

LA DECISIÓN EN EL DERECHO Y LA TÓPICA JURÍDICA

SUMARIO: I. *El lenguaje normal de los juristas. A. El legislador. B. El juez. C. El abogado.* II. *Técnica jurídica y dogmática jurídica.* III. *Pensamiento axiomático y pensamiento aporético.* IV. *Crítica de la teoría del silogismo.* V. *La tópica.* VI. *Tópica y derecho natural.*

I. EL LENGUAJE NORMAL DE LOS JURISTAS

Lo que llamamos derecho está y ha estado siempre presente en la vida humana. Presumiblemente también en el futuro ocurrirá así.

El derecho es un fenómeno o conjunto de fenómenos consustanciales a la convivencia, es un instrumento necesario para el hombre igual que lo es el lenguaje. No puede extrañar, por tanto, que el derecho primitivo se exprese en el lenguaje normal, propio de la vida cotidiana. Las partes que tienen un problema acuden a un tercero en busca de la solución. El conflicto se orienta así a la decisión, y quien argumenta con la finalidad de llegar a ella es el prudente, el *iuris-prudente*. La actividad cuyo objeto es la reflexión sobre los problemas para llegar a la decisión es lo que se llama *iurisprudencia*.

En el seno de la filosofía práctica tradicional se ha puesto de manifiesto la separación, e incluso contraposición, entre la prudencia y la ciencia. Mientras que ésta es más bien un producto tardío de la humanidad, cuyo objeto es el conocimiento de lo general, aquélla ha sido, de un modo u otro, patrimonio constante de los hombres. Orientada a la acción y a la decisión, la prudencia no es propiamente un conocimiento, o al menos no lo es en el mismo sentido en que puede serlo la ciencia. La prudencia implica ciertamente conocimiento, pero no de la misma especie que el conocimiento que es la ciencia. Y es por este motivo por lo que no parece del todo convincente hablar de conocimiento práctico o conocimiento prudencial.

De todas formas, lo cierto es que en el derecho primitivo quien decide en una controversia es simplemente un hombre en quien la comunidad confía por su carácter de prudente, esto es, por su carácter de persona capaz de encontrar soluciones adecuadas y equilibradas en los conflictos que ante él se plantean. El derecho primitivo surge de la propia espontaneidad de los grupos sociales. Es un derecho sencillo, puesto

que sencillos son los problemas planteados. No es de extrañar, en este sentido, que este derecho sea una prolongación de la vida normal del grupo. Tampoco puede extrañar que el lenguaje aquí utilizado no rebase el marco del lenguaje normal, y que la simbología mítica que rodea al hombre primitivo rodee asimismo a su derecho.

La vida de las comunidades primitivas manifiesta que el derecho es necesario porque existen conflictos en el seno de la comunidad. Su función primaria es resolver los conflictos; pero dado que la comunidad y el poder que la representan tienen carácter sagrado, el derecho y sus artífices —los prudentes— también lo tienen. Las funciones sacerdotal y prudencial van con frecuencia unidas en el derecho primitivo. Paralelamente al proceso de formación de una casta sagrada de sacerdotes prudentes, surgió sin duda una especialización del lenguaje. Esta especialización se llevó a cabo en torno a los diversos procesos de decisión. Al adquirir ésta un carácter sagrado, el proceso se revistió naturalmente de la solemnidad y las formalidades propias de los ritos religiosos. Y de igual manera a como estos últimos poseen su propio lenguaje, en ocasiones sumamente misterioso y esotérico, el proceso jurídico adquirió también estas características. El prudente —quizás sin dejar de serlo— se transformó en un técnico y el lenguaje prudencial se convirtió, también, en lenguaje técnico.

La técnica jurídica es la prudencia jurídica elevada de rango. ¿En qué sentido? En el sentido de que es la prudencia con pretensiones de rigor; esto es, con un lenguaje propio que la hace susceptible de mantenerse por encima de las dudas que suscita el lenguaje tal y como se emplea en su uso ordinario. La técnica —como la prudencia— está orientada a la decisión. Técnico es aquel que participa, directa o indirectamente, en la decisión. Por eso, al jurista práctico se le puede llamar también técnico; eso es lo que significa que se le denomine jurisprudente o jurisperito.

La decisión ocupa un lugar clave en la práctica del derecho. Todo problema jurídico requiere una decisión, y a la vez toda decisión entraña una referencia de solución de un problema o de un ámbito problemático. La técnica jurídica se mueve así entre el problema y la decisión, si bien para realizar este movimiento posee la amplia base —amplia en ocasiones solamente— de las decisiones anteriores.

La actividad del jurista técnico se despliega de forma muy dispar, pero quizá haya que señalar tres manifestaciones como, posiblemente, las más importantes: el jurista técnico que actúa como legislador; el jurista técnico que actúa como juez, y el jurista técnico que actúa

como abogado o, en general, como representante de una de las partes en un proceso de decisión.

A. *El legislador*

Hay que distinguir al legislador como auténtico creador del contenido de la decisión, del legislador que da forma jurídica a la decisión. El primero crea la decisión política, el segundo la construye jurídicamente. Pueden ir unidos en las mismas personas o pueden estar separados, pero eso es irrelevante para el presente análisis. Importa destacar que el legislador crea las decisiones de mayor alcance social, por lo que en él suele resaltar más su aspecto político que su aspecto técnico. El legislador constitucional emite la decisión fundamental que encarna en la constitución. Ésta es la forma jurídica de la decisión fundamental. Puede tomar cuerpo en un documento escrito o bien en un conjunto de costumbres. Su forma externa no afecta para nada a su carácter de decisión fundamental. En el derecho actual, producto del racionalismo positivista, la decisión fundamental se estructura formalmente en un documento escrito, al que se le llama también constitución y en donde normalmente tras definir los rasgos específicos de la soberanía del Estado, se especifican las competencias en que ésta se reparte, los procedimientos que tienen que seguirse para el ulterior desarrollo de la decisión fundamental y el conjunto de valores que se consideran como inspiradores del sistema jurídico en su conjunto.

Junto al legislador constituyente, portavoz de la decisión política fundamental, está el legislador ordinario, el cual, por medio de sus decisiones estructuradas bajo la forma jurídica de la ley ordinaria, desarrolla el contenido de la decisión política fundamental.

En torno a la actividad técnica del legislador se ha desarrollado, recientemente, la llamada teoría de la legislación (*Gesetzgebungslehre*) y, dentro de ésta, la técnica de la legislación, una de cuyas finalidades es acuñar un lenguaje suficientemente preciso como para hacer que las leyes que se dictan posean óptimas cualidades.¹

¹ Véase Adamovich, L., "Probleme einer modernen Gesetzes Technik", en Winkler, G., y B. Schilcher (Gesamtredaktion), *Gesetzgebung*, New York, 1981. Para Adamovich entre las preguntas fundamentales de una teoría de la legislación destacan, entre otras, la del papel que juega el lenguaje como medio de expresión, el problema de la abstracción y la casuística y el de la terminología (pp. 207-209). Muy importante es el libro de Noll, Peter, *Gesetzgebungslehre*, Hamburgo, 1973.

B. El juez

El juez es —puede decirse— el principal órgano del derecho. Esto por dos razones: primero, porque no es pensable un sistema jurídico mínimamente desarrollado sin jueces y, segundo, porque en todo orden jurídico es el juez quien se conecta efectivamente con la realidad, cumpliendo el derecho, y a través de él, sus funciones de resolución de conflictos.

Que no existe ni ha existido un sistema jurídico carente de jueces —entendiendo esta palabra en su sentido más amplio— se demuestra por medio del derecho comparado y de la historia del derecho. En los pueblos primitivos, por ejemplo, la comunidad jurídica carece con frecuencia de órganos legislativos o de algo que pudiera asemejarsele. Lo que hay es más bien un derecho indiferenciado, de origen consuetudinario, cuyo momento de creación escapa a la memoria de los más viejos. Esto ocurre, según se sabe, en el primitivo derecho romano, cuyo periodo arcaico se caracteriza por una carencia absoluta de leyes. Antes de las XII Tablas existía en Roma un derecho que descansaba en la fuerza de los *mores maiorum*, en la conciencia de la comunidad de que determinadas situaciones de poder debían ser respetadas y reconocidas.² Este Derecho estaba tan asimilado en la arcaica comunidad romana que, según la opinión de Álvarez Suárez, no puede ser comparado con lo que hoy llamamos derecho consuetudinario, sino que, siguiendo a Kaser, habría que llamarlo más bien “derecho natural romano antiguo”.³ Lo que interesa destacar aquí es que el primitivo derecho romano no surgió merced a la actividad creadora de órganos instituidos por la sociedad para tal efecto, sino como producto espontáneo del libre desenvolvimiento de la vida social de los grupos. Para utilizar la terminología del gran romanista y sociólogo del derecho que fue E. Ehrlich, el derecho surgió de las reglas del obrar, esto es, de los modos fácticos de comportamiento que se desenvolvían con carácter de habitualidad en el seno de una determinada sociedad.

