecto es tomada de la de Henkel, en virtud de la cual hay que rechazar tanto el objetivismo como el subjetivismo; en cambio debe asumirse una posición

⁹⁸ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, op. cit., VI, 1, 1139 a), pp. 402-403.

⁹⁹ *Ibidem*, VI, 7, 1141 b), p. 410.

¹⁰⁰ Tomás de Aquino., *Summa Theologicae*, I, Ilae, Madrid, BAC, 1989, p. 731. “La sindéresis es ley de nuestro entendimiento, porque es el hábito que contiene los preceptos de la ley natural que son principios primeros del obrar humano”.

¹⁰¹ Palacios. E. L., op. cit., p. 87.

¹⁰² *Ibidem*, p. 19.

¹⁰³ Vid., Finnis, J., Boyle, J., Grysez, G., “Practical principles, Moral Truth and Ultimate Ends”, Finnis, J., *Natural Law*, Vol. I, Oxford, Dartmouth Publishing, 1991, p. 265. “Everyone who does rationally guided actions naturally knows the first principles of practical knowledge and naturally wills (by simple volition) the goods to which the direct. In this sense, the is-to-be of the first principles of practical knowledge is itself an aspect of the human nature”

¹⁰⁴ Kaufmann, A., *Derecho, moral e historicidad*, Barcelona, Marcial Pons. 200, p. 42.

¹⁰⁵ Henkel, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1968, p. 404.

histórica y relacional¹⁰⁶. Cuando se afirma que los valores (o bienes) son una realidad relacional, se quiere decir que éstos son el resultado de un particular acto de valoración subjetiva, en relación a un objeto concreto, en una situación determinada, dentro de un contexto social y culturalmente variable en el tiempo y el espacio¹⁰⁷. Valorar significa tomar posición o decidir, respecto a una determinada situación conflictiva, en función de las circunstancias objetivas y los fines que se pretenden alcanzar, si son o no lícitos, su aceptación o repulsa social.

Al conocimiento ontológico de la realidad y a los primeros principios del obrar, aún debe añadirse al entendimiento, el conocimiento de la “naturaleza jurídica” del hecho, cosa o relación. Es lo que se denominaba tradicionalmente “*natura rei*” y que más recientemente se designa como institución jurídica. Estas instituciones se tratan de auténticas estructuras objetivas que ayudan a la comprensión de la multiforme realidad en la medida que portan una “*ratio*” o “*logos*” común. Su fundamentación ontológica puede encontrarse en la doctrina de las unidades plurales de Tomás de Aquino¹⁰⁸ y su funcionalidad es ofrecer una ordenación racional de una pluralidad de elementos conectados entre sí (normas, sentencias, principios, tradición, pautas de valor, etc.). la institución – así entendida – sería una unidad plural de hechos jurídicos, relaciones jurídicas, principios jurídicos y pautas de valor que en su realización nos revelan un orden inmanente. Los hechos, relaciones, principios y pautas tienen su propio ser (*ontos*), pero al observarlos conjuntamente en el acontecer descubrimos que poseen un orden o razón común (*logos*) y, en tanto, forman una unidad más amplia. A esta unidad, podemos denominar institución jurídica y así creo es entendida por los primeros teóricos juristas romanos quienes fueron comprendiendo la compleja vida comercial de Roma mediante la “individualización¹⁰⁹” de sucesivas instituciones o figuras jurídicas¹¹⁰. En suma,

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 401.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 404-409.

