

# SOBRE EL SENTIMIENTO JURÍDICO EN LA ARGUMENTACIÓN. UNA CONTRIBUCIÓN A LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Waldo F. Núñez Molina<sup>1</sup>

---

*Fecha de publicación: 01/05/2016*

**Sumario:** Introducción. **1.-**El sentimiento jurídico. **2.-** La argumentación jurídica y sus contextos. **3.-**Razón de la sinrazón. Inclusión del sentimiento jurídico a la argumentación. Conclusiones. Bibliografía.

**Resumen:** Nos proponemos definir el ámbito del sentimiento jurídico en el marco de la teoría estándar de la argumentación, a partir de su naturaleza, utilidad y su influencia en la teoría de la argumentación; contribuimos con una clasificación *ad hoc* para incorporar este fenómeno. Y las líneas de desarrollo para fomentar la construcción de un sentimiento jurídico paradigmático a la luz de la ética y las fuentes del derecho.

**Palabras clave:** Sentimiento jurídico, naturaleza utilidad e influencia, teoría de la argumentación ética.

---

<sup>1</sup> Abogado (USMP), Maestro en Derecho Civil y Comercial (UNFV), Doctor en Derecho (UNFV). DEA del Doctorado de Filosofía Jurídica (UNED- España), Maestro en Tutela judicial de Derecho y jurisdicción Contencioso-Administrativa, (Universidad Jaen-España). Postgrado en Derecho Civil (Universidad de Salamanca- España), Postítulo en Derecho Civil (PUCP), Diplomado mult. Ex Profesor del Facultad de Derecho de la UIGV, de la Maestría en Derecho Civil y Comercial y del Doctorado en Derecho en la UNFV. Ex Fiscal Adjunto Provincial Titular de Familia del Callao. Actual Fiscal Provincial Civil Titular de Lima. Miembro del Comité Consultivo de la Escuela del Ministerio Público.

**Abstrac:** We propose to define the scope of the legal sense within the framework of the standard theory of argumentation, from its nature, utility and its influence on the theory of argumentation; We contribute to an ad hoc classification to incorporate this phenomenon. And lines of development to promote the construction of a paradigm in light of the ethical and legal sources of the right feeling.

**Keys words:** Legal sense, nature usefulness and influence, argumentation theory of ethics.

## **Introducción**

Aquella vieja idea de “sentimiento jurídico”, ya no ocupa el espacio ni la atención que en algún momento le dispensó la filosofía del derecho. Pero ahora pretendemos rescatar esta idea, pues consideramos que su postergación en la teoría del derecho y en particular en la teoría de la argumentación ha generado una distorsión ostensible en la comprensión de la realidad del Derecho.

Efectivamente a propósito de la distinción entre el denominado contexto de descubrimiento (o explicación) y justificación, realizado por la teoría estándar de la argumentación jurídica, a nuestro juicio, indebidamente se minimizó la influencia del sentimiento jurídico; cayendo en el error de afirmar que las “explicaciones” de las razones no interesan al Derecho. Pues en este trabajo queremos demostrar el decisivo influjo del sentimiento jurídico en una decisión judicial. Y bajo ese conocimiento tenemos la intención de aportar las bases para definir y limitar los alcances del sentimiento jurídico en la labor argumentativa en el Derecho.

### **Problema a abordar**

Sin duda hay un plexo de subjetividad que determina la toma de decisiones judiciales y en general todas las manifestaciones jurídicas. Aquella subjetividad por considerarse incontrolable fue relegada por la teoría de la argumentación. No obstante, el sentimiento jurídico si bien puede resultar algo desbrujulado en ocasiones, en él reposa el aspecto crítico y renovador del Derecho, con él se impulsan las grandes reformas legislativas y jurisprudenciales. Ante este panorama nos planteamos como problema: ¿El sentimiento jurídico puede ser útil a la teoría de la argumentación?

## **1.-El sentimiento jurídico**

### **1.1-concepto**

Los antecedentes teóricos de la doctrina del sentimiento jurídico, se encuentran en la teoría de los sentimientos morales, misma que adquirió

relevancia con los trabajos de Hume y Smith<sup>2</sup>. Precisamente el primero de los citados diría con convicción: “Dad al asunto tantas vueltas como queráis, más nunca podréis hacer que la moralidad se base en una relación, sino que hemos de recurrir a decisiones del sentimiento”<sup>3</sup>. No habría que esperar mucho para que el uso del término sentimiento moral se pase al de “sentimiento jurídico”, de modo que se volvería común para autores como Ihering o Spencer.

Veamos que opinan los teóricos: para STERNBERG el sentimiento jurídico “nos permite compenetrarnos con la situación del lesionado en su derecho: y, a base de la intuición, del <juicio basado en la propia conciencia> del <principio del juicio subjetivo>, se manifiesta claramente a nuestra conciencia la clase y medida de reparación que ha de imponerse al infractor del Derecho”<sup>4</sup>. Por su parte HENKEL sostiene que “el sentimiento de lo que es o debiera ser <Derecho>, el sentimiento del Derecho correcto. Según cuál sea el contexto dado, la expresión puede designar bien la capacidad o disposición a este sentimiento bien la reacción sentimental misma. En la significación inmediata de la expresión se trata de una sensibilidad emocional sobre lo que está mandado y permitido jurídicamente...”<sup>5</sup>

Tratando de sintetizar lo que se piensa sobre el sentimiento jurídico, RIEZLER consideró que hay tres especies: como “sentido de lo que es Derecho o, mejor, capacidad agudizada para la percepción intuitiva y la recta aplicación de lo que es Derecho vigente (*sensus iuridicus*); o bien sentido de que solo debe acontecer lo que está de acuerdo con el orden jurídico, es decir sentimiento de respeto ante el orden jurídico existente; o

---

2 SMITH, Adam : *Teoría de los sentimientos morales*, Madrid, Alianza, 2004

3 HUME, David: *Investigaciones sobre los principios de la moral*, Traducido por Carlos Mellizo. Madrid, Ed. Alianza, p.184. Y también diría que “como es claro que la justicia tiende a promover la utilidad pública y a sostener la sociedad civil, el sentimiento de justicia, o bien se deriva de nuestra reflexión sobre esa tendencia, o bien, como es el caso con el hambre, la sed y otros apetitos, y con el resentimiento, el amor a la vida, el cariño por los propios hijos y otras pasiones, surge de un instinto original y simple que radica en el corazón humano y que la naturaleza ha implantado allí con tan saludables propósitos” (p. 75) y que “así, las reglas de la equidad o justicia dependen enteramente del estado y condición particular en que los hombres están situados, y deben su origen y existencia a la utilidad que la sociedad obtiene de su estricta y regular observancia” (p. 57).