El derecho es, en este sentido y en primer lugar, un orden de paz, y no un orden para resolver conflictos. La resolución de conflictos es un efecto derivado de ser el derecho primariamente un orden que surge naturalmente de la vida social. El conflicto es lo patológico en el derecho. Por ello tiene razón Álvarez Suárez cuando afirma que “El de-

² Álvarez Suárez, U., *La Jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid, 1966, p. 29.

³ Kaser, V., “*Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*”, *ZSS*, 39, 1919, pp. 51-100, especialmente, p. 59; cit. por Álvarez Suárez.

recho ha sido siempre una creación de la vida pacífica y para la vida pacífica de los ciudadanos, no un conjunto de resoluciones judiciales nacidas en una pugna de simples intereses".⁴

Ahora bien, esta postura no puede llevarse a sus máximos extremos, tanto en lo que se refiere al derecho de las sociedades primitivas, como sobre todo al de las sociedades más avanzadas y, en concreto, a la sociedad actual. Incluso en los sistemas primitivos, es una función esencial del derecho la de resolver los conflictos. En una sociedad donde realmente no los hubiera —tal sociedad es impensable— sería superfluo; por ello, acierta Rehbinder cuando sitúa como la primera de las funciones del derecho precisamente la de resolver los conflictos.⁵ Además de esto, hay que señalar contundentemente que una cierta dosis de conflictividad no sólo es un hecho contrastable y verificable en toda realidad social, sino que incluso tal dosis es deseable y exponente claro de la savia vital y dinamizadora que nutre la sociedad. Una sociedad sin conflicto no tendría cambio ni, por tanto, progreso. Que el derecho viva del conflicto no significa que lo haga de y para el conflicto —lo patológico— sino, muy al contrario, que el mismo conflicto es, o al menos puede ser, una prueba de la vitalidad del grupo social.

El juez constituye, pues, el punto neurálgico del orden jurídico, ya que sus resoluciones se emiten cara a la resolución de conflictos. Pero no solamente estos: el juez, como se ha dicho, es quien actúa en la realidad, es quien decide el problema concreto. Él representa al derecho no en su manifestación abstracta, desligada quizás de la vida, sino al de la vida cotidiana, el derecho en su realidad vivida. Gracias a los jueces el derecho avanza y se desarrolla, tanto el primitivo, donde los jueces ejercen una función de auténticos "descubridores" del derecho que encierran las costumbres y las instituciones consustancialmente unidas a la vida de la comunidad, como en el codificado, en cuyo ámbito el juez es el cauce necesario de desarrollo y expansión del mismo.

El juez es el técnico del derecho por excelencia, ya que en su función decisoria se proyecta el programa de convivencia establecido por la constitución, sea ésta consuetudinaria o escrita; es el cauce entre el derecho ya creado, quizá anquilosado, y la vida cambiante. Es el representante de su vitalidad y su adaptabilidad; el exponente último de su potencialidad.

El juez está situado entre la ley —o hablando en términos más generales, el derecho ya establecido e institucionalizado— y la vida dia-

⁴ Álvarez Suárez, U., *op. cit. supra* nota 2, pp. 35-36.

⁵ Cfr. Rehbinder, M., *Sociología del derecho* (trad. G. Robles), Madrid, 1981, p. 157.

ria; entre lo abstracto y lo concreto. Su función consiste en adaptar lo primero a lo segundo, por eso su papel puede definirse como el de transformador de lo institucionalizado en praxis jurídica. Es el órgano decisor por excelencia; la decisión que resuelve el conflicto planteado es el momento culminante de la actividad judicial. Toda teoría acerca de ésta ha de apoyarse, consiguientemente, en una teoría de la decisión.

La decisión judicial posee dos aspectos esenciales, ninguno de los cuales puede ser desatendido: por una parte es una decisión jurídica en cuanto que realizada por un órgano del derecho su finalidad es trasladar a la vida concreta el esquema institucionalizado de organización social; pero, por otra, es al mismo tiempo una decisión política, no ciertamente en el sentido de que el juez realice en un primer término una función política, sino en el de que toda decisión con incidencia social supone necesariamente una elección valorativa, un esquema axiológico.

La decisión judicial es jurídica porque está sometida a un proceso. Éste marca los pasos que necesariamente ha de dar el órgano si pretende conseguir una decisión jurídicamente válida, esto es, una decisión jurídica sin más. Puede ocurrir que el orden jurídico no prevea un proceso para la decisión judicial, sino que permita al arbitrio individual de los jueces la forma de la decisión. El proceso y las condiciones de juridicidad de la decisión se reducen entonces a un mínimo exigible: que la decisión la tome efectivamente el individuo o los individuos que el orden jurídico considera como competentes para fallar la solución del problema. Pero este no es el caso general. De ordinario sucede todo lo contrario, a saber: que el orden jurídico estatuye procedimientos rígidos de decisión. Esto no constituye un capricho, sino que, por el contrario, es expresión del valor máximo que inspira a todo ordenamiento jurídico: el valor de la seguridad. El técnico que todo juez es, necesita conocer los requisitos o pasos de los procesos de decisión que le competen, ya que, de otro modo, no podrá "construir" adecuadamente su decisión y, por lo tanto, ésta no alcanzará la cualidad de decisión "jurídica". El llamado derecho procesal no es así un mero derecho "adjetivo" como tradicionalmente, con cierto desprecio, se le denomina. Al ser la forma de las decisiones jurídicas, el cauce necesario por donde se llega a la decisión, define el marco de la acción calificable de jurídica y hace posible, en definitiva, hablar de derecho. Éste no es un conjunto de decisiones al azar, sino un conjunto de decisiones tomadas de cierta forma. Puede decirse quizá con mayor exactitud: el derecho es un conjunto de procedimientos para tomar un conjunto de decisiones. El procedimiento atañe a todo "ór-

gano" de decisión, ya que el ser órgano presupone el hallarse inserto en una organización. Precisamente el órgano se caracteriza porque actúa como tal, esto es, en el seno de la organización de la que forma parte, y su actuación está presidida por el respeto a los cauces procesales que la organización en su conjunto ha puesto a su disposición. Por lo tanto, el poder constituyente no es un "órgano", ya que como constituyente que es no está insertado en una organización, sino que es él quien —por medio de su acción— la funda. El poder constituyente es quien elabora y "da a luz" la decisión política fundamental, la cual toma cuerpo jurídico en la constitución. El acto que da origen a ésta es creador de la organización, esto es, de los órganos y las respectivas competencias que a ellos incumben. Tanto el legislador como el juez son órganos, y exactamente igual sucede con el funcionario o la autoridad administrativa. Y en la medida en que son órganos están sometidos, en su actuación, al procedimiento previsto para ellos.

Ahora bien, no se nos puede escapar una diferencia esencial entre el legislador y el juez —o el funcionario administrativo—, consistente en que mientras que la función del legislador es, sobre todo, ordenar en su conjunto la vida social, esto es, "planificarla" o "configurarla" en sus más extensos rasgos, la del juez y la del funcionario administrativo es resolver los conflictos, de forma inmediata y correcta. La decisión del legislador es de contenido abstracto y general, a la que puede proceder, y es conveniente que proceda, un estudio detenido de los problemas que el acto legislativo trata de encauzar; pero precisamente por su carácter de generalidad no hay necesidad de comprender exhaustivamente aspectos concretísimos de problemas o conflictos particulares, circunstancias irrepetibles o personalidades con nombres y apellidos. Todo lo contrario sucede en el caso de la función judicial. La decisión del legislador es de contenido abstracto y general, a la que puede el fin de configurar en su conjunto la vida social. Más bien mira este o aquel problema individualísimo, cuya solución exige un conocimiento pormenorizado de todos los "lados" del caso. Esta diversa naturaleza de la decisión legislativa y de la decisión judicial exige lógicamente una paralela diversidad en los tipos procesales correspondientes. En ambos casos, el proceso de decisión es necesario, de tal manera que tanto el legislador como el juez han de cumplir las condiciones y dar los pasos exigidos por los respectivos procesos si pretenden alcanzar la decisión válida (en un caso la ley, en el otro la sentencia). Pero en el caso de la decisión judicial, las exigencias de conocimiento exhaustivo de una realidad compleja y no prevista supone asimismo la complejidad del

proceso. Esta complejidad está pensada en principio como una "ayuda" al juez y, en segundo lugar, como una garantía para las partes.

