

TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: UNA VISIÓN RETROSPECTIVA DE TRES AUTORES*

por Faustino Martínez Martínez **

Retomando una serie de notas que fueron objeto de un proyecto de trabajo allá por el año 1996, cuando inicié mi todavía breve carrera académica, me apresto ahora a presentar de una forma esquemática los elementos más significativos, las reflexiones más importantes y las conclusiones personales más notorias acerca de esa corriente del pensamiento jurídico conocida con el nombre de “teorías de la argumentación jurídica”. Son tres los autores sobre los que nos vamos a centrar: Theodor Viehweg¹, Chaïm Perelman² y Robert Alexy³, cuyas obras pasamos a comentar, extractar y conectar.

Como es sabido, las teorías de la argumentación jurídica se desarrollan en Europa tras la Segunda Guerra Mundial (desde la década de los 50 en adelante) con un denominador común: la búsqueda de la racionalidad de la decisión jurídica, así como el estudio de la justificación del proceso de toma de decisiones⁴. Sin temor a equivocarnos, es Theodor Viehweg el padre o creador de las bases a partir de las cuales se desarrollaron en Europa y en América las distintas ramas o corrientes acerca de la argumentación jurídica.

* Recibido el 4 de agosto de 2004. Publicado el 7 de noviembre de 2004.

** Profesor Ayudante, Doctor, Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad Complutense de Madrid (España). fmartine@der.ucm.es

¹ Viehweg, T., *Tópica y Jurisprudencia*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Editorial Taurus, Madrid, 1964.

² Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Editorial Civitas, Madrid, 1979.

³ Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

⁴ Sobre las mismas, vid. la síntesis de Atienza Rodríguez, M., “Para una teoría de la argumentación jurídica”, en Víctor Blanco y Gonzalo Platero (comps.), *Perspectivas actuales del Derecho. Ensayos jurídicos en tiempos de cambio*. ITAM, México, 1991, pp. 87-110. Recientemente, con abundante aportación bibliográfica, vid. Rodríguez Boente, S. E., *La justificación de las decisiones judiciales: el artículo 120.3 de la Constitución Española*. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003.

Su obra de referencia aparece en 1953, conociendo un inusitado éxito editorial. Su finalidad clara: crear un nuevo método para la interpretación y aplicación del Derecho. *Tópica y Jurisprudencia* se inicia repasando la Historia de la Tópica desde Aristóteles hasta su utilización más reciente por parte de la doctrina jurídica civilista. Viehweg presenta, en primer lugar, el pensamiento de Vico que en una famosa guía de estudios, trató de conciliar el modo antiguo y el modo moderno de proceder al examen de los distintos conocimientos que interesan al ser humano. Al aludir a los métodos científicos, Vico calificaba al antiguo como retórico y al nuevo como crítico. El antiguo es una herencia del clasicismo grecorromano transmitido desde Cicerón y se basa en el sentido común que se intercambia con lo verosímil, operando por medio de silogismos. En cambio, el método nuevo (que es denominado cartesianismo) es un método esencialmente crítico que toma como punto de arranque una primera verdad indubitable, cuyo desarrollo se efectúa por medio de criterios geométricos y con largas deducciones en cadena. Sus ventajas son claras (la agudeza, la precisión), pero presente inconvenientes como la pobreza de su lenguaje o la inmadurez del juicio dado. Esas desventajas pueden ser superadas, según Vico, aplicando el método antiguo, en concreto, la Tópica Retórica, siendo necesario, por tanto, combinar ambos métodos. La contraposición entre la Tópica aristotélica y la Tópica ciceroniana ocupa las siguientes reflexiones del autor que estamos siguiendo. Aristóteles se ocupó del arte de disputar e intentó convertirlo en un cuerpo filosófico. Para el Estagirita, hay dos clases de argumentos: los apodípticos, que se mueven en el ámbito de la verdad, y los dialécticos, centrados en el campo de lo meramente opinable. La Tópica pertenece al terreno de lo dialéctico y es necesario encontrar un método que permita establecer silogismos sobre todos los problemas para evitar contradicciones. Para este filósofo, las conclusiones dialécticas son aquellas que tienen como premisas opiniones acreditadas y

verosímiles que cuentan con aceptación. Éstas sería objeto de la Tópica. Los modos de fundamentación en la Dialéctica son la inducción, el silogismo y además cuatro mecanismos de apoyo: el descubrimiento de las premisas principales, la distinción de las denominaciones de las cosas, el descubrimiento de los distintos géneros o tipos, y la obtención de las analogías o semejanzas entre géneros. Realizada esta labor, se puede tratar el tema de los tópicos, puntos de vista utilizables y aceptados universalmente, que se emplean en pro y en contra de todo aquello sobre los que se opina para obtener la verdad. La Tópica de Cicerón tuvo una mayor influencia y calado que la aristotélica, aunque, según Viehweg, su calidad sea inferior. Este autor romano diferencia entre invención y formación del juicio, dividiendo los debates en judiciales, deliberativos y laudatorios. Su aparato tópico se centra más en los resultados y la concibe como una práctica de la argumentación.