4 STERNBERG, Theodor: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Traducido por José Rovira y Ermengol. Barcelona, Labor, 1930, p125

5 HENKEL, Heinrich: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1968, p. 698.

bien, por último sentido de lo que debe ser Derecho, es decir la inclinación emocional hacia un ideal jurídico”<sup>6</sup>.

Finalmente para RECASENS la palabra sentimiento jurídico ha sido empleada para designar<sup>7</sup> :

“a) Un sentimiento de respeto para el orden establecido.

b) Un sentimiento de reconocimiento y de respeto para las personas, posesiones y esfera de acción de los prójimos.

c) También el vehículo emocional que nos indica lo que debiera ser en algún problema de regulación de la conciencia y de la cooperación interhumanas.

d) La reacción emocional contra actos, decisiones y normas que sentimos como algo injusto, que nos ofende y agravia, sea a uno mismo, sea a algún prójimo –porque en este segundo caso, cuando se trata de que la víctima es otra persona, por simpatía, por solidaridad humana, el ultraje contra ella cometido lo experimentamos en alguna medida como afrenta que también nos afecta a nosotros mismos.”

De la explicación reseñada por los citados estudiosos podemos afirmar que el sentimiento jurídico tiene un carácter intuitivo, que responde ante una injusticia, pero cómo dicho sentimiento se conforma, esto es, ¿cuál es su naturaleza?

## **1.2.- Sobre la naturaleza del sentimiento jurídico**

A la par de su definición también ha interesado a los teóricos determinar la naturaleza y utilidad del sentimiento en el derecho. Así hay quienes han creído que el sentimiento jurídico es producto de la evolución, esto es, nos viene como algo innato y que evoluciona por influencia del medio, tal es el caso de H. SPENCER, que consideraba “como una deducción inevitable de la doctrina de la evolución orgánica que los tipos más elevados de los seres vivos, como los tipos inferiores, se moldean innecesariamente, según las necesidades que imponen las circunstancias, comprenderemos los cambios morales entre las evoluciones así elaboradas”<sup>8</sup>, para él “...el sentimiento egoísta de la justicia es un atributo subjetivo, el cual corresponde a las exigencias objetivas que constituyen la

---

6 Citado por MAYER, Max Ernest: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Labor, 1937, p.177.

7 RECASENS SICHES, Luis: *Introducción al estudio del Derecho*, 4ed. México, Ed. Porrúa, 1977, p. 56

8 SPENCER, Herbert: *La justicia*, Trad. Pedro Forcadell, Buenos Aires, Heliasta, 1978, p.24

justicia y que piden que cada adulto recoja los resultados de su propia naturaleza y de los actos consiguientes”<sup>9</sup>.

Por su parte IHERING diría que “la opinión según la cual el sentimiento ético o la conciencia, o como se quiere llamar, la opinión de que el sentimiento jurídico nos es innato, se basa en un engaño; se funda en que no podemos observar la paulatina formación de ese sentimiento en nuestro interior”<sup>10</sup>.

Y con un criterio más acabado STAMMLER diría que “la verdad es que, invocando el *sentimiento* del Derecho, resulta completamente imposible sustraerse a resultados de validez meramente subjetiva. Nadie nace trayendo al mundo consigo este sentimiento del Derecho. El hombre recién nacido es un ser natural que nada sabe todavía de Derecho ni de justicia. Tiene que adquirir la conciencia de ello. Y nadie podrá afirmar razonablemente que todos los hombres se asimilan esas nociones a través de un proceso uniforme. Este proceso depende en cada hombre de innumerables e incontrolables complicaciones. Y el problema de la rectitud objetiva se plantea aquí, como siempre, en el transcurso de la evolución humana total y por medio de la reflexión crítica.”<sup>11</sup>

Y como contraposición de la idea anterior se estimó que “las condiciones históricas de la vida (educación, hábitos, herencia), no engendran la idea de lo justo, sino que son las ocasiones y los modos de los hechos que a ella corresponden, las razones de su afirmación o acatamiento en concreto. Solo en ese sentido, esto es, en su aspecto empírico, puede decirse que la conciencia de lo justo está subordinada a condiciones históricas de desenvolvimiento. En cambio, en su aspecto ideal, no tiene otra razón de determinación o de interferencia que la lógica”<sup>12</sup>.

Al parecer desentrañar la naturaleza última que determina la toma de decisiones del sentimiento jurídico es una labor todavía inextricable. Puesto “que ningún fisiólogo ha localizado y aislado hasta el presente la vivencia o emoción de <lo justo>, pues aun suponiendo la existencia de centros diencefálicos específicos para cada drive o sentimiento, la verdad es que el

---

9 SPENCER, Herbert: *Ibi dem*, p.26

10 JHERING, Rudolf: *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, Trad. Federico Fernández-Crehuet. Madrid, Trotta, 2008, p. 59

11 STAMMLER, Rudolf: *El Juez*, Trad. por Fernández Camus, Lima, Ara Editores, 2005, p. 89

12 DEL VECHIO, Giorgio: “El sentimiento jurídico”, en *Hechos y Doctrinas (escritos filosóficos, jurídicos y literarios)*, Trad. Eustaquio Galán Gutiérrez, Instituto Editorial REUS, Madrid, 1942, p.45-46

concepto de lo justo no es más que el reverso de un impulso más primigenio que denominamos *sentimiento de injusticia* y que podría incardinarse en el área de otras reacciones vegetativas como el miedo o la ira”<sup>13</sup>.

Se cree que “...lo característico del sentimiento jurídico, que no solo se manifiesta poderosamente, sino en forma violenta, <emocional>. Movido por la pasión, incurre en exageraciones. Es también <subjetivo> en un sentido que le hace aparecer inadmisibile en Derecho. Es unilateral. Y precisamente la esencia del Derecho es la consideración de ambas partes”<sup>14</sup>. Y quizá por eso se ha dicho que “invocar la justicia es como dar un golpe en la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto...Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la <justicia>, porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento”<sup>15</sup>.

Con todo ese análisis parece que la idea de sentimiento jurídico no podría prestar el sustento de una construcción práctica que sea útil para el derecho. Y por ello no ha faltado quien niegue su importancia objetiva, por ejemplo, se ha señalado “que el sentimiento jurídico, como repercusión emocional de un ideal de justicia, es ciertamente un presupuesto de la existencia misma del Derecho y un elemento valiosísimo para su aplicación; pero no es fuente especial Derecho, ni siquiera instrumento de elaboración que deba ser aislado de los de carácter reflexivo y objetivo”<sup>16</sup>.