La introducción de la labor decisoria en un proceso supone la formalización de la acción que conduce a la decisión, no sólo en la actuación en sí, sino también en el lenguaje utilizado en ella. Cuanto más minucioso sea el proceso requerido para alcanzar la decisión válida, tanto más formalizado será el lenguaje utilizado en dicho proceso. No puede sorprender, por tanto, que al juez se le considere aquí como al técnico del derecho por excelencia, no sólo porque lo conoce institucionalizado y lo aplica, sino también porque al estar inserto en una organización que le impone complicados mecanismos procesales, su labor decisoria está presidida por el conocimiento de esos cauces y por su lenguaje. El lenguaje procesal del juez se convierte así en parte esencial del lenguaje de los juristas.

En efecto, dado que alrededor del órgano de decisión que es el juez se consuma todo el proceso de decisión jurídica, y dado que —por consiguiente— la función de desenvolvimiento y creación progresiva del derecho por parte de los jueces constituye un acervo inapreciable de experiencia jurídica, es lógico que el lenguaje de los profesionales del derecho se forme y consolide en este ámbito. El proceso ante el juez constituye el marco en el que se habla sobre el derecho vivo (el que tiene vigencia en la vida cotidiana).

Pero alrededor del juez y de su actividad no sólo se desenvuelve el lenguaje normal de los juristas, sino también un conjunto de técnicas cuya finalidad es encontrar la decisión "correcta" en el caso planteado. En torno a los medios adecuados de la aplicación correcta del derecho ha tenido lugar una profunda discusión, que en sí ciertamente carece de final, pero que no por eso es menos necesaria, ya que pone de manifiesto las diversas posibilidades de la tarea interpretativa. La aplicación judicial del derecho supone la interpretación hasta el punto que puede decirse que aquélla es un aspecto de ésta o, si se quiere, su continuación. Pero esta interpretación, en la aplicación del mismo, no puede equipararse a la del derecho cuya finalidad es "exponer" pura y simplemente los contenidos del sentido de las normas jurídicas existentes. En el primero de los casos hay que decidir y, por tanto, crear una norma nueva; en el segundo, por el contrario, no hay que decidir sino tan sólo comprender. Por eso, es necesario distinguir entre la técnica jurídica y la dogmática jurídica o jurisprudencia. La primera es el arte de la decisión jurídica, y la teoría que reflexiona sobre los medios de decidir —o lo que es lo mismo, de aplicar el derecho ya establecido—, puede ser denominada como teoría de

la técnica jurídica; toda teoría de este tipo es una teoría de la decisión jurídica. No sucede así con la dogmática jurídica o jurisprudencia, la cual se presenta a sí misma con pretensiones de ser una ciencia, en pie de igualdad con el resto de las ciencias. Esta dogmática no puede desconocer que más allá de ella, como punto de vista definitivo en la vida real, se halla la decisión, pero ella en su quehacer puede prescindir de la decisión en la medida en que su tarea no es decidir, sino en todo caso proporcionar una ayuda para la decisión. La separación entre técnica y dogmática es imprescindible si se quiere comprender netamente lo que significa la decisión jurídica y lo que propiamente es. Esta separación, por lo demás, no es frecuente en las "metodologías" al uso, donde de ordinario se mezclan, sin distinguir oportunamente, sus diferentes fines cognoscitivos y su distinta naturaleza.

No son lo mismo el método de la técnica jurídica y el de la dogmática jurídica; por eso es preciso, en todo caso, hablar de dos procedimientos: el de la técnica jurídica y el de la dogmática jurídica. El primero es una reflexión sobre el "hacer" del técnico del derecho y, especialmente, del juez, que es el técnico del derecho por antonomasia; el segundo es una reflexión sobre el "hacer" del científico del derecho. Esto no quiere decir que el técnico del derecho no pueda ser también un científico del mismo, o viceversa. Muestra tan sólo que como técnico actúa de forma diferente que como científico. La confusión de las dos metodologías procede de que todo técnico del derecho ha estudiado previamente la ciencia de éste y que aparte de encontrar ya en ella la confusión entre ambos aspectos, posteriormente, en su quehacer técnico, quizá no ha sido suficientemente consciente de esta separación.

Toda decisión implica una responsabilidad sobre las consecuencias de la decisión. Esto sucede en la vida normal y también en la del derecho. En este sentido, la actividad técnica o decisoria del legislador y del juez conllevan su respectiva responsabilidad. Pero mientras que la del legislador está en cierto modo alejada del contacto inmediato con la realidad, la del juez incide directa y dramáticamente en la entraña de problemas humanos concretos. El legislador efectúa su labor teniendo en mente al hombre "abstracto", a una idea determinada de él, o si se quiere, al tipo medio del ciudadano. Al ser muy grave su responsabilidad sólo puede quedar con la conciencia tranquila si en el terreno de los grandes principios de la configuración de la vida social ha actuado prudencial y equilibradamente. Además de esto, el legislador puede reflexionar largamente sobre el contenido de la ley que elabora y que desea promulgar. De manera distinta sucede en el caso

del juez. Éste no sólo se ve desbordado por el trabajo diario sino que, además, los problemas que se le presentan son concretísimos, en los que no se opera con abstracciones más o menos idealizadas, sino con la realidad viva y palpitante de cada caso. Su labor es sin duda más oscura que la del legislador, pero quizá más decisiva, ya que es él quien es el verdadero técnico del derecho. Ahora bien, serlo, ser un jurispe-rito, implica ser un jurisprudente. La técnica judicial no puede resolver con una fórmula simplista los problemas humanos que excedan de algún modo a la estricta teoría, y por eso una teoría de la técnica jurídica, y más en concreto, una teoría de la técnica judicial, ha de resaltar siempre y necesariamente el papel que juega la personalidad del juez, cuya formación humana y cuyo sentido del bien social y del equilibrio es un factor sumamente relevante pero muy olvidado con frecuencia. El juez debe saber el derecho, de eso no cabe duda; pero, por encima de ello, debe sentirlo como una auténtica vocación humana por la justicia.

Lo anterior conduce a la conclusión de que toda teoría de la técnica jurídica exige un planteamiento político-jurídico en el cual insertarse; esto es, que toda teoría de este tipo ha de presuponer por lo menos una reflexión profunda sobre la política jurídica. Con esta expresión se designa —aunque de otro modo más amplio— lo que tradicionalmente se ha llamado teoría de la justicia. Esta es una reflexión sobre el derecho que debe ser. La política jurídica es algo más; es una reflexión sobre el derecho que debe ser, teniendo en cuenta las coordenadas reales de la sociedad; es la teoría de la justicia concretada en programas determinados. Como política jurídica es ciertamente “política” y, en este sentido, puede decirse que todo técnico del derecho, en la medida en que en su decisión técnica subyace dicha política tiene necesariamente que tomar partido. Esto no es descubrir nada nuevo; el acto del legislador es la política en cuanto que se transforma en derecho; la decisión política dirigida a ordenar la vida social se transforma en una decisión jurídica. Pero no por esa transformación deja de tener un contenido político. Lo propio sucede con el juez, quien ha de decidirse también ante las diversas alternativas que la interpretación le ofrece. Parafraseando a Ralf Dreier, y con idéntico sentido al que él utiliza, podría decirse que la técnica jurídica no ha de estrechar estérilmente su marco sino que tiene que “politizarse” en el sentido de “eticizarse”.⁶ La filosofía del derecho cumple aquí también

⁶ Dreier, V. Ralf, “Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft”, en *Recht, moral, ideologie (Studien zur rechtstheorie)*, Frankfurt am Main, 1981, p. 61:

su cometido, ya que el dotar de carácter ético a la técnica jurídica plantea en definitiva el sempiterno problema de los valores, a la vez que puede reconducir a los técnicos del derecho a una reflexión profunda sobre su "verdadera" función en la sociedad. Sobre el problema de una teoría de la técnica jurídica se volverá más adelante.

C. *El abogado*

Lo dicho hasta aquí sobre la técnica jurídica es perfectamente aplicable al abogado, aunque en menor medida o, si se quiere, señalando las características específicas que le son propias. El abogado, en principio, no decide directamente y, por eso, no es en sí un técnico del derecho en el sentido en que se ha definido este término. Pero sí participa en la elaboración de la decisión. No la crea, por lo cual no es creador de derecho, pero sí participa en su proceso, pudiendo ser esta participación decisiva para que la decisión sea de una u otra índole. También puede realizar funciones de asesoramiento, siendo esta labor de capital importancia en determinados sectores jurídicos, tales como el derecho administrativo y el derecho mercantil, pero su cometido propio y específico es participar como defensor o representante en un proceso. El abogado representa así "un punto de vista" que se desarrolla en el proceso. Este proceso es como un diálogo de dos oponentes en torno a un mismo tema a debatir, siendo cada uno representante de un interés distinto. En este diálogo las partes o sus representantes (los abogados) "desmenuzan" el problema planteado, dando la versión que a su interés ayuda. Es el juez quien dirige el diálogo por medio de los instrumentos que el derecho procesal le concede y a través de lo que tal diálogo aporta de información y de valoración; el órgano decisor puede llegar a una convicción sobre el problema planteado. Esa convicción es la base de su decisión. La técnica del abogado no es así una técnica de la decisión sino de la convicción. El propósito del abogado no es decidir, sino convencer; convencer precisamente a quien ha de decidir; al arte de convencer se le llama retórica.