Para Viehweg, la Tópica es la técnica de pensamiento que se orienta hacia el problema. Rechaza el sistema aporético de Aristóteles para sostener que aquella es una técnica de tipo problemático. Todo problema origina un arte de invención, una pluralidad de posibilidades. En palabras de Hartmann, debe contraponerse el modo de pensar problemático y el modo de pensar sistemático, aunque tengan conexiones. ¿Qué es un problema? Para el autor, es toda cuestión que, a primera vista, permite más de una respuesta y que requiere un entendimiento preliminar. A ese problema se le insertan un conjunto de deducciones para llegar a una contestación: esto es lo que se conoce como sistema. Hay una Tópica de primer grado (se procede de un modo simple, tomando puntos de vista ocasionales y buscando premisas objetivamente adecuadas, lo cual genera inseguridad) y una Tópica de segundo grado (acudiendo a un catálogo de tópicos, con variadas clasificaciones como la Kästner). A pesar de las críticas de Kant, Vico, de nuevo, apreciaba este método

y junto a él, Viehweg. La Tópica implica una interpretación, abriendo nuevas posibilidades y ofreciendo nuevos puntos de vista. Las premisas de las que se parte se legitiman y se califican como relevantes, admisibles, etc. Cuestión diferente es probarlas, puesto que en este caso se exige una operación lógico-deductiva que hace innecesaria la invención. La relación entre la Tópica y el Derecho Civil, en el cual es difícil hallar deducciones de largo alcance, puede existir. Tras examinar textos del Derecho romano, el autor concluye que es éste un modo de pensar de tipo problemático, integrado por proposiciones y conceptos; la Tópica colecciona puntos de vista y los engloba en catálogos, creando una jurisprudencia regular en palabras de Viehweg, es decir, se trataría de una Tópica de segundo grado. Hay todo un repertorio de principios jurídicos sencillos y aceptados por hombres notables, de fácil aplicación. Pero, ¿es esto una ciencia? Los romanos no se preocuparon de esto y no es posible establecer una clasificación rigurosa hoy en día. Para Viehweg, la mentalidad de juristas y retóricos es la misma, siendo ambos herederos de la Dialéctica aristotélica, en oposición a la Dialéctica estoica. Ejemplo de esa Tópica sería el *Mos Italicus*, cuyo representante más señero sería Bártolo. La falta de sistemática que caracteriza a la Tópica se utilizó para criticar esta corriente jurídica italiana y europea. Dos son las cuestiones que se planteaban como básicas: en primer lugar, ¿qué hacer cuando los textos se contradicen? Las contradicciones ocasionan dudas y de ahí pasamos a una discusión científica que reclama una solución. Ésta pasa por la elaboración de concordancias para lo cual existen varios métodos (el argumento de autoridad, por ejemplo). Sin invención, sin Tópica, todo esto no sería posible. En segundo lugar, ¿cómo se establece una correlación de situaciones? Se trata aquí de un claro tópico que implica la búsqueda de puntos de vista que justifiquen la aplicabilidad de un texto. Esto lleva necesariamente a arbitrariedades lógicas para hacer posible el desarrollo y la continuidad del mundo jurídico. Sólo así pudo el jurista

medieval recuperar el Derecho romano y convertirlo en Derecho Común. La sistematización hubiese bloqueado este desarrollo. El sistema utilizado por los juristas medievales tenía varias fases: establecer los caracteres introductorias del texto en cuestión; aclaración de los términos empleados en el texto; división de las ideas básicas que el autor del fragmento ha querido transmitir; lectura, interpretación y síntesis; justificación de la decisión obtenida; y, finalmente, posibles réplicas. Visto este esquema, deduce el autor que lo capital es la discusión, una de las ideas claves de la Tópica: se buscan argumentos para la respuesta, se introducen varios puntos de vista, y se resuelve en base a uno de los tópicos más sencillos (el argumento de autoridad). La Tópica también presenta conexiones con el *Ars Combinatoria*, para la cual aquélla no es un método dado que carece de un mecanismo lógico-deductivo. Lulio y Leibniz intentaron, sin embargo, pasar al campo del Derecho el método matemático con un proyecto de casuística jurídica general, que fracasó por reducir la variedad del lenguaje a un lenguaje de precisión.

Llegamos así a la Axiomática. La cultura moderna occidental desea concebir la jurisprudencia como una verdadera ciencia, rechazando la Tópica. Se parte del trabajo previo de ésta, sistematizándolo, poniendo los conceptos en un orden lógico para asegurar un método deductivo. Esta sistematización no es un trabajo difícil: por medio del método axiomático (ordenar los conceptos de acuerdo con su dependencia lógica). Pero Viehweg objeta algo: ¿hasta qué punto se ha desterrado la Tópica? Para que esto se produzca, hay que seguir un formalismo riguroso mediante dos métodos: entender los conceptos jurídicos exclusivamente desde la relación en que se hallen y adoptar el sistema de Leibniz ya descrito. La conclusión del autor es que la Tópica nunca puede ser eliminada de un ordenamiento jurídico por varios motivos:

1.- El ordenamiento jurídico es una pluralidad de principios y de normas, que pueden entrar en colisión. Es fundamental la interpretación y, con ella, la Tópica.

2.- A la hora de aplicar el Derecho, debemos considerar que los distintos sistemas no son completos (hay, pues, lagunas) y la Tópica es el mecanismo para evitar esos vacíos.

3.- El uso de un lenguaje espontáneo y el examen o interpretación del estado de las cosas, que nos conduce a resaltar el papel preponderante de la Tópica nuevamente.

La conclusión, como ya afirmaba Cicerón, es que no se puede prescindir de la Tópica, si bien la Lógica tiene también su importancia, en segundo plano. Si se quiere dotar de carácter científico a la Ciencia Jurídica, hay que recurrir a la Lógica necesariamente.