Sin embargo, no estamos de acuerdo que el sentimiento jurídico sea solo una emoción parcializada. A nuestro juicio se puede apreciar la

---

13 MUÑOZ SATATÉ, Luis: *Enfermedad y justicia. El papel del derecho en la psicoterapia individual y social*. Barcelona, Editorial hispano europea, 1972, p.20

14 STERNBERG, Theodor: *Op cit*, p.126

15 Alf ROSS citado por MUÑOZ SATATÉ, Luis: *Op cit*, p.19

16 CASTÁN TOBEÑAS, José: *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid, Reus, 2005, p.198

existencia de un sentimiento jurídico natural<sup>17</sup> y otro propiamente dicho, éste ya producto de una educación jurídica<sup>18</sup>.

Por lo dicho creo que de todas las definiciones e ideas presentadas puede sintetizarse en que el sentimiento jurídico supone una natural repulsión a la injusticia. Quizá en su estado más natural sea parcializada; no obstante, el sentimiento debidamente educado propone una emoción e inclinación a la justicia, la cual es construida culturalmente.

Metodológicamente se puede ser un *positivista*, y acomodar el sentimiento jurídico a esa tesitura como diría Mayer: “el <juez justo>, aun cuando se limite a cumplir fielmente la ley, realiza una misión a la que nada falta en dignidad, y sirve al bien común mucho mejor que aquellos que impondrían a la vida su sentimiento jurídico. Una sentencia jurídica, aun cuando contenga poco o nada de justicia intrínseca, es mucho más fácil de soportar en la vida social que una lucha por la justicia”<sup>19</sup>

Se puede ser *iusnaturalista* y notarse la influencia del sentimiento jurídico, ya que precisamente el sentimiento jurídico es motivado por la razón natural y la justicia<sup>20</sup>, aunque surge la dificultad de consensuar este

---

17 STERNBERG, Theodor: *Op cit*, p. 129 “tampoco el sentimiento humano innato de Derecho es, ni con mucho, un sentimiento jurídico que, en su heterogeneidad, esté por encima de la <parcialidad>; de tal manera que el sentimiento jurídico originario, inculto, apasionado en su simplismo y <parcial> es el que ha de ser calificado de sentimiento jurídico propiamente dicho o de <sentimiento jurídico natural>”.

18 STERNBERG, Theodor: *Ibi dem*, p.128. Diría “esta heterogeneidad del sentimiento jurídico existe realmente en el sentimiento jurídico cultivado, y en ellos es esencialmente en lo que el cultivador profesional del Derecho ha de distinguirse de todo aquel que no sea jurista.

Por eso muchas veces es incomprendido el jurista por los no juristas a causa de la falta de comprensión de la altura de miras y visión total de las (especiales) actividades anímicas, muy por detrás de las cuales queda la masa de los no juristas” Y agrega que “precisamente la esencia del sentimiento jurídico popular está basado en esta <parcialidad>. Pero la esencia de una justicia ecuánime consiste en la exclusión de esa <parcialidad>. Evitar la <parcialidad> es el objetivo de la formación de la conciencia jurídica, por el que todo verdadero jurista debe luchar durante toda su vida.

19 MAYER: *Op cit*, p.185

20 MAYER, Max Ernest: *Ibidem*, p.181 diría “quien siembra normas no puede cosechar justicia. La norma ofrece valores perdurables, garantiza la seguridad jurídica; pero esta justicia está cada día a la altura del tiempo; la norma mide con igual medida; garantiza la igualdad jurídica; a la justicia, en cambio, no pasa inadvertida ninguna desigualdad. El Derecho considera cada caso particular desde el punto de vista impuesto por regla general; la justicia penetra, por así decirlo, en el corazón del caso. No sabemos qué es más equivocado, si un Derecho sin normas o una justicia regulada normativamente; un Derecho que se desliga de las normas es como un caballo desbocado; una justicia vinculada por normas es como un Pegaso uncido”



sentimiento jurídico, esto es, establecer una definida “conciencia jurídica” en la comunidad.

También considero que se puede ser *neoconstitucionalista*, y tampoco se puede negar la influencia de los sentimiento valorativos, al respecto Alexy reconocía que no son pocos los autores que reconocen las valoraciones del aplicador de derechos, así por ejemplo “Larenz habla del <reconocimiento de que la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que exige en gran medida valoraciones del aplicador>, Müller es de la opinión de que <Una jurisprudencia sin decisiones ni valoraciones...(no sería) ni práctica, ni real>; Esser constata que <las valoraciones...(tienen) una importancia central en todas las decisiones de algún modo problemáticas>; Kriele llega al resultado de que no se puede <desconocer de ninguna manera el elemento valorativo, normativo-teleológico y político-jurídico, contenido en toda interpretación> y Engisch tiene que reconocer que <las leyes mismas, en todas las ramas del Derecho, (están) actualmente construidas de tal manera que los jueces y funcionarios de la administración no encuentran y fundamentan sus decisiones a través de la subsunción bajo firmes conceptos jurídicos cuyo contenido se revela con certeza a través de la interpretación, sino que tienen que valorar autónomamente y que decidir y disponer como legisladores>”<sup>21</sup>

Pero, ante la perplejidad de la ciencia que aún no ha desentrañado a cabalidad la naturaleza del sentimiento jurídico, y al mismo tiempo con su presencia aceptada en las metodologías del derecho más importantes; considero que el “sentimiento” es de suma utilidad para la argumentación jurídica.

### **1.3.- Utilidad del sentimiento jurídico**

Parece inevitable una cuota de subjetividad en la labor judicial, pero este ineludible sentimiento jurídico, no es uno libre como aquél que proponía la escuela<sup>22</sup> de la libre interpretación del derecho, sino uno limitado, puesto que si no fuera así se le “darían al Derecho una subjetividad impropia de él, necesita el sentimiento jurídico ser rectificado

---

21 ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducido por Atienza y Espejo. Madrid, CEC, 1997, p.28

22 A guisa de ejemplo GARCIA AMADO, Juan (2003): *Ernest Fuchs y la doctrina del derecho libre*, en *Ensayos de Filosofía Jurídica*, Bogotá, Themis, p. 161 diría “El sentimiento jurídico es un indicador central para valorar la corrección de las decisiones. Según FUCHUS <cuando una decisión se aleja demasiado del sentimiento jurídico general, algo falla en su fundamento>. Y sabemos ya que el buen juez es el que sintoniza su sentimiento con el sentimiento general”.

para que sus decisiones tengan objetividad necesaria. La falta de meditación y la falta de fuerza de convicción tienen que cesar; el Derecho debe ser <imparcial> y válido a juicio de todos; en esto consiste su objetividad”<sup>23</sup>.