El juez, por su parte, a la hora de dictar sentencia también argumenta, pero no con el objeto de convencer a otros, sino de convencerse a sí mismo y de justificar su decisión. La finalidad que preside su argumentación es más amplia que la que persigue el abogado, el cual

"Im Blick auf jene geschichtlich bedingte Verengung der Rechtswissenschaft meint das Postulat der Politisierung nichts anderes als das der Ethisierung der Rechtswissenschaft."

trata de hacer favorable la justicia a su cliente, dentro naturalmente de los límites de lo posible.

Vemos, por consiguiente, cómo es precisamente en el proceso de decisión donde confluyen —cada una con sus características particulares— las actividades en que se concretan diversas profesiones jurídicas. Es en el proceso de decisión donde culmina todo el bagaje que puede designarse como “conocimiento del derecho” o “formación jurídica”. Ésta se expresa, se manifiesta exteriormente en el proceso de decisión; a través de éste tiene lugar la progresiva creación del derecho, lo que la teoría del derecho alemana llama la *rechtsfortbildung*. Esto no quiere decir, evidentemente, que el derecho no surja “también” de la vida social, pero la conciencia de que ese derecho surgido en la misma entraña de la sociedad se incorpora definitivamente a lo que puede considerarse en un momento dado derecho vigente, sólo es posible gracias a una decisión que lo incorpore; esta decisión se toma, evidentemente, mediante un proceso. Esta palabra hay que entenderla en un sentido amplio. No se refiere exclusivamente a la decisión judicial y al proceso que tiene lugar ante el juez, sino a todo tipo de decisión jurídica que tiene siempre necesidad de un proceso de elaboración.

En el proceso se configura el lenguaje normal de los juristas, esto es, su lenguaje profesional. Éste es un lenguaje intermedio entre el normal y el formalizado, y a veces un tanto esotérico, de la ciencia del derecho. En la medida en que en el proceso de la decisión se ponen en contacto la problemática de la vida cotidiana y los esquemas de las ciencias del derecho, los juristas prácticos que en aquél participan, es decir, los que hemos llamado juristas técnicos, utilizan un lenguaje que, orientado a la decisión, pero partiendo de la comprensión de la realidad vital, es un intermedio entre el lenguaje normal y el científico.

La jurisprudencia o ciencia del derecho en sentido estricto no mira directamente a la decisión, aunque ésta también sea objeto de su estudio. El lenguaje de dicha ciencia es de esta manera más formalizado, incluso, si se quiere, más alejado de la realidad viva. Y por tanto una reflexión sobre la argumentación en la técnica jurídica y en la ciencia del derecho tiene que dejar claras sus diferencias.

II. TÉCNICA JURÍDICA Y DOGMÁTICA JURÍDICA

La técnica jurídica es el conjunto de procedimientos utilizados por los juristas para decidir. Es, pues, la técnica de la decisión. Una teoría como ésta se identifica, de esta manera, con una teoría de la técnica

de la decisión jurídica. Ésta tiene por objeto estudiar los siguientes problemas:

a) Aclarar en qué consiste la decisión jurídica y qué papel desempeña en el proceso de creación del derecho.

b) Dilucidar qué tipos de decisión jurídica existen a la luz de los diversos sistemas jurídicos.

c) Señalar los caracteres comunes de esos tipos para poder establecer nítidamente en qué consiste la decisión jurídica en general.

d) Puntualizar las diferencias específicas que caracterizan la decisión jurídica con respecto a la decisión a secas.

e) Relacionar la decisión jurídica con el proceso de la decisión.

f) Establecer el modo de argumentar de los juristas tal como sucede en la praxis de los procesos de decisión.

g) Criticar esos modos de argumentar o, al menos, hacerse conscientes de sus limitaciones.

h) Proponer nuevos modos de argumentar con el fin de llegar por el camino correcto a la decisión justa, e

i) Por tanto, aclarar en qué consiste la corrección tanto de la argumentación como de la decisión a la que se ha llegado tras el proceso de argumentación.

La teoría de la técnica jurídica englobará por ende los siguientes ámbitos disciplinarios:

La teoría general de la decisión; la teoría de la decisión jurídica; la teoría general del proceso; la teoría general de la argumentación; la teoría de la argumentación jurídica.

Tres palabras destacan en este esquema: decisión, proceso y argumentación. Ciertamente constituyen las palabras claves de la técnica jurídica. La decisión es el qué final al que hay que llegar y en el que necesariamente se desemboca. El proceso y la argumentación constituyen el cómo; pero mientras que el proceso es el cómo formal, ya que se limita a señalar los pasos formales necesarios para consumir la decisión, la argumentación es el cómo material, que maneja los fundamentos o las razones ético-jurídicas y de cualquier otro género que subyacen a la decisión.

Todo esto, se dirá, constituye lo que tradicionalmente se ha llamado teoría de la interpretación. Semejante afirmación sólo es aceptable parcialmente. En efecto, el término interpretación es demasiado ambiguo; o mejor dicho la interpretación constituye una tarea ineludible en el seno de las ciencias sociales y, si se me apura, en todo lo que afecta al hombre. También las ciencias naturales necesitan de la interpretación, aun-

que de seguro que en un sentido mucho más limitado que las que estudian realidades humanas.

A la hora de teorizar sobre la interpretación hay que señalar dos planos esenciales: 1) el plano de la interpretación general, como tarea aplicable a toda realidad que se exprese en lenguaje, que es objeto de una hermenéutica universal, y 2) el plano, o mejor, los planos específicos de las concretas actividades interpretativas. No siempre que se interpreta, se hace con el mismo fin ni con el mismo marco estructural: por ejemplo, no es lo mismo interpretar para decidir que para conocer.

Esta es la diferencia que es necesario destacar aquí, ya que subyace a la tarea interpretativa de la distinción que propongo entre técnica y dogmática jurídicas. Mientras que la primera tiene por objeto último la decisión, la segunda se limita al conocimiento. Ambas se proponen la interpretación del sistema jurídico, pero su labor interpretativa está presidida por una muy diversa finalidad, la cual marca necesariamente diferencias ostensibles entre el modo de proceder de la técnica y el de la dogmática. Aquélla está orientada primaria y directamente hacia el problema concreto que ha de solucionar mediante la decisión. Ésta, por el contrario, aunque sea una disciplina "orientada a problemas", no realiza su labor interpretativa a la vista de un problema determinado que se da en la praxis jurídica, sino a la vista de un conjunto problemático que proviene de la experiencia jurídica en general. La tarea de la dogmática es la construcción coherente y armoniosa en un todo sistemático de las significaciones de los diferentes elementos y proposiciones lingüísticas que componen un determinado derecho positivo. En este sentido, los modos de proceder de la técnica y de la dogmática son, y tienen que ser, muy diferentes. Por este motivo es muy cuestionable meter en el mismo saco la problemática de la argumentación de una y otra, como hace Robert Alexy cuando señala: "De la posibilidad de la argumentación jurídica racional depende no sólo el carácter científico de la jurisprudencia, sino también la legitimidad de la decisión judicial."⁷ En mi opinión, el carácter científico de la jurisprudencia es algo muy distinto de la "legitimidad" de la decisión judicial, ya que mientras que aquélla se sitúa en un terreno estrictamente cognoscitivo, esta última es la expresión máxima de la praxis jurídica. Pero, por otro

⁷ Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1978, p. 15. Gil Cremades habla de "construcción y argumentación, como factores a combinar en los motivos de las decisiones jurídicas". ("La motivación de las decisiones jurídicas", *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, 1980, pp. 415-433. La cita es de la p. 433.)

lado, hay que reconocer que el puente de unión entre la jurisprudencia y la técnica existe, ya que la primera está "orientada" a la praxis. Sin embargo, decir que está orientada así, significa sólo que dicha praxis puede aprovecharse del patrimonio que la jurisprudencia le proporciona, pero no que ésta sea una disciplina "práctica". Es así perfectamente pensable una jurisprudencia despreocupada absolutamente de la realidad vital y de las futuras decisiones sobre futuros problemas, aunque pueda decirse que tal labor no sea descabida por insuficiente. Lo más idóneo es, a mi juicio, tratar ambos problemas en conjunto, aunque sin mezclarlos. De lo contrario, la confusión acarreará consecuencias nocivas tanto para la correcta comprensión de la técnica jurídica como para el establecimiento de los límites del ámbito de la dogmática y de su método.