Toda disciplina jurídica va a establecer unos puntos de vista desde donde partirá todo debate, es decir, admite unos tópicos o lugares comunes. Fue Ihering quien incorporó al mundo del Derecho una nueva noción, sin la cual no pueden ser entendidos cada uno de los derechos positivos: la noción de interés. Otro alemán, Weber, expuso que las Ciencias están directamente relacionadas con los problemas, los cuales son, de este modo, la causa directa de su aparición. Para solucionarlos, las diferentes ciencias tienen una serie de principios y objetivos que pueden sistematizarse, aunque otros no son susceptibles de ellos al carecer de principios seguros. Éste es el caso de la jurisprudencia. A través de la Tópica, se puede descubrir la estructura de la Ciencia del Derecho. Para ello, se siguen tres presupuestos: la estructura total de la jurisprudencia ha de determinarse desde el problema mismo; las partes de la

jurisprudencia han de ligarse específicamente al problema; y los conceptos y proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en relación con el problema. Siguiendo este esquema, Piel hace en el año 1930 una ordenación del Derecho privado, imitando la posición de un legislador; busca la participación de la comunidad, la justicia y el orden. Más adelante, será Esser quien afirmará que los conceptos de la jurisprudencia sólo cobran sentido a partir de la idea de justicia y que hay siempre juicios de interés. Se funda este autor en el Derecho Natural, no en el Positivo. Concluye así que todos los conceptos que se forman tienen el carácter de tópicos y son medios auxiliares en la discusión de los problemas. De acuerdo con Wilburg, nuestro Derecho está petrificado en un sistema rígido y de ser flexibilizado. Los principios proporcionan resultados aceptables siempre que se les ligue a la idea de justicia. Considerados de modo absoluto, sería inaplicables. El Derecho Positivo permite extraer de su seno una multitud de principios y no uno solo omnicompreensivo. Lo fundamental es que el problema ha de conservar siempre su primacía, mientras que los principios –que servirían de apoyo dialéctico- son susceptibles de ser quebrados, limitados o modificados. Estos principios pueden ser considerados como tópicos. Un resumen, pues, del pensamiento de Viehweg permite hallar las siguientes líneas básicas:

1.- El Derecho no tiene la consideración de sistema, dado que lo decisivo es la solución de los problemas. Para ello, no se parte de premisas totalmente evidentes, sino que son discutidas para conseguir la solución. El Derecho es un *ars inventiendi*.

2.- Toda decisión jurídica tiene una justificación interna (se parte de premisas aceptadas que no son discutidas) y una justificación externa (trata de descubrir una serie de premisas para la resolución del caso concreto).

3.- La argumentación jurídica se realiza siempre desde la discusión, desde el debate, partiendo de unas bases que carecen de carácter evidente, lo que significa que hay varias soluciones posibles.

4.- En conclusión, el Derecho no es una verdadera ciencia, sino una simple técnica. La consecuencia de todo esto es que hay que recurrir a un pensamiento de tipo aporético, usando premisas contestables y discutibles: las normas jurídicas y su validez tendrían una naturaleza absoluta; los tópicos serían premisas utilizables en relación a los problemas, teniendo en todo caso validez, tanto si se usan como si no se usan.

5.- La Tópica es una técnica del pensamiento problemático, diferenciada del método deductivo. La jurisprudencia como mecanismo especial para resolver problemas va unida indisolublemente a la Tópica y, por tanto, no es posible prescindir de ella. El instrumento de la Ciencia Jurídica hay que buscarlo no en la razón, sino en la racionalidad.

Algunos aspectos del pensamiento de Viehweg son cuestionables. Discutible es la necesidad de obtener el consenso, lo cual no sucede siempre en el campo del Derecho. Tampoco es determinante la obtención de una decisión justa "aquí y ahora", sino más bien una decisión razonable adecuada al Derecho vigente y a unos criterios mínimos de racionalidad. Y tampoco se puede considerar el mundo del Derecho como un conjunto de aporías, dado que existen multitud de normas –más claras en su contenido algunas que otras- cuya virtualidad práctica depende de los casos concretos en que se haya de aplicar y de la simplicidad o complejidad con que tal caso se presente. Viehweg no da un catálogo de tópicos que se puedan utilizar por parte del operador jurídico. Serán sus discípulos

(sobre todo, la Escuela de Maguncia) los que intentarán establecer una clasificación de los mismos, así como una jerarquía.

La obra de Perelman se desarrolla a partir de un trabajo suyo anterior (*Teoría de la argumentación*) en el cual disertaba sobre la argumentación práctica en general. Se traspone, por tanto, el esquema de reflexión general al ámbito jurídico con una división tripartita de en su estructuración interna. Perelman comienza hablando del razonamiento en general, visto en su calidad de actividad mental y de resultado de tal actividad. El estudio en conjunto del razonamiento corresponde a la Lógica, que se ocupa de varias cuestiones como la manera de formular el resultado, el lazo que une las premisas y la conclusión, la validez de este lazo o la estructura del propio razonamiento. Perelman se retrotrae al pensamiento aristotélico que diferenciaba entre un razonamiento analítico (que parte de premisas necesarias o verdaderas, y conduce a conclusiones igualmente necesarias o veraces), estudiado por la Lógica Formal, y un razonamiento dialéctico (que persigue conocer los medios para persuadir y convencer por medio del debate, para criticar las premisas de los adversarios y para defender las propias). La primera cuestión a abordar es la de si existe o no una Lógica jurídica. Perelman, de acuerdo con Engisch, sostiene que la Lógica jurídica es una Lógica material, no formal, que debe hacernos reflexionar sobre lo que hay que hacer, cuando, dentro de los límites de lo posible, queremos llegar a un juicio jurídico razonable o justo. Viendo que si es posible afirmar la existencia de una Lógica jurídica, la segunda pregunta que se formula Perelman versa sobre el Derecho y sobre si éste actúa en la vida real con arreglo a criterios lógicos estrictos. Aunque no lo define, sí entiende que el razonamiento jurídico no puede nunca desinteresarse por la justicia, y, por tanto, ha de conciliar el razonamiento técnico con la búsqueda y obtención

de resultados justos, no inicuos. No cabe en el Derecho un razonamiento puramente forma, de tipo matemático.