Dicho esto el “el sentimiento jurídico funciona como un medio para el hallazgo del Derecho justo: es decir, como vehículo de una intuición o de un juicio del criterio estimativo, que tiene intrínseca validez. La mera existencia de ese sentimiento jurídico no tiene fuerza creadora de Derecho; pero permite enjuiciar las normas del Derecho positivo; y suministra una guía o inspiración, sobre todo para corregir desviaciones y distanciamientos frente a los requerido por la justicia”<sup>24</sup> (el subrayado es nuestro). Cuando busca corregir la injusticia, “en ese <sentido de la injusticia> se da una mezcla indisoluble de sentimiento y razón. Sin la razón, tal sentimiento sería algo ciego, incapaz de servir a la causa de la injusticia y del bien común. Pero además de la razón, que está latente y puede ser descubierta después por el pensamiento, hay, ante todo, el hecho de una experiencia emocional -íntima, cálida-, el hecho de una experiencia dolorosa inmediata, por cuya virtud el hombre descubre el ataque y se prepara para la defensa”<sup>25</sup>

En ese sentido creemos que el reto de la doctrina contemporánea es controlar este aspecto subjetivo del hombre, que debemos considerar como trascendente en la toma de decisiones. Por eso “merced al sentimiento jurídico, la normatividad jurídica cala profundamente en la sociedad, la efectividad de aquella se logra mas perfectamente; ya no es solo que la racionalidad normativa se impone merced a sus virtualidades conceptuales y formales, es que se incorpora, intensamente, a los ciudadanos que la sienten como algo suyo; la heteronomía se cumple porque se siente, produce una atracción que se acepta de buen agrado. Y esto es así porque la adhesión que comporta el sentimiento jurídico no es totalmente emocional, ya que desde el momento en que se considera que tal normatividad se acepta porque es conveniente y buena para la integración social”<sup>26</sup>.

---

23 STERNBERG, Theodor: *Op cit*, p130.

24 RECASENS SICHES, Luis: *Introducción al estudio del Derecho*, 4ed. México, Ed. Porrúa, 1977, p. 57

25 RECASENS SICHES, Luis: *Ibi dem*, p. 58

26 LUCAS VERDÚ, Pablo: *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*. Madrid, Reus, 1985, p.5

Pero la mencionada utilidad e importancia del sentimiento jurídico reseñada por la doctrina nos parece aún insuficiente para su aplicación práctica en la argumentación. Veamos por qué.

## **2.- La argumentación jurídica y sus contextos.**

En la denominada teoría estándar de la argumentación jurídica, se distinguen dos contextos: uno de “descubrimiento” y otro de “justificación”. La distinción derivó de la ciencia en general, de modo que el contexto de justificación suponía una hipótesis o enunciado lógico y el de descubrimiento se refiere a cómo se llega a dicha hipótesis o enunciado.

En el ámbito jurídico el contexto de justificación implica las razones objetivas de la decisión tomada y el contexto de descubrimiento o explicación<sup>27</sup> los motivos que determinaron o aparejaron tal justificación.

### **2.1- El prejuicio contra el sentimiento jurídico**

La clasificación de contextos reseñada nos llevaría a asumir que “cada uno de esos dos aspectos de decisiones constituiría el objeto de estudio de disciplinas distintas: del contexto de descubrimiento tendría que ocuparse diversas ciencias sociales (psicología, sociología, etc.); mientras que la teoría del Derecho (y por tanto, la teoría de la argumentación jurídica) se situaría exclusivamente en el contexto de justificación”<sup>28</sup>. De allí que “los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas”<sup>29</sup>

Sin embargo, esta distinción de contextos a nuestro juicio ha generado una suerte de prejuicio<sup>30</sup> respecto del subjetivismo, y el sentimiento

---

27 Diría NINO citado por ATIENZA, Manuel: *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2006, p. 32 n° 2 que “las razones explicatorias se identifican con los motivos. Ellas están constituidas por estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones. El caso central de razón explicatoria o motivo está dado por una combinación de creencias y deseos (...). Las razones justificatorias u objetivas no sirven para entender por qué se realizó una acción o eventualmente para predecir la ejecución de una acción, sino para valorarla, para determinar si fue buena o mala desde distintos puntos de vista”.

28 ATIENZA, M.: *Curso de Argumentación jurídica*, Madrid, Ed. Trotta, 2013, p.115

29 ATIENZA, M.: *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación jurídica*, cit, p. 32

30 Este prejuicio es sintetizado por NETTEL, Ana: *La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial*, ISONOMÍA, N° 5, 1996, p.115 “La mayor parte de los autores de la actual teoría de la argumentación jurídica se auxilian de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Siguiendo esta posición, la teoría de la argumentación se ubicaría en el contexto de justificación, dejando

jurídico en general. Pero ahora podemos criticar<sup>31</sup> que dicha forma de ver las cosas excluye aspectos sociológicos y psicológicos importantes para la construcción de las decisiones judiciales, ello lo notaron autores como FRANK y el realismo escandinavo. Incluso actualmente ya se ha estimado que dicha distinción no siempre ha sido nítida<sup>32</sup>. No obstante, a pesar de ello la teoría estándar no ha realizado esfuerzos certeros para racionalizar el sentimiento jurídico en la argumentación.

Cierta indeterminación e irracionalidad<sup>33</sup> son factores a tener en cuenta en la teoría del Derecho. La fuerte trabazón existente entre el sentimiento y la acción<sup>34</sup> aunada a las creencias, deseos e intenciones que las determinan resulta para algunos un amasijo subjetivo incontrollable e impredecible. Empero olvidan que incluso las emociones tienen un grado de racionalidad<sup>35</sup>, que debe ser debidamente racionalizada o cuando menos explicada.

## 2.2- Importancia del sentimiento jurídico en las decisiones.

Pongamos un ejemplo, comentaba Calamandrei<sup>36</sup> que “defendía una vez, en casación, una causa referente a un pretendido vicio redhibitorio de un caballo que tenía la costumbre de morder. Sostenía el comprador que había echado de ver que el caballo por él comprado tenía ese vicio y pedía por tanto la resolución de la venta; pero la Corte de Apelación había desestimado el hecho y por consiguiente rechazado la demanda. El comprador, vencido, presentó recurso de casación; yo defendía al vencedor;

---

de lado todo aquello que tiene que ver con la forma en que se llegó a la decisión. Así, la teoría de la argumentación no debe detenerse a analizar los elementos ideológicos, psicológicos y sociológicos que llevan a las autoridades a plantear de tal o cual forma las decisiones; dicho de otra forma, según estos autores, a la teoría de la argumentación jurídica no le concierne analizar las motivaciones de quines deciden; ello corresponde al contexto del descubrimiento y no es de relevancia para el análisis de la justificación.”