¹⁰⁸ Tomás de Aquino., *Suma Teológica*, III, q. 2, 1., Vol. V, Madrid, BAC, 1994, pp. 66-67. Santo Tomás en la *Tercia Parte* de la *Summa Theologica* y distingue tres grandes tipos de unidades: a) la unión de dos o más cosas perfectas que conservan su integridad respectiva; b) la unión de cosas perfectas en sí mismas pero transformadas al unirse; y c) la unión de realidades imperfectas en sí mismas pero perfectas en la conjugación. La institución se correspondería con el primer tipo de unidades plurales, es decir, la unión ordenada de sustancias individuales perfectas. En cambio, debemos rechazar las otras dos posibilidades de unidades plurales. No se trataría de la unión de cosas perfectas y transformadas al unirse, porque las relaciones, hechos, principios y pautas no se transforman en virtud de su pertenencia a la institución, sino que se “ordenan” conservando su individualidad. No se trataría tampoco de la unión de realidad imperfectas pero perfectas en la conjugación, porque las relaciones, hechos, principios y pautas no se definen por su pertenencia a la institución, al contrario tienen un valor propio e individual, de modo que la institución no es más que la manifestación ordenada de ese conjunto de realidades individuales.

¹⁰⁹ Entiéndase “individualización” en el sentido expuesto de unir lo diverso (hechos, relaciones, principios y pautas) en lo uno (institución).

desde esta perspectiva la noción de institución jurídica es el elemento central de la ontología: de lo individual a lo plural, de lo plural a lo universal¹¹¹. La institución es una categoría cognitiva intermedia que permite la aprehensión de lo individual, ordenar lo plural y aproximativamente guiar nuestro intelecto hacia lo universal.

7.2. El procedimiento dialéctico inherente a toda operación jurídica

Esta natural inclinación del intelecto y la voluntad hacia lo bueno y virtuoso, que constituye la base de toda deliberación y en consecuencia de toda acción, se encuentra condicionada en el mundo del derecho por el carácter controversial de toda cuestión jurídica. Más precisamente, mientras el obrar moral es un movimiento de la voluntad radicalmente íntimo, un yo decidido; el obrar jurídico es siempre el resultado de una conjunción o confrontación de voluntades, nosotros decidimos u otro decidirá. La idea de alteridad no sólo está en la misma esencia de la idea de derecho, sino que, además, cobra toda su fuerza en la consideración procedimental de toda operación jurídica¹¹². En este sentido, la presencia del “otro” determina la necesidad de un procedimiento dirigido a refutar y confutar las voluntades y pasiones de las partes¹¹³. Esto convierte a las diversas clases de procedimientos jurídicos en los cauces naturales que orientan y conducen hacia su meta el innumerable contraste de voluntades de la realidad social¹¹⁴.

La decisión jurídica será conducida por medio de un procedimiento negocial o contradictorio (las dos clases principales de procesos jurídicos), que determinará su oportunidad o inoportunidad, su corrección o incorrección, su verosimilitud o inverosimilitud, su necesidad o su impertinencia. El espíritu dialéctico de todo proceder jurídico no debe quedar reducido a la confrontación judicial o la elaboración legislativa, pues también cabe pensar en otros modos o procesos de manifestación de este diálogo intersubjetivo. Así podríamos hacer extensible este carácter dialéctico a la misma negociación, la conciliación y la mediación¹¹⁵.

¹¹⁰ Kaser, M., *En torno al método de los juristas romanos*, Universidad de Valladolid, 1964, pp. 33-35.

¹¹¹ Renard, G., *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Sirey, Paris, 1930, p. 80. “L'Ordre juridique, - je m'excuse de répéter, - c'est la coaptation des activités individuelles aux fins des communautés et des communautés élémentaires aux fins des communautés supérieures: ubi societas, ibi jus; ubi jus ibi societas. A ce point, l'institution devenait nécessairement le principal objectif de mes investigations ultérieures”.

¹¹² Cavalla, F., *L'origine*, *op. cit.*, pp. 202-206.

¹¹³ Villey, M., *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, Paris, Puf, 1987, pp. 44-55.

¹¹⁴ Zanuso, F., “La fragile zattera di Ulisse”, Moro, P., Sarra, C., *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2012, p. 77.