A renglón seguido, se tratan las relaciones entre el Derecho, la Moral o la Religión, permite abordar el tema del Derecho Natural, de un sistema de justicia válido siempre y en cualquier lugar. Desde Cicerón hasta los siglos XVII y XVIII, se defendió la existencia de una jurisprudencia universal, inmutable, con vocación de aplicarse en todo momento y lugar, lo que fue en detrimento del Derecho Positivo, sobre todo a nivel académico. Frente a esa posición, reaccionaron sucesivamente tres autores: Hobbes, Rousseau y Montesquieu. Para el primero de ellos, el Derecho no es manifestación racional, sino volitiva. Emanada de la voluntad del soberano. Ese Derecho Natural anterior es la ley de la jungla, donde el conflicto, la controversia, la disputa, es siempre permanente. Por ese motivo, aparece el Estado con la finalidad de proteger a los ciudadanos y de establecer la paz, Estado a cuyo frente figura el soberano que se vale de tres mecanismos para actuar y enseñar el respeto al Derecho vigente (educación, religión y tribunales). La capacidad normativa de este soberano es ilimitada, lo que implica que los conceptos de justo y de injusto estarán en relación con lo que disponga aquél. De este modo, la justicia se apoya en el Derecho Positivo. Montesquieu se expresa de otra forma. No niega la existencia de una justicia objetiva. Afirma que el Derecho ha de hacer positivas las relaciones de la justicia. Esas leyes son relativas por cuanto han de tomar en consideración la época en que se dictan, las costumbres del pueblo destinatario y otra serie de circunstancias. No es posible hablar de justicia universal, puesto que para ser justas las leyes deben de respetar las relaciones de equidad preexistentes. Rousseau, inspirándose en Hobbes, entiende que el soberano no es un ser todopoderoso, sino que es la Nación, la sociedad políticamente organizada, cuya voluntad siempre decide lo que es justo y lo que no lo es. Para el citado autor, la

voluntad general siempre es recta y la ley es expresión de la justicia, si se cumplen dos requisitos: que no hay sociedad parcial en el Estado, y que esa voluntad no concierna a intereses particulares, sino que se mueva por consideración al interés general.

Para Perelman, la Revolución francesa combina estas tres ideologías y de ahí se concluye que el juez haya de aplicar la ley en situaciones particulares, en virtud de una decisión correcta y sin recurrir a interpretaciones que pongan en peligro de diferenciación la voluntad de legislador. Para garantizar la división de poderes, dice el autor que ahora seguimos, aparece la institución de la casación. El Código Civil francés de 1804 consagra además el principio del *non liquet*, que sitúa al juez en la obligación inexcusable de fallar o decidir todos los casos que se le presenten. Todo esto conformaría el panorama europeo continental cuando surgen las primeras teorías de la argumentación jurídica a comienzos del siglo XIX, a las cuales se consagra el capítulo primero del libro. La evolución de la Lógica jurídica se puede dividir en tres etapas, que encarnan la Escuela de la Exégesis francesa (hasta el año 1880), las Escuelas funcional, sociológica y teleológica (hasta 1945), y la concepción tópica del razonamiento judicial (a partir del proceso de Nüremberg). Para la Escuela de la Exégesis, el razonamiento judicial, el papel del juez a la hora de obtener decisiones, le obliga a emitir siempre un juicio con arreglo a la ley, sin tener que preocuparse del carácter justo, razonable o aceptable de tal decisión. Es el portavoz de la ley. Únicamente en casos excepcionales (antinomias o lagunas), se le reconocía un papel más activo, aunque también tuviera que motivar sus decisiones con arreglo a textos legales. Todo el Derecho es positivo. El juez ha de examinar los hechos, calificarlos y aplicar las conclusiones jurídicas que fija la norma. Es, en palabras clásicas de Montesquieu, la boca que dice las palabras de la ley. De esta manera, el Derecho aparece como una ciencia objetiva e impersonal. Se

examinan después tres escuelas relacionadas con el discurso judicial (funcional, sociológica y teleológica), destacando las notas más peculiares de cada una de ellas. La Escuela funcional entiende el Derecho como medio del que se sirve el legislador para alcanzar unos fines o promover determinados valores: no es un sistema más o menos cerrado que los jueces han de aplicar. Como fruto de esto, el Derecho ha de contar con unas reglas precisas que indiquen obligaciones, prohibiciones o que fijen lo que está permitido. El juez, por tanto, ha de remontarse desde el texto a la intención que guió la voluntad del legislador. Siguiendo a Tarello, Perelman cita una serie de criterios interpretativos para conseguir adentrarse en la mente del legislador (por ejemplo, la analogía, el argumento en sentido contrario, etc.). Complementando lo anterior, alude en último lugar a las Escuelas sociológica y teleológica, las cuales defienden un serie de argumento que el juez ha de seguir para obtener una decisión, en concreto, la realidad social y la finalidad de la norma creada por el legislador, respectivamente.