31 NETTEL, Ana: *Op cit*, p.,117

32 Por ejemplo ATIENZA, M.: *Curso de Argumentación jurídica*, cit., p.115-116, considera que desde el punto de vista formal, la distinción puede establecerse con nitidez, pero en el denominado plano material de la argumentación las razones justificativas y explicativas pueden ser indistinguibles; y en el plano pragmático, simplemente la distinción desaparece.

33 V gr. ELSTER, Jon: *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Trad. por Calos Gardini, Barcelona, Gedisa, 1999, p.33

34 MOYA, Carlos: *Sentimientos y teoría de la acción*, en ISEGORÍA, N°25, 2001, p.19 y ss.

35 Cfr. GONZÁLES LAGIER, Daniel: *Emociones, responsabilidad y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2009

36 CALAMANDREI, Piero: *Elogio de los jueces. Escrito por un abogado*, México, Oxford, 2000, p. 9-10

pero estaba tan seguro de que rechazaría el recurso (precisamente porque en casación no se puede volver a discutir el hecho), que cuando me llegó el turno para hablar, renuncié a hacer uso de la palabra.

Se puso entonces de pie el procurador general, quien, contrariamente a lo que yo esperaba, declaró que el recurso estaba perfectamente fundado y que debía, por tanto, ser acogido.

Tal fue mi sorpresa, que terminada la discusión, no pude menos de acercarme a su asiento y decirle:

-Excelencia, ¡qué difícil es para los abogados hacer previsiones sobre el resultado de los recursos; En este asunto hubiera yo jurado que también usted pediría que se rechazase el recurso.

Me contestó:

-Mi querido abogado: contra los caballos que muerden nunca se es lo suficientemente severo. Hace años, paseaba por la ciudad llevando a mi hijo de la mano; pasamos cerca de un coche de caballos, parado junto a la acera. Usted no lo creerá; pero aquel caballo, de aspecto inofensivo, se dio vuelta de pronto y le mordió a mi chico el brazo. Una herida profunda que, para curarla, necesitó más de un mes. Desde entonces, cuando oigo hablar de caballos que muerden, soy inexorable.”

Bien, podríamos criticar la forma de pensar de dicho magistrado, pero él solo tenía una creencia que determinaba su decisión. Pero qué ser humano no es inmune a formas de pensar “cuestionables” debido a su propia experiencia.

Ahora en la cotidianidad del Derecho estas formas de pensar pueden ser más sutiles. Por ejemplo el caso de Karen Llantoy<sup>37</sup>. En el cual la no

---

37 Sucedió que Karen Llantoy Huamán, quedó embarazada, cuando tenía 17 años de edad. El 27 de junio de 2001 se le realizó una ecografía en el Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, dependiente del Ministerio de Salud. Del examen se estableció que se trataba de un feto anencefálico.

Posteriormente el 3 de julio de 2001, el D.r Ygor Pérez Solf, médico gineco-obstetra del Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, le informó. Le señaló que tenía dos opciones: continuar o interrumpir la gestación; recomendándole la interrupción mediante un legrado uterino. Karen Llantoy decidió interrumpir el embarazo.

El 19 de julio de 2001, cuando Karen se presentó en el hospital en compañía de su madre para ser internada para la intervención, el Doctor Pérez le informó que debía solicitarse la autorización por escrito al Director del hospital. Siendo Karen menor de edad, su madre, presentó dicha solicitud. Pese a ello el Doctor Director del Hospital, respondió por escrito, que

tutela de este caso supuso que la recurrente ganara su causa ante el comité de derechos humanos y el Estado peruano tuviera que indemnizarle<sup>38</sup>.

Probablemente permitir un aborto penado aun cuando se trate de un feto anecefálico, para un iusnaturalista sería difícil porque tendría que respetar la vida del feto; para un positivista igual a la luz del texto del código penal que prohíbe el aborto; creo que el tema lo resuelve el sentimiento jurídico sin más: “usted le pediría a un familiar que mantenga un embarazo cuando sabe que su feto morirá inevitablemente a los pocos días de nacido”. El neoconstitucionalismo y la ponderación de derechos simplemente se constituirán en un vehículo o mecanismo para demostrar lo que el sentimiento jurídico ya decidió.

### **2.3.- Presencia del sentimiento jurídico en la argumentación**

El ineludible sentimiento jurídico en la toma de decisiones judiciales, se evidencia en muchas formas, por ejemplo, en los denominados casos difíciles, cuando un Tribunal hay 3 votos a favor y 2 en contra, ello ha sido determinado por la percepción de la justicia y la argumentación solo le ha dado forma al sentimiento jurídico. Y si alguno digiera que ello no impide que pudiéramos objetivamente acotar los valores predominantes y encontráramos una respuesta correcta en el espacio y tiempo que esa solución del caso requiere, siempre uno puede preguntarse, cuál sería el

---

no era posible realizar la interrupción de la gestación, por cuanto hacerlo sería contravenir a las normas legales.

El 13 de enero de 2002, con una demora de tres semanas respecto a la fecha normalmente prevista para el parto, Karen dio a luz una niña anencefálica, que vivió cuatro días; periodo durante el cual debió amamantarla. Después de la muerte de su hija, Karen Llantoy se sumió en un estado de profunda depresión. Así lo diagnosticó la psiquiatra Marta B. Rondón. Asimismo, Karen afirma que padeció de una inflamación vulvar que requirió tratamiento médico.

Karen Llantoy presenta al Comité la declaración médica de los Doctores Annibal Faúdes y Luis Távora, especialistas de la asociación “Center for Reproductive Rights”, quienes el 17 de enero de 2003 estudiaron el expediente clínico de Karen y señalaron que la anencefalia es una enfermedad fatal para el feto en todos los casos. La mayoría mueren inmediatamente después del nacimiento. Además pone en peligro la vida de la madre. En su opinión, al haber rechazado interrumpir el embarazo, el personal médico tomó una decisión perjudicial para Karen.

Karen Llantoy agrega que en el Perú no existe ningún recurso administrativo que permita interrumpir un embarazo por motivos terapéuticos, y no existe tampoco ningún recurso judicial que opere con la celeridad y eficacia necesarias para que una mujer pueda exigir a las autoridades la garantía de su derecho a un aborto legal dentro del periodo limitado, en virtud de las circunstancias especiales que se requieren en estos casos.