¹¹⁵ Atienza Rodríguez, M., *Curso de argumentación...*, *op. cit.*, p. 368. “En mi opinión, es posible conciliar una postura realista (que reconoce que hay formas racionales de argumentación

A las virtudes individuales del intelecto (juicio, sagacidad y cautela) le sigue ahora como necesario el “ingenio” para encontrar los argumentos que expliquen suficiente y necesariamente nuestra decisión o voluntad¹¹⁶, argumentos que deberán ser recíprocamente puestos en relación con los “otros” y sólo tras esta conjugación o confrontación, será posible la decisión última del caso concreto¹¹⁷. Retórica y dialéctica son disciplinas íntimamente unidas, pues, la habilidad retórica será la principal herramienta que encuentra la razón para hacerse valer en un procedimiento reglado y dialéctico, es decir una disputa controvertida¹¹⁸. Precisamente para evitar que la disputa se dirima por la artificiosidad retórica, el proceso dialéctico establece una serie de fases regladas cuyo objetivo último es el ideal socrático: que lo verdadero se imponga sobre lo falso¹¹⁹. La condición de entrada es muy simple: aceptar que la finalidad de este proceso es la búsqueda de la verdad¹²⁰.

¿Cuáles son las fases del proceso dialéctico? Al igual que el razonamiento del retor o del filósofo, el razonamiento del jurista se funda sobre opiniones¹²¹ (tesis e hipótesis). No obstante, éstas habrán de ser exteriorizadas por medio de argumentos que serán contruidos con arreglo a los tópicos y lugares comunes del proceso forense. Necesariamente habrá de fijarse la causa o cuestión a disputar, seleccionar los argumentos relevantes y desechar los irrelevantes, seleccionar las cuestiones propias al proceso y aquellas extrañas al mismo (*quaestio* general y *quaestio* definida)¹²². Seguidamente, se confrontarán los

dialéctica – jurídica – que no coinciden con las del discurso racional) con la atribución de cierta prioridad al discurso racional: bastaría para ello con que el diálogo racional permitiera justificar (como creo que lo permite) la existencia de otros juegos dialécticos: las reglas que rigen estos últimos no pertenece al discurso crítico racional, sino que pueden justificarse a partir de él, lo que es muy distinto”.

¹¹⁶ Pujante, D., *Manual de Retórica*, Madrid, Castalia, 2003, p. 109. “La verosimilitud retórica tiene una estrecha relación con el carácter constructivo que de la realidad hacemos a través del discurso. Cuando no tenemos otra manera de acercarnos a la verdad sino haciendo una construcción verosímil de los hechos, el mecanismo de verosimilitud es clave para establecer nuestra visión de las cosas del mundo y está en relación directa con nuestra ética”.

¹¹⁷ Cavalla, F., “Sull’ attualità del dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo”, *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1, (2012), p. 113.

¹¹⁸ Atienza Rodríguez, M., *Curso de argumentación...*, op. cit., pp. 111-114.

¹¹⁹ Mortara Garavelli, B., *Manual de Retórica*, Madrid, Cátedra, 2015, p. 23.

¹²⁰ Villey, M., *Reflexions sur le philosophie et le droit*, Paris, Puf, 1995, p. 439. Vid., CAVALLA, F., *Retórica, processo, verità*, Milano, FrancoAngeli, 2007, p. 80.

¹²¹ Villey, M., “Modes classiques d’interpretation du droit”, *Archives de Philosophie du droit*, n. 17, (1972), p. 79.

¹²² Esta división entre lugares generales y lugares particulares fue introducida por Hermágoras a propósito del proceso judicial (Vid., Mortara Garavelli, B., op. cit., pp.33-34). Un desarrollo más exhaustivo de la construcción del discurso retórico en virtud de los tópicos, lo encontramos en: Cavalla, F., *L’ origine*, op. cit., pp. 381-401. En todo caso, creo conveniente señalar que este concepto de tópica dista mucho del llamado pensamiento problemático (Vid., Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1986.) La tópica ayuda a la confección del problema y lo

argumentos: estableciendo paralogismos, señalando las contradicciones, refutando sus principios, estableciendo diferencias y similitudes (técnica de la contradicción o antilogía¹²³) a fin de alcanzar unas conclusiones acerca de la acción y ofrecer una respuesta sobre a la misma (síntesis)¹²⁴.