Tras la Segunda Guerra Mundial, las teorías de la argumentación jurídica reaccionan frente al Positivismo y frente a las Escuelas ya citadas. Figuras como Kelsen o Geny aparecen en escena, pero es evidente que el punto de inflexión lo constituye el famoso proceso de Nüremberg, que se desarrolló para castigar los crímenes del nazismo, aunque careciendo de disposiciones legales expresas. Para Perelman, esto no supuso un retorno al Derecho Natural clásico, sino que se aproximaba más bien a la concepción de Aristóteles de un Derecho general constituido por todos los principios no escritos que se consideran reconocidos en todas las partes. A partir de la posición de Esser, surgen una serie de autores que se oponen al Positivismo pero sin apoyar decididamente la vertiente iusnaturalista. La decisión justa, nos dirán, no es necesariamente aquella que es conforme a la ley: el juez ha de guiarse por juicios de

valor relativos al carácter justo, razonable o aceptable de la decisión. Debe conciliar el valor de la solución y su conformidad con el Derecho, puesto que el sistema jurídico no es cerrado, sino que está conectado con el contexto cultural y social en el que se ubica. Pasa así el autor a hablar de los tópicos jurídicos, que suministran razones que permiten desechar respuestas que no son equitativas o razonables, configurando el Derecho como arte de lo bueno y de lo equitativo, tal y como se iniciaba el Digesto. Así, enumera una serie de tópicos, de acuerdo con Struck, como el principio de especialidad, el de temporalidad, la veracidad de la cosa juzgada, etc. Perelman critica la tópica por la vaguedad de los conceptos, pero ensalza un rasgo de la misma: permite elaborar una metodología que se inspira en la práctica, combinando la razón y la justicia.

En un segundo gran bloque temático, se ocupa Perelman de desarrollar su propia teoría, que denomina "Nueva Retórica". La ilustra con numerosas citas legales y jurisprudenciales. Inicia el tratamiento del tema afirmando que los juicios de valor no son racionales, pues no derivan de la Lógica, mas insiste en la necesidad de crear una Lógica especial de tipo jurídico, una Lógica de los juicios de valor que nos los haga depender de decisiones arbitrarias. Perelman comienza aludiendo a la Retórica, arte de persuadir por medio del discurso, según los clásicos griegos, entendiendo que, en resumen, el Derecho es una manifestación de este arte, un intento de convencer a partir de tesis que se apoyan en la realidad jurídica, en el Derecho vigente en un momento concreto del devenir histórico. Todo ello presupone la existencia de un lenguaje común, comprensible por los intervinientes en el debate, además de la capacidad del orador para adaptarse al nivel de sus interlocutores. Por otro lado, la persuasión por medio del discurso exige conocer la tesis del auditorio y el nivel de adhesión a tal tesis. Siguiendo a Viehweg, el autor belga diferencia entre argumentaciones apodípticas

y argumentaciones retóricas. Éstas se encaminan hacia aquello que nos parece verosímil o probable, aquello respecto de lo cual no existe una certeza absoluta (es el caso de la argumentación jurídica). Por ese motivo, la Lógica jurídica difiere de la Lógica formal, ya que ésta trata de mostrar la corrección de las conclusiones en relación a las premisas de las que se parte, siendo las mismas indubitadas, ciertas, seguras. En la Lógica jurídica, el camino que se va a seguir es el opuesto: se trata de verificar la aceptabilidad de las premisas a partir de las cuales el juez extraerá unas conclusiones. Además, en la Lógica jurídica, no existe una necesidad absoluta entre premisas y conclusiones, pues estas últimas quedan abiertas a múltiples posibilidades. Esto significa que las soluciones a un conflicto pueden ser diferentes y ninguna de ellas tiene carácter necesario. En toda argumentación existen tres conceptos básicos que son el de Orador, el de Discurso y el de Auditorio. El primero de ellos se basa en la existencia de diversas instancias: a lo largo de todo el proceso, hay varios intervinientes (juez, partes, acusadores de distinto tipo, fiscal, etc.), con posiciones diversas, lo cual exige necesariamente la contradicción puesto que es difícil obtener la avenencia en relación a los argumentos de partida. Por ese motivo, no hay acuerdo y se impone la discusión, la Retórica, donde cada parte defiende su pretensión característica. Orador es interlocutor, quien interviene en un debate o discurso, aportando sus propias ideas o premisas. Al hablar del discurso, Perelman diferencia entre el deliberativo, dirigido a las asambleas con la intención de obtener la adhesión a cierta tesis, y un discurso epidíptico, en el que se parte de la aceptación previa por parte de los interlocutores de una cierta tesis. El primero trata de convencer; el segundo busca reforzar la opinión del auditorio sobre una cuestión concreta. Uno convence; el otro refuerza el convencimiento previo. El auditorio es el conjunto de destinatarios del discurso concreto sobre el que estamos operando, el conglomerado de inteligencias ante quien se expone el discurso jurídico. El autor