III. PENSAMIENTO AXIOMÁTICO Y PENSAMIENTO APORÉTICO

Desde la obra de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, se ha exagerado tanto la contraposición entre el llamado pensamiento axiomático y el llamado pensamiento aporético como el papel que el primero de ellos ha desempeñado en el seno de la ciencia jurídica. Los excesos de algunos cultivadores de conceptos de la jurisprudencia no pueden dar pie a descalificar absolutamente el tratamiento conceptual-formalista de los problemas jurídicos. Es perfectamente admisible la idea de que la lógica tradicional no encaja en el seno de la argumentación práctica y ni siquiera en el seno de la teoría general de la interpretación.

Pero eso no quiere decir que la ciencia del derecho pueda prescindir del tratamiento analítico. Ralf Dreier habla de la *Plurifunktionalität der Rechtswissenschaft*⁸ y se refiere a la dogmática como una "disciplina pluridimensional"⁹ que no puede prescindir del análisis descriptivo-empírico ni del lógico-analítico y, por supuesto, tampoco del práctico-

⁸ Dreier, R., "Zum selbsterständnis der jurisprudenzen als wissenschaft", en *op. cit. supra* nota 6, p. 54.

⁹ Dreier, R., "Concepto y función de la teoría general del derecho" (trad. G. Robles), en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, núm. 52, 1978, pp. 111-138; pp. 120-121: "De ahí que la dogmática jurídica investigue siempre lo que en una sociedad organizada jurídicamente se presenta como derecho empíricamente válido. Constata no sólo cómo los jueces (y las autoridades administrativas) deben decidir, en conformidad con la voluntad real o 'razonable' del legislador, sino también cómo deciden realmente o cómo presumiblemente decidirán. Por esto, la dogmática es una disciplina pluridimensional."

normativo.¹⁰ Esta concepción de la dogmática —que parece que hoy se impone— salva efectivamente la tradición de la *Begriffsjurisprudenz* y relativiza el ataque iniciado por Viehweg.

En el esquema propuesto, el análisis aporético es más importante en el ámbito de la técnica jurídica que en el de la dogmática, aunque en éste también tenga su papel. Viehweg reconduce la esencia de la ciencia del derecho al quehacer de los juristas prácticos, pero esta conexión tajante no aclara el problema sino que lo complica. Esa exageración a la que alude se pone de manifiesto muy ostensiblemente en el prólogo de E. García de Enterría a la citada obra de Viehweg. En él afirma: “La ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una ciencia de problemas singulares, jamás reductible —frente a ingenuos intentos, siempre fallidos— al esquema mental axiomático-deductivo expresado en las matemáticas.”¹¹

Esta frase recoge una exageración que no es admisible. En primer lugar porque eleva a categoría de ciencia el mero hacer de los juristas, y, por otro lado, porque desconoce la historicidad de la ciencia del derecho, que, como todas las formas de conocimiento, ha pretendido adaptarse a lo largo de la historia a las concepciones epistemológicas triunfantes. No es lícito hablar de ciencia del derecho para referirse al “trabajo cotidiano de los juristas”;¹² el propio Theodor Viehweg quien emplea siempre la palabra jurisprudencia, eludiendo constantemente el término ciencia del derecho, concluye —como no podía ser de otra forma— que tal calificativo es para la jurisprudencia un asunto secundario y quizá imposible, ya que la ciencia exige, en la concepción de este autor, un sistema desenvuelto gracias al método axiomático, de carácter lógico-deductivo. Para Viehweg, al intentar cientificar la técnica jurídica, lo “que corresponde al deseo de la moderna cultura del continente occidental de concebir a la jurisprudencia como ciencia... se tiene con ello que dirigir necesariamente contra la tópica”.¹³ Tiene toda la razón si por el término jurisprudencia se entiende —como él hace— la técnica jurídica o, con otro nombre, la técnica de la decisión jurídica. En ésta es el problema el centro de la ponderación intelectual, ya que la decisión —que es la tarea culminante del jurista práctico— está vinculada muy estrechamente al problema sobre el que hay que decidir. La técnica jurídica está dominada, según esto, por el pensamiento aporético o pro-

¹⁰ Alexy, V., *op. cit. supra* nota 7, p. 308.

¹¹ Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia* (trad. Luis Díez Picazo), Madrid, 1964. Véase el prólogo a esta obra escrito por E. García de Enterría.

¹² *Idem*, p. 142.

¹³ *Idem*, p. 111.

blemático. La tónica constituye un instrumento de ayuda muy interesante en el terreno de la técnica jurídica, pero en lo que se refiere a la ciencia del derecho el planteamiento intelectual es algo diferente. Aquí no se trata de solucionar un determinado problema, no se trata de decidir. Se trata de comprender como un todo, como un sistema, el conjunto de campos semánticos representados por las proposiciones lingüísticas que componen un determinado orden jurídico positivo. No es que la ciencia del derecho no trate de proporcionar guías o líneas directrices para la solución de problemas concretos; o mejor dicho, no es que no pueda ponerse al servicio de la técnica jurídica, es obvio que su razón de ser última es estar al servicio de la praxis. Pero en su quehacer metódico no puede sino prescindir de la decisión concreta que tenga en cuenta el caso particular, puesto que la ciencia del derecho en sí misma no tiene que decidir. La tarea interpretativa que preside a la técnica jurídica y a la ciencia del derecho pertenece al ámbito de la argumentación práctica, pero nunca puede olvidarse el conjunto de diferencias que caracterizan a una y a otra:

a) Mientras que la técnica mira el problema concreto, la dogmática o ciencia del derecho, en sentido estricto, contempla la problemática general que le proporciona la experiencia jurídica.

b) La técnica tiene que decidir mientras que la dogmática toma en cuenta lo ya decidido.

c) La técnica interpreta hechos concretos a los que trata de aplicar normas creando otras normas; la dogmática no las crea, se limita a comprender el conjunto normativo existente. En esta labor de comprensión tiene en cuenta los hechos ya calificados por los técnicos, con el fin de entender mejor los contenidos de sentido de las normas y de adaptar éstos a la realidad viva.

d) La técnica se interesa por la justicia del caso concreto, mientras que la dogmática sólo se plantea —y puede plantearse— el problema de la justicia inmanente en un orden jurídico determinado.

e) En su hacer estricto la técnica se olvida del sistema y atiende a las específicas peculiaridades del caso concreto; la dogmática, por el contrario, no tiene en cuenta el caso concreto, en el sentido de que al científico del derecho como tal no se le pide la solución de un problema determinado, siendo su preocupación máxima la de la construcción del sistema.

Es, por otro lado, erróneo atribuir al sistema necesariamente un determinado método; el método lógico-deductivo, también llamado método axiomático, señalando de seguido que el método matemático es inadecuado para la ciencia del derecho. La idea de sistema no tiene

por qué identificarse con el método matemático. La construcción sistemática de la ciencia del derecho puede realizarse por otros medios. En cualquier caso, el desprecio por la "matematización" del derecho, que pretendió la jurisprudencia de conceptos, implica un desconocimiento de la importancia que ésta tuvo para la creación de la ciencia jurídica. Tanto que, en rigor, con todos los matices que se quiera, sólo puede hablarse de ciencia jurídica desde la época del conceptualismo —en gran parte gracias al decisivo influjo de esta corriente—. Los excesos de la jurisprudencia de conceptos —que ya Ihering señaló— no permiten reducirla a un episodio sin sentido.

La jurisprudencia de conceptos —dice Horst-Eberhard Henke— sobrevaloró la fecundidad de la deducción y redujo demasiado la patria del jurista al reino de los pensamientos y las construcciones. Pero esta exageración no debería darnos pie a utilizarla como designación depreciada para referirnos al pensamiento extraño a la vida. Al fin y al cabo, fueron los conceptualistas quienes, gracias a su formación, acuñaron el concepto de "pretensión", descubrieron el carácter abstracto de los plenos poderes, escribieron tratados y comentarios de gran altura y crearon la dogmática y el sistema del Código Civil.¹⁴

IV. CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL SILOGISMO

El método axiomático, de carácter lógico-deductivo, fue la máxima obsesión del derecho natural racionalista. La Edad Moderna tuvo a la geometría como la ciencia modelo, cuyo esquema epistemológico debió ser asimilado por todas aquellas formas de conocimiento que pretendiesen el calificativo de "científicas". No sólo las ciencias de la naturaleza, sino también las ciencias del espíritu trataron de asimilar en su seno el método geométrico. Tanto la ética como la jurisprudencia, si querían ser ciencias, debían ser tratadas de modo geométrico. Fue precisamente esta circunstancia la que hizo que en la Edad Moderna se acentuase el dualismo entre la verdadera ciencia del derecho, que operaría en el ámbito jurídico como las demás ciencias, esto es, al modo geométrico, y la jurisprudencia o hacer técnico de los juristas, la cual no constituía de por sí una verdadera ciencia, ya que se apartaba del modelo epistemológico triunfante.