La escolástica medieval y su analogable técnica de la *disputatio*, introdujo la figura de la autoridad o maestro que dirige el proceso dialéctico y decide acerca de la verdad o falsedad de las conclusiones¹²⁵, esta figura se correspondería con la figura del juez en el proceso forense, el notario en su dictamen o cualquier otra intervención de la autoridad en un proceso jurídico de naturaleza dialógica.

Se objetará con razón que el proceso judicial refleja de modo ejemplar las líneas maestras de la dialéctica, pero no otros procesos jurídicos. No creo que sea del todo justa esta objeción, pues, casi todos los procesos jurídicos parten de la premisa de la dualidad de partes y la necesidad de conjugar sus voluntades, es decir, son procesos dialógicos y, por ello, comprensibles desde los esquemas dialécticos¹²⁶. El “*logos*” jurídico no puede aprehenderse prescindiendo del carácter dialéctico inherente al derecho, porque este carácter es una consecuencia del “estar ahí” del hombre, de su cohabitación con otros sujetos¹²⁷. ¿Qué es el negocio jurídico, sino una armonización de voluntades? ¿Son las recientes técnicas alternativas de resolución de disputas algo más que reformulaciones del clásico método dialéctico?

La negociación supone sin duda un procedimiento dialéctico bien definido por la necesidad del acuerdo de voluntades acerca del contenido obligacional del vínculo, que habrá de regir las mutuas relaciones. Más aún, si se observa esta armonización de intereses en la pugna negocial entre oferta y contraoferta. La diferencia respecto al proceso judicial será que no se tratan de intereses encontrados; sino más bien de intereses llamados a encontrarse, es decir, hallar dialógicamente el fin común que permita la unión de voluntades y, por tanto, el negocio jurídico¹²⁸. Mayor dificultad para su caracterización

dispone a la solución, pero el problema no se soluciona mediante tópicos. Si bien, aceptar la formulación del problema es el primer paso para su solución.

¹²³ Cavalla, F., *Ragionare in giudizio*, Pisa, Plus, 2004, pp. 132-143. *Vid.*, Moro, P., “Ripensare la legge”, Moro, P., Sarra, C., *Positività e giurisprudenza*, Milano, Franco Angeli, 2012, pp. 36-37.

¹²⁴ Villey, M., *Seize essays de Philosophie du Droit*, Paris, Dalloz, 1969, p. 360.

¹²⁵ Mortara Garavelli, B., *op. cit.*, p. 51.

¹²⁶ Así ocurre no sólo con el proceso judicial entre las partes y el juez; también en el proceso legislativo entre las distintas fuerzas políticas; entre las partes de un negocio jurídico; entre las partes de un proceso judicial y el mediador; entre los sujetos enfrentados y el árbitro designado; entre notario y clientes. La idea que se defiende es que el Derecho puede observarse como un sistema de comunicación y la forma en que esta comunicación se realiza socialmente es a través de los distintos procesos jurídicos, sean estos negociales o contradictorios.

¹²⁷ Gadamer, H, G., *Verdad y Método*, Vol. II, Salamanca, Sígueme, 2004, p. 356.

¹²⁸ Vallet de Goytisolo, J., *Metodología de la Ciencia...*, Tomo II, Vol. II, *cit.*, p. 1268

dialéctica presentan los actos negociales unipersonales como el testamento o la donación. En el caso del testamento será el notario – como antiguamente el *magister* – quien conduzca la voluntad del causante conforme al ordenamiento jurídico, en un diálogo consultivo y aleccionador¹²⁹. La donación, en cambio, se debe situar en el ámbito de la liberalidad patrimonial del individuo y la negociación, que pudiera existir, se tratará de una apelación a la liberalidad, mecenazgo o solidaridad del donante.