diferencia el auditorio universal (es una ficción sin correlato en los hechos, cuyas conclusiones valen para todos los seres dotados de razón, es decir, tiene vocación de universalidad, como es el caso del discurso filosófico) del auditorio particular (carente de tal vocación de universalidad, que aparece dotado de un cierto perfil instrumental de cara a la obtención de otras conclusiones que si serán universales). Después de resaltar la necesidad de motivación de toda decisión judicial, para lo cual se remonta al Antiguo Régimen y a la Revolución francesa, estudia Perelman diferentes supuestos de razonamiento: el de los abogados (movido por motivos deontológicos, trata de conseguir el triunfo de la pretensión que ha aceptado defender, invocando para ello normas jurídicas o precedentes, según se trate del sistema continental o anglosajón); el del jurado o el del juez, que es la auténtica culminación de la Lógica jurídica, dado que su función es decir el Derecho. Este último ha de conseguir –y aquí una de las notas claves del pensamiento perelmaniano- una decisión razonable y aceptable, es decir, que su decisión no sea ni subjetiva, ni arbitraria, y para tal finalidad se apoya en varios instrumentos como la ley, la jurisprudencia, la doctrina y su propio conocimiento del mundo del Derecho (criterios estos que para algún autor, como Alexy, eran limitadores de la argumentación jurídica). La voluntad del juez se configura a través de un esquema de silogismo, si bien lo que origina el proceso es la discusión de alguno de estos elementos: una premisa mayor, que es la norma aplicable; una premisa menor, determinada por los hechos probados; y una conclusión, consistente en la subsunción de los hechos en la norma jurídica y en la aplicación de las consecuencias que tal norma fija. A todo esto se añade la motivación, inherente a toda decisión judicial, que tiene como fin convencer al auditorio de que la decisión no es arbitraria, y la constante búsqueda por el operador judicial de la racionalidad de toda decisión, de su aceptación en el contexto social. Diferencia Perelman entre un razonamiento judicial que versa sobre los hechos y

otro que versa sobre las cuestiones jurídicas, en sentido estricto. En el primero de los casos, para la mayor parte de los procesos, la valoración del juez se rige por criterios de libertad (no de arbitrariedad), buscando la convicción del juez de cara a evitar toda duda razonable. En relación al segundo aspecto, lo primero que estudia Perelman es lo referido a los conceptos jurídicos indeterminados, cuya interpretación ha de hacer el juzgador casuísticamente (por ejemplo, conceptos como urgencia o necesidad), para pasar después a los conceptos jurídicos concretos o normativos, en cuyo caso la evolución del Derecho, por vía legislativa o jurisprudencial, ha de adaptar las distintas soluciones a la idea de equidad, tal y como la percibe una sociedad concreta. La tesis de Perelman acota el razonamiento judicial entre dos coordenadas: por un lado, una sistemática como es el respeto al ordenamiento jurídico dado, que ha de ser asumido pero no venerado como algo inmutable. Aquí coincide con Stammler para quien el Derecho es ordenación estable, mas no inmutable. Por otra parte, existe una consideración de tipo práctico: la búsqueda de soluciones asimiladas por la sociedad que sean justas y razonables. Esto significa la consecución de la auténtica justicia, sin perder de vista el respeto necesario al Derecho. Para ello, el juez puede acudir, por vía de excepción, a un recurso que el de las ficciones jurídicas. Ese razonamiento judicial debe tener la consistencia precisa para convencer a tres auditorios: las partes, los profesionales del Derecho (incluidas las instancias judiciales superiores) y la opinión pública. La argumentación jurídica se desarrollará a partir de acuerdos previos como son los hechos, las presunciones, los valores y su jerarquía, los lugares comunes y, finalmente, la existencia e interpretación de las reglas de Derecho, con base en los textos legales y en la jurisprudencia. En definitiva, la Lógica jurídica, como ya expusimos anteriormente, busca la aceptabilidad de las premisas que resultan de la confrontación de

medios de prueba, argumentos y valores que aparecen en el seno de un litigio.

Llega el turno de Robert Alexy, el más reciente de los pensadores de esta corriente. Para este autor, la argumentación jurídica tiene que conseguir una armonización entre los precedentes y el caso concreto, cuya resolución se reclama. Las reglas que el intérprete del Derecho ha de aplicar a un caso particular deben conseguir el equilibrio entre los resultados de casos precedentes y análogos, y las exigencias de lo correcto (es nuevamente el eterno dilema entre justicia y seguridad). De esto se deduce la importancia capital que van a tener las valoraciones dentro de un sistema jurídico a la hora de aplicar cualquier norma. Dichas valoraciones las agrupa en cuatro categorías diferentes: las valoraciones basadas en consensos existentes de facto; las extraídas del material jurídico consolidado; las derivadas de principios suprapositivos; y, finalmente, las que surgen de conocimientos empíricos, distintos a los señalados en primer lugar. Por otro lado, Alexy defiende que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. En ambos casos, se trata de la corrección de enunciados normativos, de premisas, pero el discurso jurídico va a aparecer más limitado a causa de una serie de condiciones restrictivas como son la sujeción a la ley, la necesaria consideración de los precedentes, el peso de la dogmática elaborada por la ciencia jurídica, y las limitaciones derivadas del ordenamiento procesal. La citada argumentación jurídica ha de ser una argumentación racional (el juez ha de actuar sin arbitrariedad), y si se carece de norma jurídica escrita, la decisión judicial integrará el ordenamiento jurídico según los criterios de la razón práctica y las ideas generales de justicia. Tras efectuar una exposición y crítica de las teorías más significativas sobre el discurso práctico (Naturalismo, Intuicionismo, Emotivismo, Wittgenstein, Austin, Hare y demás), se centra Alexy en el pensamiento de Habermas, de Perelman y de la