Pero la Edad Moderna fue también una época dominada por la me-

¹⁴ Henke, H. E., *Wie tot ist die Begriffsjurisprudenz?*, *Zeitschrift für Zivilprozess* 80, 1967, p. 20.

tafísica, ya que hizo del dato ideal el objeto de su reflexión. En el campo del derecho esto se tradujo en la construcción de la doctrina iusnaturalista que le es propia. El derecho natural que era un objeto ideal, al mismo tiempo era el objeto de la verdadera ciencia; la ciencia del derecho natural, la *iuris naturalis scientia*, la "verdadera", esto es, la única, se erigía así en verdadera geometría del derecho, que, como tal, pretendería aplicar el razonamiento lógico-deductivo propio del método geométrico al ámbito jurídico.

En virtud del método geométrico, la ciencia del derecho natural, pretendía la construcción del sistema del derecho a partir de axiomas o verdades ético-jurídicas evidentes, de las cuales por derivación lógica conseguíanse principios cada vez menos generales, siguiendo este camino hasta llegar a las conclusiones últimas del sistema; conclusiones que contemplaban los problemas concretos que la vida jurídica plantea.¹⁵

La contraposición tradicional entre *ratio* y *auctoritas* se inclinaba aquí favorablemente a la primera, pasando el argumento *ab auctoritate* —que en la jurisprudencia romana y en todo el pensamiento medieval habían tenido un gran peso— a ocupar un lugar muy secundario, casi insignificante.

El resultado fue la construcción de grandes cuerpos sistemáticos, imponentes por su grandeza y por su coherencia, pero alejados de la realidad. Esto, sin embargo, no representó una rémora para la *iuris naturalis scientia*, al contrario, se contemplaba la realidad como algo que no correspondía al verdadero ser de las cosas y, por consiguiente, como algo que no sólo era susceptible de cambio y transformación, sino que estaba necesitado de una auténtica revolución. La teoría se vinculaba a la praxis en íntimo maridaje, siendo aquélla no sólo exponente de la verdad, sino maestra y guía de la segunda. Si la realidad no coincidía con las exigencias planteadas mediante los axiomas del derecho natural, tanto peor para ella. De esta manera, la *iuris naturalis scientia* no fue sólo la verdadera ciencia del derecho, se constituyó también en una guía para revolucionarios que hacían la revolución tanto en interés de la verdad como de la sociedad. Con el triunfo de la revolución, el derecho natural perdió su papel crítico al encarnarse en los textos jurídicos elaborados por las clases sociales triunfantes. El ideal transformóse en textos escritos y así surgieron los códigos. Éstos, verdaderos herederos de la mentalidad iusnaturalista, fueron concebidos de manera similar a como habían sido concebidos los sistemas teóricos. En los códigos habría de desenvolverse —partien-

¹⁵ Strömholm, V. Stig, *Allgemeine rechtslehre*, Göttingen, 1976, p. 63.

do de determinados axiomas éticos-jurídicos, a los cuales se les denominó principios del derecho o principios generales del derecho—, todo el conjunto normativo necesario y suficiente para regir las relaciones interhumanas en amplios espacios de la vida social. La figura rousseauiana del legislador, omnipotente y omnisciente, capaz de prever la problemática de los ciudadanos hasta en los más mínimos detalles, era la personificación de la razón ilustrada, con la diferencia de que mientras que ésta era capaz de crear proyectos de programación social futura, aquél encarnaba estos proyectos en la realidad del derecho positivo. Esta mitificación del legislador ilustrado tenía necesariamente que oscurecer la función de los jueces, como así necesariamente sucedió. El trasfondo político de la operación es bien claro: mientras los grupos triunfantes pudieron monopolizar la creación del derecho por medio de la ley, el estrato de los jueces escapaba en gran medida a su influjo, ya que en él se albergaban herederos del antiguo régimen y representantes de las clases nobles. Los jueces se convirtieron así en meros “aplicadores” de la ley, que en el lenguaje de la época era idéntico a aplicadores del derecho, ya que la ley agotaba el derecho y éste era sólo la ley. La ley, en cuanto transcripción al papel, del derecho natural racionalista poseía las mismas características de perfección que éste, añadiendo aún una más: la de su existencia real. La exaltación mítica del legislador y de su labor —esto es, la ley que plasmó en la codificación— tuvo que conducir necesariamente a una concepción estrecha de la técnica jurídica. Se separó tajantemente la creación y la aplicación del derecho, dando a la primera toda relevancia y quitando a la segunda toda significación. La creación del derecho era obra del legislador y de nadie más que de él. Como representante de la voluntad general no podía confundirse. La aplicación del derecho fue convertida en una tarea absolutamente secundaria, que no podía añadir nada a lo ya creado en la ley, puesto que de lo contrario dejaría de ser pura y estricta aplicación para convertirse en creación, lo cual constituía algo absolutamente inadmisibles. Esta mentalidad estaba representada —en el terreno de los planteamientos doctrinales— por la escuela de la exégesis, que dominó en Francia durante todo el siglo XIX, y que desde ahí extendería su influjo al resto del continente europeo y a América del Sur. El juez se convirtió en “boca de la ley” —según la expresión de Montesquieu en el capítulo 6 del libro 11 de su obra *L'esprit des lois*—; debido a lo cual se extendieron por Europa las prohibiciones de que los jueces interpretaran las leyes, como en el caso de la orden dictada por el rey Federico “el Grande” el 14 de abril de 1780 prohibiendo “a todo juez interpretar nuestras leyes y mucho menos

crear nuevas”, siendo los casos dudosos remitidos a una comisión legislativa.¹⁶ El comentario del código se hacía de esta manera superfluo.

¿Cómo entonces habrían de hallar la sentencia los jueces? y en general, ¿cómo el órgano decisor habría de llegar a su decisión con el fin de alcanzar la solución del caso concreto?, la respuesta no podía ser otra que ésta: mediante el silogismo.

El silogismo es, como se sabe, una de las figuras más importantes de la lógica aristotélica. Describe el paso lógico y, por lo tanto, necesario que enlaza lo universal y lo particular. De dos premisas —llamadas respectivamente premisa mayor y premisa menor— se extrae la conclusión. Utilizando el ejemplo clásico:

Premisa mayor: Todos los hombres son mortales.

Premisa menor: Sócrates es hombre.

Conclusión: Sócrates es mortal

Suponiendo que las premisas sean verdaderas, también lo será la conclusión. Generalizando el ejemplo anterior puede decirse que la fórmula del silogismo es:

Todos los A son B

C es B

Luego: C es A.

El silogismo no añade nada a la premisa mayor; lo único que consigue es especificarla. En este sentido, constituye la figura lógica ideal para un modo de pensar cuya finalidad, máxima e intocable, es no añadir nada a lo ya establecido.

La figura silogística fue aplicada a la labor judicial y, en general, a la decisión de casos concretos, de la siguiente manera: la premisa mayor la constituye la norma jurídica general, esto es, la ley; la premisa menor, el caso jurídicamente calificado, y la conclusión, el fallo judicial. El juez tan sólo tiene que subsumir el caso de la vida real, que se ha planteado ante él en busca de solución, en la norma general que contempla este caso.