La conciliación procesal es un acto que puede entenderse como una modalidad del diálogo negocial, aunque se diferencia por el hecho de producirse durante el desarrollo de un proceso judicial contradictorio; anticipando el final del mismo, gracias al acuerdo de voluntades de las partes. La mediación se trata de un procedimiento dialógico formalizado y posee sus propias reglas discursivas racionales, la diferencia que presenta frente al modelo dialéctico tradicional o contradictorio es que la finalidad de “mediar” no es tomar una decisión final; sino abrir la posibilidad de que esta solución pueda ser negociada por las partes. El mediador intenta vencer la resistencia al diálogo de los sujetos y ponerlos en la dirección de hallar una pacificación de intereses y voluntades. Finalmente, el arbitraje es una variante del proceso contradictorio judicial, pero quien hace de árbitro no es el titular de un poder jurisdiccional, sino un tercero imparcial a quien se decide someter la controversia, agilizando la duración y reduciendo los costes de un procedimiento judicial al uso. Además, en el caso del arbitraje es posible ampliar el horizonte de la solución final más allá del ordenamiento jurídico y fundamentarse en el más elemental sentido de equidad del árbitro¹³⁰.

7.3. La singularidad de toda determinación jurídica

Se desprende de lo anterior que la decisión jurídica es algo mucho más complejo que un simple silogismo, pues, el jurista ha de forjar su deliberación en un camino de ida y vuelta de los hechos a las normas y de las normas a los hechos, detectando o sintiendo las pautas de valor presentes en los hechos; para poner en disputa con “el otro” las convicciones, así alcanzadas, en un procedimiento dialéctico¹³¹. Entiéndase todo ello conjugado en un procedimiento que, en tanto, jurídico, tiene como finalidad última el establecimiento de la *ipsam res iusta*¹³². “Determinación del derecho¹³³” es el

¹²⁹ Castán Tobeñas, J., *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Madrid, Reus, 1946, pp. 93-137

¹³⁰ Reggio, F., “Norma del caso e soluzioni concordate della controversia in ambito civile. Alcune riflessioni su una zona limite della positività giuridica”, Moro, P., Sarra, C., *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2012, pp. 235-245.

¹³¹ Berteza, S. & Sarra, C., “Dialectica del precedente. Apunti per una collocazione teorica dell’ uso del precedente straniero”, *Ars Interpretandi*, gennaio-giugno, (2016), pp. 22-24.

¹³² Tomás de Aquino., *Summa Theologiae*, II, Ilae, Madrid, BAC, 1990, p. 470.

¹³³ Vallet de Goytisolo, J., “La función de juzgar y sus aportaciones al arte y la ciencia del Derecho”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2010, p. 32-34.

compuesto que mejor revela este carácter peculiar del razonamiento jurídico y que es posible compendiar en las siguientes notas características: a) no es un silogismo, porque no hay una única respuesta, al contrario hay tantas respuestas como situaciones diversas; b) la determinación no procede de modo descriptivo, sino valorativo, es decir, implica siempre un juicio de valor sobre la situación; y c) la determinación genera la auténtica norma jurídica, cuya fuerza se despliega sólo en el caso concreto¹³⁴. A estas tres notas, yo le sumaría dos más: d) todos los recursos del entendimiento son necesarios en la determinación del derecho; y e) la corrección de esta determinación se juzgará por las exigencias de la lógica material¹³⁵.

¹³⁴ Cavalla, F., "Sull' attualità...", *op. cit.*, p. 111.

¹³⁵ Vallet de Goytisolo, J., *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho. Elaboración sistemática*, Tomo II, Vol. II, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2003, pp. 110-121.