Escuela de Erlangen. Estas últimas exposiciones conforma el punto de partida para la explicación de la teoría del propio Alexy. Critico pero, al mismo tiempo, toma para sí ciertos argumentos o posturas de las doctrinas anteriormente citadas. Por tanto, no realiza una crítica totalmente destructiva del pensamiento filosófico precedente, sino que las depura para adaptarlas a su propio modo de pensar. A partir de estas bases, se construye una teoría del discurso práctico racional general. Alexy entiende que las proposiciones normativas (las que establecen juicios de valor y de deber), no pueden reducirse a expresiones empíricas. Esto no quiere decir que no puedan considerarse como manifestaciones de sentimientos o de actitudes (entrando aquí la actuación de la Psicología o de la Sociología). Al contrario, el examen sociológico o psicológico es posible, pero desde esa perspectiva no pueden mostrarse las citadas proposiciones como verdaderas o correctas. Añade además que las reglas del discurso racional (definido éste como el conjunto de acciones interconectadas en las que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones), se refieren tanto a las propias proposiciones como al comportamiento del hablante. Estas reglas discursivas no garantizan la corrección o certeza del resultado del discurso, pero sí su racionalidad, de modo que para el autor los conceptos de racionalidad y certeza no son equiparables. Una teoría del discurso puede ser de tres tipos: empírica (cuando se procede a la descripción y análisis de las características entre grupos de hablantes y del empleo de determinados argumentos), analítica (la que versa sobre la estructura lógica de los argumentos utilizados o de los argumentos posibles), o normativa (en ella se establecen y justifican los criterios para garantizar la racionalidad del discurso). A su vez, las mencionadas teorías se relacionan entre sí, pero insiste el autor en que la teoría del discurso racional es una teoría del discurso normativo. En dicho discurso, lo que se discute es la fundamentación de las reglas del mismo y ésta pueda desarrollarse de varias maneras. Puede ser una

fundamentación técnica, empírica (en la realidad de los hechos), definitoria o bien lo que él llama una fundamentación pragmático-universal, destacando los aspectos más importantes de cada una de ellas. El discurso racional viene orientado por cinco reglas que debe tomar en consideración el operador jurídico:

1.- Las reglas fundamentales, que son las necesarias para que la comunicación lingüística sea posible. Aquí incluye una serie de principios como el de no contradicción, el de unidad semántica o de significados, utilizados por los hablantes, o el de congruencia en las afirmaciones de cada uno de ellos. Conforman estas reglas el punto de partida obligado para que todo debate, diálogo o discusión sea realizable.

2.- Las reglas de razón: quien afirma algo, no sólo expresa lo que cree, sino que además da a entender que aquello en lo que cree, es lo verdadero y lo correcto. Las reglas de razón aluden a la admisión en el discurso de cualquier interlocutor, así como a la libertad de expresión de los mismos, que no puede verse cercenada por amenazas o coacciones de ningún tipo.

3.- Reglas sobre la carga de argumentación: quien pretende tratar a una persona de modo distinto que a otra, debe dar una razón para ello. Se trata, en resumidas cuentas, de plasmar el principio de igualdad de trato entre todos los hablantes, sin que en ningún supuesto se produzca discriminación injustificada.

4.- Reglas de fundamentación. Bajo esta denominación se engloba el definido como principio de generalizabilidad, asumiendo Alexy las tres concepciones predominantes en este contexto: la de Hare (para quien toda persona debe estar de acuerdo con las consecuencias de las reglas afirmadas o presupuestas por él para

cualquier otro), la de Habermas (que nos dice que cada uno debe poder estar de acuerdo con cada regla), y la de Baier (que defiende que toda regla debe poder enseñarse de modo abierto y general).

5.- Reglas de transición. Garantizan el tránsito a otras formas de discurso. Por ejemplo: un discurso sobre el análisis del lenguaje.

En cuanto a los límites del discurso práctico general, se citan los casos de ciertos juicios de valor excluidos del discurso, o los supuestos de contradicción entre proposiciones normativas. El punto de partida del propio Alexy viene conformado por esa idea apuntada de que el discurso jurídico aparece como un caso especial del discurso práctico general. El discurso o debate jurídico puede mostrarse de varias maneras. Algunas veces, de modo institucionalizado (como el de los tribunales de justicia); en otras ocasiones, no sucede así (como en una discusión de estudiantes); unos debates tienen como resultado decisiones vinculantes, mientras que otros carecen de tal elemento. Lo más destacable es que, en todos estos supuestos, se argumenta con arreglo a Derecho y esto implica la vinculación de la argumentación, puesto que se trata de determinar el Derecho vigente. A ello hay que añadir otro carácter básico de la argumentación jurídica cual es la existencia de ciertas limitaciones. Dirá Alexy que la forma de debate más libre la constituye la ciencia jurídica, siendo más limitada tal libertad en el caso del proceso. Es el discurso jurídico, como ya dijimos antes, una clase especial de discurso práctico general por tres motivos: porque en él se abordan cuestiones prácticas; porque en él se discuten cuestiones desde el punto de vista de la pretensión de corrección; y porque en él existen unas limitaciones características que no se dan en el caso del discurso general. Pero, ¿qué es la argumentación jurídica? Alexy la define como discurso que trata de justificar las decisiones jurídicas. Diferencia entre justificación interna y