Este llamado ideal de subsunción no sólo tuvo éxito en el ámbito de los códigos de derecho privado (sobre lo que ya se ha insistido mucho en la doctrina), sino también en la doctrina del derecho público. Así, por ejemplo, lo manifiesta expresamente Paul Laband para quien “El juez no ha de hacer valer *su* voluntad, sino la del derecho objetivo; es la viva *vox legis*; no es él quien crea la premisa mayor

¹⁶ Conrad, V., *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts von 1794*, Köln/Opladen, 1958, pp. 13 y ss.

sino que la acata como algo que proviene de un poder que está por encima de él".¹⁷ Lo cual implica una determinada concepción de la tarea legislativa y de la labor decisoria, así como de las relaciones existentes entre ambas: "La esencia de la legislación consiste... en la emisión de una proposición jurídica abstracta, la naturaleza de la jurisprudencia, en el establecimiento vinculante de una relación jurídica concreta."¹⁸ Para el tratamiento del derecho público y de la teoría del Estado, según H. Krüger, el "método propio" de la jurisprudencia de los jueces lo constituye la subsunción.¹⁹ Y eso hasta el punto de que el Tribunal Constitucional, según su opinión, no realiza en sí una función judicial, sino más bien una función de *Verfassungsgbung*.²⁰ Y por su parte, Ernst Forsthoff ha declarado tajantemente: "La jurisprudencia se aniquila a sí misma si no entiende la interpretación de la ley como la indagación de una subsunción correcta en el sentido del silogismo."²¹

Los excesos de esta concepción silogística de la sentencia que dominó sobre todo a la doctrina y, por consiguiente, a la mentalidad de los jueces del siglo XIX, dieron lugar a excesos en la interpretación de las leyes, que rayaban en lo ridículo y en lo absurdo. Alejadas las razones políticas de desconfianza hacia el poder judicial, sólo la fuerza de la inercia —que a veces pesa tanto en el derecho— y la tendencia cómoda a no replantearse el problema de la interpretación judicial, hicieron posible el estancamiento de los juristas en esta mentalidad. La práctica jurídica ponía continuamente de manifiesto que la lógica formal tradicional era, cuando menos, insuficiente para alcanzar decisiones "razonables", chocando de esta manera lo que se consideraba racional (en el sentido de la deducción lógica) con lo considerado como razonable para la vida de los hombres.

Ya en el seno de la jurisprudencia sociológica, preocupada más por la realidad de los hechos jurídicos que por la construcción del sistema dogmático y la aplicación de las figuras lógicas del derecho, se produjo un fuerte movimiento frente a las ideas típicas del positivismo legalista. Se considera como iniciador de la nueva versión metodológica a Rudolf von Ihering, sobre todo por sus obras *Der Zweck im Recht* y *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. La jurisprudencia sociológica se

¹⁷ Laband, Paul, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 4a. ed., Tübingen, 1901, p. 165; Kriele, V., *Theorie der Rechtsgeninnunj*, 2a. ed., Berlín, 1976, pp. 47 y ss.

¹⁸ *Idem*, p. 163.

¹⁹ Krüger, H., *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, p. 794.

²⁰ *Idem*, p. 709.

²¹ Forsthoff, E., *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, Festschrift für Carl Schmitt, Berlín, 1959, p. 41.

desarrolló en múltiples direcciones; de ellas merece la pena citarse aquí, sobre todo, la llamada jurisprudencia de intereses y el movimiento del derecho libre. Fueron quizá los autores de la escuela del derecho libre quienes con mayor ahínco reivindicaron la función creadora del juez. Inspirados en una concepción sociológica, que superó la mitificación del legislador e incluso del Estado como monopolizador del derecho, dieron al derecho vivo el papel de protagonista y, por tanto, también a los jueces (como órganos más en contacto con ese derecho).

De la escuela del derecho libre hay que citar aquí, por sus aportaciones al problema de que tratamos, a Hermann Kantorowicz, Eugen Ehrlich y Ernst Fuchs. Hay que señalar que ninguno de estos autores sostuvo —como a veces se cree— el desprecio del intérprete hacia la ley, ni la idea, entre ellos tan extendida, de que el derecho es sólo lo que los jueces dictan. Como ha dicho Klaus Riebschläger, “se trata de una escuela metódico-jurídica y no político-jurídica, ya que no aspira en absoluto a un cambio en la posición del juez respecto de la ley y del derecho, sino a un conocimiento con validez general de la relación existente. Según su concepción, el juez está básicamente bajo la ley.²² El juez ha de estar sometido a la ley, pero ésta no es completa. La “fábula *contra-legem*”²³ que quizá sugiere la propia designación de escuela o movimiento de derecho “libre” y alguno de sus escritos programáticos —como *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft* (Ehrlich), que extendió sobre la escuela una idea equivocada—, deben ser desechados claramente. Lo que afirman estos autores es que la ley es tan incompleta que toda ella aparece con lagunas. La laguna no es una excepción, es la regla general. En la práctica esta postura significaba el reconocimiento de una amplia posibilidad para los jueces respecto a la interpretación e, incluso, a la creación del derecho. Estas ideas tomaron cuerpo de texto jurídico en el Código Civil suizo, que en su artículo primero establece que el juez actuará como legislador en el caso de una laguna. El mencionado artículo dice literalmente:

Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut und Auslegung eine Bestimmung, enthält. Fehlt es an einer gesetzlichen Vorschrift, so entscheidet der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo ein solches nicht besteht, nach bewährter Lehre

²² Riebschläger, K., *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Berlín, 1968, p. 115. Sobre la postura de Hermann Isay en su obra *Rechtsnorm und Entscheidung*, véase Cremades, Gil, *La motivación de las decisiones jurídicas*, ya citado, pp. 420 y ss.

²³ Kantorowicz, H., “Die contra-*legem*-Fabel”, en *Driz*, 1911, p. 258.

und Überlieferung. Kann er aus keiner dieser Quellen das Recht schöpfen, so fällt er sein Urteil nach der Regel, die er als Gesetzgeber ausstellen würde.

Como se ve, este artículo, que es considerado como una aplicación concreta de la mentalidad metodológica del *Freirechtsbewegung*, es todo lo contrario de una postura que implique desprecio por la ley. El artículo primero del Código Civil suizo establece una prelación de las fuentes del derecho, y va dirigido al juez, como órgano principal de aplicación. Estas fuentes son: la ley, el derecho consuetudinario y la doctrina, y la tradición. Pero lo característico del precepto es su última parte: "Si el juez no puede crear derecho a partir de estas fuentes, entonces fallará de acuerdo con la regla que él hubiera establecido como legislador (*als Gesetzgeber*)." La primera parte de este párrafo implica la idea de que el juez siempre es considerado como creador de derecho, incluso cuando aplica (*anwendug*) la ley, el derecho consuetudinario, la doctrina y la tradición. El juez parte, como punto de referencia, de las fuentes citadas, pero su tarea es calificada de "creación del derecho", ya que no se limita a aplicar silogísticamente el derecho que las fuentes le proporcionan. Éstas le suministran el material con el cual él puede crear. Además de esto, el párrafo transcrito demuestra que el juez sólo actuará "como legislador" cuando las fuentes citadas sean insuficientes, esto es, cuando se encuentre ante una laguna. Esta idea repercutirá en la praxis, obviamente, de modo desfavorable hacia la posibilidad de lagunas, ya que sólo en casos extremos el juez admitirá que actúa como si fuera el legislador. Pero, por otra parte, esta actuación es posible, lo cual lo sitúa en un plano diferente al que era tradicional durante la época posterior a la codificación. El juez ha de decidir el caso para el que no encuentra una regla en las fuentes citadas; para ello tiene que crear él mismo la regla para el caso que se le presenta. Esto supone implícitamente la necesidad de fundamentar la solución dada en el fallo judicial, de tal modo que derive o encaje en una regla de derecho, que, a su vez, no sea incompatible con el resto del sistema jurídico. En este contexto es evidente que ha de destacar la personalidad individual del juez porque "no hay otra garantía de respeto al derecho que la personalidad del juez".²⁴

Esta concepción, según la cual la figura del juez ocupa un papel importante en la creación del derecho no sólo ha plasmado en el ar-

²⁴ Ehrlich, Eugen, "Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft", en *Recht und Leben (Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, Berlin, Ausgewähit und eingeleitet von M. Rehbinder, 1967, pp. 170-202, especialmente p. 188.

título primero del Código Civil suizo sino que con mayor vigor aún preside la naturaleza del derecho inglés. Como dice René David,²⁵ en el derecho inglés la ley se presenta en calidad de “cuerpo extraño” hasta el punto de que sólo es considerada a modo de derecho en la medida en que los tribunales la aplican con los límites que la interpretación de éstos establecen.

Los que se sienten de una u otra forma herederos del esquema crítico del *Freirechtsbewegung* adoptan de ordinario el modelo del derecho inglés para sus reflexiones. No obstante, éstas se han desarrollado por dos vías diferentes, ya que mientras la moderna teoría de la argumentación pone énfasis en la imposibilidad de aplicar al razonamiento jurídico los mecanismos de la lógica formal tradicional, los planteamientos de la escuela del derecho libre se vincularon, desde sus orígenes, al desarrollo de un pensamiento sociológico en el ámbito de la teoría del derecho y de la dogmática jurídica, contribuyendo así al surgimiento de la sociología del derecho como disciplina independiente.