38 Véase el fallo en <http://es.scribd.com/doc/94608354/CASO-ABORTO-TERAPEUTICO-Karen-Llantoy-VS-Peru>.

parámetro para saber que aquella era la respuesta correcta y su comprensión nos remite nuevamente al sentimiento jurídico.

Podemos precisar esto más aún. En efecto, tanto la premisa mayor (normativa) como la menor (hechos) están impregnados de la mencionada valoración subjetiva. Así en el **ámbito normativo**, hay una carga subjetiva que Wróblewski llamaría “ideología”<sup>39</sup> y el mismo Alexy, luego de esbozar su teoría de los pesos, no renuncia a las llamadas cargas de la argumentación (*pro libertatis o pro legislador*). La decisión de aplicar la norma pertinente tiene un sentido particular, una hechura propia, la cual de ordinario debería coincidir con la de los demás. Esto es reconocido por los teóricos de la interpretación jurídica cuando señalan que interpretar no es “descubrir el significado”, sino “asignar” uno a la norma.

Pero también esta carga subjetiva se patentiza en la **premisa menor**, pues hay una multiplicidad de factores que influyen al magistrado en su quehacer analítico de la prueba, de modo que cuando se pretende demostrar con medios de pruebas, solo estos, no se presentan como inmovibles para tal fin, sino el orden y la forma en que se presentan tiene mucha importancia y de allí que las valoraciones subjetivas que determinan al magistrado a dicha escogencia tienen un peso indudable. Al respecto Taruffo señala que: “el razonamiento probatorio constituye, en consecuencia, un contexto heterogéneo y complejo en el cual constituye varios factores: desde la formulación consciente de hipótesis, a la confrontación dialéctica de las mismas hipótesis; desde las fases deductivas a las inferencias probabilísticas; desde el recurso a las nociones de sentido común al uso de pruebas científicas; desde la argumentación conceptual a los cánones del razonamiento jurídico” (...) Y agrega “La prueba judicial desarrolla una función demostrativa, desde el momento en que produce fundamentos cognoscitivos y racionales para la elección que el juez realiza, al individualizar una versión aplicable y verdadera de los hechos relevantes de la *litis*, justificando su decisión. Las condiciones y modalidades con las cuales la prueba desarrolla en concreto esta función, se determinan cuando el juzgador finalmente formula y argumenta un juicio de hecho...”<sup>40</sup>

Hacer reposar la demostratividad de la premisa mayor o la prueba únicamente en la argumentación jurídica justificativa, deviene en un subterfugio, en un esfuerzo de crear un esquema ordenado plausible; sin

---

39 WRÓBLEWSKI, Jerzy: *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2008, p. 67

40 TARUFFO, Michele: “Función de la prueba: función demostrativa”, en *Cinco lecciones mexicanas*, México: Tribunal Electoral, 2003, p.191

embargo, obviando que el que argumenta es un ser humano cargado de sentimientos.

Creo que la ciencia jurídica actual debe racionalizar elementos demostrativos jurídicos y de prueba. No negando el sentimiento jurídico y factores o condiciones que animan la demostración judicial, pero sí estableciendo elementos para limitar el activismo judicial.

### **3.- Razón de la sinrazón. Inclusión del sentimiento jurídico a la argumentación.**

Si para los sofistas los argumentos tenían como finalidad convencer al rival incluso en desmedro a la verdad, puesto que de ser necesario se debía confundir al contrario o valerse de paradojas e incluso falacias.

La finalidad actual de la argumentación jurídica en las resoluciones judiciales debería estar dirigida a la eliminación de información redundante, y precisar la esencia fáctica y jurídica del caso, de manera que la “verdad” sea visible con mayor claridad. La argumentación tiene por misión la “aclaración” de un contexto jurídico confuso, abigarrado e incoherente.

Para los ya iniciados en la teoría de la argumentación, debo decir que tampoco el paradigma vigente propuesto por la teoría de la argumentación es inmune al denominado sentimiento jurídico, así el sentimiento jurídico en última instancia determina los pesos<sup>41</sup> para la ponderación en la teoría de Alexy, el cual también reconoce que cuando hay empate en los pesos el magistrado queda en libertad de escoger entre el principio *pro libertatis o pro legislatoris*, yo diría en una expresión de pura discreción sentimental. Lo propio se puede decir con el reciente planteamiento particularista<sup>42</sup>, el sentimiento jurídico determina la escogencia de los casos paradigmáticos que servirán para construir la hipótesis de trabajo.

Pero, ¿cuánto de racionalidad existe en los sentimientos y emociones? Cuando tenemos un problema jurídico, y la solución propuesta parece razonable, la aceptamos como tal, pero cuando de su aplicación se derivan

---

41 Como bien ha demostrado MORESO, José: *Alexy y la aritmética de la ponderación*, en [http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Alexy\\_y\\_la\\_aritmetica\\_de\\_la\\_ponderaci\\_\\_n.pdf](http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Alexy_y_la_aritmetica_de_la_ponderaci__n.pdf)

42 Nos referimos al planteamiento de Susan Hurley, actualmente ya encontramos textos sobre el particularismo; para un buen resumen, *vid*, MORESO, José: *Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos*, en <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/viewFile/1232/1237>.



resultados negativos nuestro sentimiento jurídico (o apreciación de la justicia) nos mueve a rechazar aquél razonamiento jurídico.

Luego cuando este sentimiento jurídico es coincidente con el de muchos, se constituye en un “movimiento” o “espíritu”, capaz de crear o modificar leyes; o tener un rol decisivo en la gestación y crítica doctrinaria; o motivar principios generales del derecho.

Entonces si bien la razón debe alinear al sentimiento, también el sentimiento corrige a la razón. Y es en esta suerte de correspondencia inextricable es que ha de comprenderse el Derecho y en especial la argumentación jurídica.

Ocurre que muchos sentimientos no se pueden explicar fácilmente, de allí que los aplicadores del Derecho suelen valerse de meras formalidades, argumentaciones genéricas, pseudo argumentaciones, argumentaciones aparentes, hipócritas o similares. Pero ¿Acaso todo es argumentable?, evidentemente se puede dar forma moral a una inmoralidad. Incluso una argumentación monda y lironda se puede constituir en un vehículo sofisticado para soterrar injusticias. Probablemente el sentimiento jurídico censurará dicha inmoralidad, pero en muchas ocasiones cuando ya es muy tarde (como en las sentencias que causan estado).