justificación externa. La primera tratará de verificar la lógica de la decisión, esto es, determinar si la decisión se ha adoptado siguiendo las premisas que se eligen como fundamentación. Esta justificación descansa sobre el principio de universalidad que, a su vez, sirve de sustento al de justicia formal. Ello significa que toda fundamentación ha de ampararse en una norma universal, como mínimo. Pero también debemos acudir a otras proposiciones (normas interpretativas, aclarativas, limitadoras, extensivas, etc.) en los casos que él denomina "complicados". Por otro lado, la justificación externa tiene como objeto el examen de la corrección de las premisas empleadas en la justificación interna, premisas que Alexy clasifica en tres categorías: reglas de Derecho, enunciados empíricos y premisas que no son ni lo uno, ni lo otro. Su fundamentación es, asimismo, diferente dado que las reglas de Derecho han de respetar los valores y los principios del ordenamiento jurídico, los enunciados empíricos se extraen de los propios métodos empíricos, de las máximas de la razón o de otra serie de reglas, y, finalmente, la categoría restante puede emplear las reglas de la argumentación jurídica. Las reglas y formas de justificación externa pueden agruparse en seis clases (ley, dogmática, precedente, razón, empirie y formas especiales de argumentación), aludiendo a continuación a lo que él denomina "cánones de interpretación", cuya función no se limita a la interpretación en sentido estricto, sino que se aplican también para la fundamentación de normas no positivas o enunciados no normativo. Esos cánones citados son los que siguen: el semántico, genético, histórico, comparativo, sistemático y teleológico. Los dos primeros aludirían a la vinculación de los órganos que deciden con la ley y la voluntad del legislador; los dos siguientes se referirían a la experiencia pasada y de otros colectivos sociales; el canon sistemático eliminaría las contradicciones del ordenamiento jurídico y el teleológico lleva a la argumentación práctica racional de tipo general. Alexy se detiene en el estudio de la Dogmática jurídica y el

valor del precedente. La Dogmática es la Ciencia del Derecho, resultado de describir, analizar y solucionar casos concretos, tomando como norte el Derecho vigente. Es, en resumen, conjunto de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, existiendo entre ellas una relación de coherencia mutua. En concreto, define la Ciencia del Derecho como la institucionalización estable del discurso práctico bajo la condición de existencia de un ordenamiento jurídico. Desempeña la citada ciencia variadas funciones, puesto que contribuye a la fijación de decisiones de modo estable, no inmutable (función de estabilización), a que el ordenamiento jurídico avance (función de progreso), a que no se demuestren de nuevo sus enunciados (función de descarga), a que se verifique el respeto al principio de universalidad (función de control), y a que se elaboren nuevas proposiciones normativas (función heurística). Examina a renglón seguido la figura del precedente, al que considera aspecto esencial de la argumentación jurídica. El fundamento de esta institución radica en el principio de universalidad (tratar de igual manera a lo igual), pero se plantea el problema de la falta de una total y absoluta identidad entre dos casos parecidos. Esto nos conduce al problema de la carga de la prueba del precedente, que deriva de la presunción de igualdad, y que Alexy expresa del modo siguiente: quien quiera apartarse del precedente, asumirá la carga de la argumentación. Ese precedente cumple una serie de funciones en el seno del debate jurídico: contribuye a la seguridad jurídica y es elemento protector de la confianza en la aplicación del Derecho. La aceptación o rechazo del precedente debe estar justificada en todo caso, a través de las técnicas del "distinguishing" y "overruling", respectivamente.

Menciona finalmente el autor el papel de los argumentos jurídicos especiales (es el caso de la analogía, el argumento a contrario, el argumento a fortiori, etc.), y los explica de la siguiente

manera: la analogía es un corolario de los principios de universalidad y de igualdad, de modo que se sostiene que los supuestos de hecho semejantes, desde el punto de vista jurídico, han de tener las mismas consecuencias jurídicas. La identidad de las causas lleva a una identidad de efectos; el argumento a contrario es una deducción lógica, derivada de los términos del propio debate jurídico y el argumento de reducción al absurdo, una variante del argumento consecuencialista. En suma, Alexy entiende que todas las decisiones jurídicas se obtienen a través de las discusiones con el respeto a las reglas básicas del discurso general racional. Si éstas se cumplen, la decisión obtenida puede ser considerada como racional. De modo que es el procedimiento lo que garantiza la racionalidad de toda decisión jurídica. Hay que destacar que el autor no alude al carácter racional absoluto de la decisión, sino a la presunción de racionalidad de la misma, siempre y cuando se respeten las normas del procedimiento a que hemos aludido. Sin embargo, Alexy presupone la existencia de ciertas reglas evidentes, aceptadas unánimemente, cuando la realidad nos demuestra que eso no es así. Por ejemplo, la idea de veracidad de las afirmaciones de los sujetos que intervienen en el debate. Alexy introduce su teoría sin tener en consideración los criterios éticos que mueven la actuación de los hablantes en el seno del debate, criterios estos que pueden condicionar decisivamente el resultado del mismo. La carencia de una base práctica en su teoría, elaborada sin considerar decisiones jurídicas, hace que carezca de un sustrato fáctico que ampare sus ideas, así como la ausencia de mención al contenido del Derecho o a la idea de justicia, hace que su teoría se caracterice por la falta de un norte hacia el que dirigir el debate. Finalmente, es criticable hacer depender la racionalidad del proceso que se sigue para la toma de decisiones. Ciertamente es que el conjunto de normas formales pueden aparecer como garantía de dicha racionalidad, pero nunca como causa directa de la misma. La racionalidad dependerá, más bien, de la norma sustantiva aplicable al

caso y de la capacidad del hablante, y será siempre relativa pues aparecerá condicionada por otros criterios ajenos a los jurídicos (históricos, sociales, etc.)