Argumentar sin la influencia de sentimientos jurídicos es inevitable<sup>43</sup>, pero solo al ser conciente de ello se puede construir una descripción de la realidad jurídica más honesta y como tal más asequible en la búsqueda de una inalcanzable certeza científica.

### **3.1. Clasificación *ad hoc*. Contexto de explicación: banal y trascendente.**

Seguramente la antropología y sociología jurídica, tienen una tarea pendiente en identificar las coincidencias de nuestros sentimientos.

---

43 “En Alemania Vierhans contaba que el presidente de su Sala refería sin avergonzarse que se fiaba primero de su intuición y que luego eran los magistrados quienes le proporcionaban los argumentos para apoyarla; Düringer ha escrito que tomaba las decisiones de acuerdo con su sentimiento jurídico, para las que posteriormente buscaba una fundamentación. Con las mismas palabras se ha pronunciado el austriaco Unger; y como no tiene sentido alargar un repertorio de citas interminables, basta recordar un último testimonio del norteamericano Holmes, para quien <en el *common law* primero se decide el caso y luego se precisa la regla jurídica correspondiente>, y por ello reconocía que a él lo que más le costaba era decidir y que, una vez adoptada la decisión, la argumentación posterior resultaba muy sencilla, puesto que <siempre puede darse forma lógica a cualquier conclusión>.” NIETO, Alejandro: *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, p. 164

Mientras tanto los legisladores deben tener en cuenta esta variable sentimental al momento de realizar su quehacer.

Por su parte el Magistrado, no debe prejuiciarse de que un sentimiento dirija su decisión, pues aquellas “razones del corazón” que invocaba Pascal, nos dirigen, definen y potencian nuestras razones. Probablemente las *razones más emociones valen más que solo las razones*, muestra de ello lo tenemos en la fuerza de los argumentos cuando son expuestos por un gran orador o cuando algunas falacias (*v. gra. ad hominem, ad misericordiam, etc.*) resultan ser tan eficaces para convencer a auditorios.

Creo que el intérprete y aplicador del derecho no debe relegar al sentimiento, sino que se debe esforzar por racionalizarlo y así desbanalizarlo y mundanizarlo. Por ello propongo esta clasificación de contexto de **explicación banal y trascendente**. La primera solo sentimientos y querencias irrelevantes para el derecho; la otra, sentimientos que pueden ser definitivos en la construcción de un argumento, sinrazones que guardan una metarazón que debe ser valorada desde la condición humana. Puesto que “es el esfuerzo humano de procurar el bien, y no los esfuerzos de un imaginable superhombre psicológico, lo que genera, a su vez, las respuestas humanas de empatía, compasión, comprensión y respeto”<sup>44</sup>.

Con ello la tarea consistiría en construir una tópica por la cual los “sentimientos trascendentes” sean reconocidos como parte de la argumentación y, como tal, no constituyan un objeto de crítica, por falta de imparcialidad, a los magistrados.

### **Solución a trabajar: Inclusión del sentimiento jurídico en el ordenamiento jurídico.**

Pero luego de asumida esta gravitación del sentimiento jurídico, dicho dato puro y duro cómo nos puede ayudar a construir un derecho más real. El realismo jurídico<sup>45</sup> se planteó escrutar esta subjetividad de como prever el fallo de los magistrados, y dicho tema, aunque desde otras vertientes aún está vigente<sup>46</sup>, no obstante, estos enfoques por ahora carecen de utilidad práctica notoria.

---

44 SOPER, Philip: *Una Teoría del Derecho*, trad. R. Caracciolo, Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1993, p. 190

45 *V gr.* CASTIGNONE, Silvana: *La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia*, Bogotá, Universidad de Externado de Colombia, 2010

46 POSNER, Richard: *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011

En cambio, considero que el reconocimiento de la importancia se sentimiento nos debe conducir a un único camino productivo, esto es, determinar las causas de los sentimientos jurídicos y con ello fomentar la construcción de un sentimiento jurídico paradigmático: **1) referente ético.** El cual tenga sus ramificaciones en todas **2) las fuentes del derecho.**

Así en cuanto al referente ético, deberíamos preguntarnos, qué clientes, abogados, doctrinarios, jueces y legisladores queremos.

Por razones de espacio solo pondré un ejemplo, del planteamiento, digamos si nos preguntáramos qué clase de magistrado buscamos, pues al respecto se ha dicho que “el juez debe tener en la mano el libro de la ley y el entendimiento en el corazón” (F. BACON) o que “cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente; que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo” (MIGUEL DE CERVANTES), Etc. Es más el paradigma del buen juez “Magnaud”<sup>47</sup>, es aquél que trasciende las reglas establecidas.

Pero aquellas ideas aisladas tendrían que ser acotadas, deberíamos proponer diversos aspectos para fijar su perfil, lo cual de ordinario no se hace. A saber:

a) Uno de ellos será *su aptitud ante el trabajo*: 1) hay personas negligentes (por ejemplo, el juez que solo firma); 2) Hay personas muy acuciosas, puesto que les gusta motivar abundantemente sus resoluciones (aunque los quejen por tener una carga laboral atrasada); 3) hay gente que es medianamente acuciosa y expeditiva al mismo tiempo, etc.

b) Otro aspecto sería *que actitud tiene ante su institución*: 1) Es indiferente; 2) no quiere asumir responsabilidades; 3) quiere asumir responsabilidades si su trabajo ordinario lo permite; 4) es proactivo en lo institucional incluso a costa de descuidar el trabajo ordinario, etc.

---

47 STAMMLER: *Op cit*, p.79 nos recuerda que “una figura peculiar dentro de la magistratura judicial es la del francés Magnaud, presidente del Tribunal de Primera Instancia de Chateau-Thierry. Este juez inició hace unos cuantos decenios un tipo de jurisprudencia a la que él mismo dio el nombre de humana. Se hizo popular con un asunto criminal, que de por sí no podía ser más sencillo. Se trataba de una muchacha que, impulsada por el hambre, había sustraído un pan de una panadería para comerlo con su familia, siendo acusada de robo. El Código penal francés no admite la eximente del estado de necesidad. El recurso de acogerse a la irresponsabilidad del acusado falla muchas veces. Magnaud absolvió a la muchacha, alegando que nadie debía pasar hambre no siendo por su culpa y, que el juez debía interpretar y aplicar la ley en un sentido humano. El Tribunal de apelación revocó la sentencia y condenó a la procesada. Pero Magnaud siguió ejerciendo sus funciones en el sentido indicado, lo mismo en materia penal que en materia civil.”

Evidentemente la lista de criterios para fijar el perfil de un magistrado, tendría que ser muy larga, según tengo conocimiento, aún no ha sido elaborada cumplidamente. Y menos aún existe un consenso doctrinario a tal propósito para los demás actores como abogados, doctrinarios y legisladores.

De otro lado, pero de igual modo, el sentimiento jurídico tiene su incidencia en las fuentes del derecho. Este conocimiento haría suponer una política incorporacionista de la conciencia jurídica en el derecho vigente; Es decir se podría implementar disposiciones que fortalezcan determinados sentimientos jurídicos.

No parece factible esperar que las personas piensen con un sentimiento jurídico adecuado, pues es imposible estar detrás de cada sentimiento y pensamiento, pero si parece posible formar y establecer un marco normativo para que esas personas piensen como un *homo juridicus*<sup>48</sup>.

### **Conclusiones.-**

- 1.- De las definiciones e ideas presentadas estimamos que el sentimiento jurídico supone una natural repulsión a la injusticia. La cual en su estado natural puede ser parcializado, pero cuando el sentimiento es educado propone una emoción e inclinación a la justicia. Generándose así una intuición virtuosa la misma que se puede reflejar en la argumentación jurídica.
- 2.- Para la teoría existente la utilidad del sentimiento jurídico es la de ser correctora de las injusticias, enjuiciando el Derecho vigente. Pero este aporte lo consideramos insuficiente a la luz de la práctica jurídica y la argumentación.
- 3.- El contexto de descubrimiento (preñado de sentimientos y emociones), es subjetividad que explica la objetividad (justificación). No obstante, la teoría de la argumentación ha generado una suerte de prejuicio respecto a esta subjetividad, es más ha constituido mecanismos para minimizar la subjetividad (como por ejemplo, la ponderación y la teoría de los pesos); no obstante, el sentimiento jurídico resulta inextinguible y éste puede determinar el éxito o fracaso de una argumentación.

---

48 Vid. DEL VECHIO, G: “El *homo juridicus* y la influencia del derecho como regla de vida”, en *Derecho y vida* , Barcelona, 1942, p. 69 y sig.

- 4.- Con la propuesta de distinguir un contexto de explicación “banal” (por ejemplo, una decisión determinada por un prejuicio) de uno “trascendente” (como una decisión determinada por la misericordia) se sinceraría mucho más la teoría de la argumentación. Con lo cual la tarea de la teoría consistiría en edificar una *tópica* en la cual los “*sentimientos trascendentes*” sean reconocidos como parte de la argumentación.

Creo que los teóricos del derecho no solo se deben ocupar en definir una teoría de la argumentación que excluya la subjetividad. Es más se podría arriesgar a construir toda una teoría del sentimiento jurídico. Ello nos conduce a la ética del cliente, el abogado, el magistrado, el doctrinario, etc. Pero no solo ello, sino qué estrategia se puede tomar desde las distintas fuentes del derecho para identificar y positivizar una “conciencia jurídica” que requiere cada una de nuestras naciones.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducido por Atienza y Espejo. Madrid, CEC, 1997
- ATIENZA, Manuel: *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2006
- ATIENZA, Manuel: *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Ed. Trotta, 2013
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*. Madrid, Reus, 2005
- CASTIGNONE, Silvana: *La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia*, Bogotá, Universidad de Externado de Colombia, 2010
- CALAMANDREI, Piero: *Elogio de los jueces. Escrito por un abogado*, México, Oxford, 2000
- DEL VECHIO, Giorgio: “El sentimiento jurídico”, en *Hechos y Doctrinas (escritos filosóficos, jurídicos y literarios)*. Traducido Eustaquio Galán Gutiérrez. Madrid, Instituto Editorial REUS, 1942
- DEL VECHIO, Giorgio: “El *homo juridicus* y la influencia del derecho como regla de vida”, en *Derecho y vida*, Barcelona, 1942, p. 69 y sig.

- ELSTER, Jon: *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Trad. por Calos Gardini, Barcelona, Gedisa, 1999
- GARCIA AMADO, Juan: *Ernest Fuchs y la doctrina del derecho libre*, en *Ensayos de Filosofía Jurídica*. Bogotá, Themis, 2003
- GONZÁLES LAGIER, Daniel: *Emociones, responsabilidad y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2009
- JHERING, Rudolf: *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, Trad. Federico Fernández-Crehuet. Madrid, Trotta, 2008
- HENKEL, Heinrich: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Traducido por Gimbernart Ordeig. Madrid, Taurus, 1968
- HUME, David: *Investigaciones sobre los principios de la moral*, Traducido por Carlos Mellizo. Madrid, Ed. Alianza, 2006
- LUCAS VERDÚ, Pablo: *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*. Madrid, Reus, 1985
- MAYER, Max Ernest: *Filosofía del Derecho*. Traducido por Legaz y Lacambra, Barcelona, Labor, 1937
- MORESO, José: *Alexy y la aritmética de la ponderación*, en [http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Alexy\\_y\\_la\\_aritmetica\\_de\\_la\\_ponderaci\\_\\_n.pdf](http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Alexy_y_la_aritmetica_de_la_ponderaci__n.pdf)
- MORESO, José: *Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos*,  
<http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/viewFile/1232/1237>
- MOYA, Carlos: *Sentimientos y teoría de la acción*, en ISEGORÍA, N°25, 2001, p.19 y ss
- MUÑOZ SATATÉ, Luis: *Enfermedad y justicia. El papel del derecho en la psicoterapia individual y social*. Barcelona, Editorial hispano europea, 1972
- NETTEL, Ana: *La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial*, ISONOMÍA, N° 5, 1996, p.107 y ss
- NIETO, Alejandro: *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Ed. Trotta, 2007
- POSNER, Richard: *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011

- RECASENS SICHES, L.: *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1977
- SMITH, Adam: *Teoría de los Sentimientos morales*, Traducido por Carlos Rodríguez. Madrid: Alianza, 2004
- SOPER, Philip: *Una Teoría del Derecho*, trad. R. Caracciolo, Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1993
- STAMMLER, Rudolf: *El Juez*, Trad. por Fernández Camus, Lima, Ara Editores, 2005,
- STERNBERG, Theodor: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Traducido por José Rovira y Ermengol. Barcelona, Labor, 1930
- SPENCER, Herbert: *La justicia*. Traducido por Pedro Forcadell. Buenos Aires, Heliasta, 1978
- TARUFFO, Michele: “Función de la prueba: función demostrativa”, en *Cinco lecciones mexicanas*, México, Tribunal Electoral, 2003
- WRÓBLEWSKI, Jerzy: *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2008