Para Kriele, los partidarios del derecho libre fueron los “pioneros” del nuevo planteamiento de la teoría de la técnica jurídica. Pero como tales, no superaron algunos obstáculos importantes: no supuieron precisar con el suficiente rigor los problemas, sus polémicas condujeron en ocasiones a direcciones falsas y, además, dejaron muchas respuestas en el aire.²⁶ Pero de lo que más se queja Kriele en esta lucha contra el positivismo sustantivo es de la “falta de radicalidad” que la escuela del derecho libre manifiesta: “Si un grupo tan luchador como la Escuela del Derecho libre hace a sus adversarios concesiones innecesarias, se despierta la apariencia de que son necesarias y la posición contraria... se consolida.”²⁷ Especialmente se queja de que en el sentido tardío de dicha escuela se admita la existencia de lagunas en el derecho y se proclame la necesidad consiguiente de llenarlas, ocultando así el hecho de que no es que las “haya”, sino de que todo el derecho está necesariamente “plagado” de ellas por su propia naturaleza. Las lagunas no son excepciones, sino la regla general. El juicio de Arthur Kaufmann es, en este aspecto, mucho más suave, aunque no exento de críticas a las “unilateralidades” del movimiento del derecho libre.²⁸

²⁵ David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, 1973, p. 297.

²⁶ Kriele, V. Martin, *op. cit. supra* nota 17, p. 66.

²⁷ *Idem*, p. 65.

²⁸ Kaufmann, A., “Freirechtsbewegung - lebendig oder tot? - Ein Beitrag zur Rechtslehre und Methodenlehre”, en *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt am Main, 1972, pp. 251-271.

En cualquier caso, parece estar fuera de duda que fue gracias al empuje de esta escuela que se plantearon algunos problemas de gran trascendencia en la teoría del derecho posterior: la importancia de la investigación sociológica, la relevancia del juez en el proceso de creación del derecho y la necesidad de mirar en profundidad el problema de la lógica jurídica. Estos tres problemas van íntimamente enlazados, constituyendo el segundo de ellos el centro básico de la discusión. En definitiva planteábase cómo debe actuar el juez en el ejercicio de su profesión; para resolver este problema era necesario responder a dos preguntas: primera: ¿cómo ha de considerar el juez la realidad social?, y segunda: ¿cómo tiene que actuar el juez en el plano de la lógica?, ¿qué instrumentos proporciona la lógica al juez en su quehacer?

La figura del silogismo era inaplicable además al problema de la decisión por otras razones, como, por ejemplo, el hecho de que la cuestión no es tanto aplicar una norma a un hecho como primero calificar el hecho y después —o mejor, simultáneamente— encontrar la norma o las normas. Parece evidente que no puede ser calificado jurídicamente un hecho si no se corresponde con el que la norma prevé, y en este caso es absurdo pensar que “primero” se encuentra la norma y después se califica el hecho. Por otra parte, para encontrar la norma hay que tener en cuenta constantemente el hecho, ya que de lo contrario no se tendrá ningún punto de referencia al cual aplicar la norma y se estará ante un problema sin solución. Como ha señalado Karl Engisch se produce aquí un “ir y venir de la mirada”²⁹ del caso a la norma (o normas) y de ésta a aquél; en este ir y venir de la mirada es posible la configuración definitiva de los caracteres del caso y su calificación jurídica, y, al mismo tiempo, el “hallazgo” de las normas “aplicables”. Una vez que el hecho está jurídicamente calificado y que la norma está hallada, quizá podría pensarse en la aplicación del silogismo. Pero el problema que se plantea aquí, y que hoy recoge la lógica como uno de sus asuntos más graves, es si realmente es posible aplicar el silogismo a las normas jurídicas, o si se quiere, planteando el problema en términos más generales, si el silogismo es aplicable a las proposiciones deónticas, esto es, si es posible la aplicación de la lógica formal al mundo de las normas.³⁰

²⁹ Engisch, Karl, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 1943, p. 15.

³⁰ Llama la atención, en este sentido, la postura antilogicista del Kelsen de los últimos tiempos, véase su obra *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, pp. 150 y ss.; así como la crítica de Weinberger, O., en *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlín, 1981. Weinberger califica la última posición de Kelsen como *normenirrationalismus* (p. 89).

V. LA TÓPICA

Precisamente, según la concepción de Viehweg, es la tópica la que señala cómo se encuentran las premisas; mientras que la lógica las recibe y trabaja con ellas.³¹ La tópica es, pues, “un procedimiento de búsqueda de premisas” basada en una “técnica del pensamiento problemático”.³² Es un *ars inveniendi* orientado a problemas concretos. Procede por aproximación a las características de cada caso.³³ El terreno en el cual se ejercita es el del debate, que constituye la instancia de control en la aceptación de premisas. Es lo que Aristóteles llamaba dialéctica.³⁴ La tópica tiene su origen en la llamada argumentación retórica, la cual no trata de solucionar problemas partiendo de un sistema, sino de hallar las premisas de solución que convencen al interlocutor y que, por tanto, pueden ser fijadas como inamovibles o —al menos— como punto de partida para la argumentación. Este modo de proceder —que Viehweg califica como de muy usual no sólo en el ámbito de la jurisprudencia— está en contradicción con el método crítico, el cual para Vico ya constituía un procedimiento pobre e inaceptable por “la pobreza de lenguaje e inmadurez de juicio”.³⁵ En virtud de la tópica se trata de hallar procedimientos verosímiles, que —aunque opinables— son susceptibles de ser puestos de referencia en la discusión. Es lo que Aristóteles llama endoxa, “proposiciones que parecen verdaderas a todos o a la mayor parte o a los sabios y, de éstos, también a todos o a la mayor parte, o a los más conocidos y famosos”.³⁶ Por lo tanto, la tópica se basa en el argumento *ab auctoritate* y no en el argumento *ex ratione*. No es de extrañar, por ende, que Viehweg acepte que sea “poco apreciada por la ciencia moderna”.³⁷ La tópica no puede ser considerada como una ciencia, ya que ella no pretende serlo. Se trata sólo de una técnica para encontrar premisas adecuadas a un problema con vistas a su solución. En este sentido, tiene poco que ver con la idea de sistema, característica de la ciencia, y con la idea de la lógica que todo sistema trata de reflejar:

Cuando se logra establecer un sistema deductivo —sostiene Viehweg—, al que toda ciencia debe aspirar desde el punto de vista lógico, la

³¹ Viehweg, *op. cit. supra* nota 11, p. 58.

³² *Idem*, p. 49.

³³ *Idem*, p. 60.

³⁴ *Idem*, p. 61.

³⁵ *Idem*, p. 27.

³⁶ Aristóteles, *Top.* I, 1, 5. Cit. por Viehweg, *idem*, p. 36.

³⁷ *Idem*, p. 59.

tópica tiene que ser abandonada. Tal vez en la selección de las proposiciones centrales pueda conservar alguna importancia, sobre todo en ciertos campos. Pero el fenómeno lógico de la conclusión es algo completamente distinto. La deducción hace innecesaria la invención. El sistema asume la dirección y decide por sí solo sobre el sentido de cada cuestión. Sus proposiciones son enteramente lógicas y estrictamente demostrables, es decir “verdaderas” o “falsas” “en el sentido de una lógica bivalente”. Por el contrario, en la tónica se emplean proposiciones de las que se puede aplicar calificativos como “defendible”, “indefendible”, “apenas defendible”, “todavía defendible”, etcétera.³⁸

El método de la tónica ha sido utilizado a lo largo de la historia y ha hecho posible un gran desarrollo de la jurisprudencia. En el derecho romano ha encontrado una gran aplicación, pues el modo de proceder de los juristas romanos—que según Savigny es como si en un caso cualquiera fuera el arranque de toda la ciencia— es precisamente lo que constituye la tónica. No partían de un sistema ya establecido, sino que encontraban las soluciones por medio de un “estilo especial de búsqueda de premisas, que, con apoyo en puntos de vista probados, sea inventiva”.³⁹ Las colecciones de *regulae* no son sino colecciones o catálogos de *topoi* o “lugares comunes” utilizados y utilizables en la argumentación. El lugar común expresado en la *regula* es el principio inspirador de la solución que se ha dado a un problema o a un ámbito problemático. La tónica también fue aplicada en el llamado *mos italicus*, aunque aquí la evolución del tratamiento de los problemas jurídicos pueda plantear algunas discrepancias. Según Viehweg la aportación de la escolástica a la jurisprudencia en la dirección del pensamiento sistemático no es aceptable, siendo rechazable el excesivo paralelismo entre jurisprudencia y teología.⁴⁰ La estructura de la *Summa theologiae* de santo Tomás recuerda, por el contrario, el género de discusión que se desenvuelve en la tónica: “La usualmente llamada forma escolástica —sostiene Viehweg— lleva con fines escolares el estilo de reflexión de búsqueda de premisas a una fórmula, es decir, ofrece un esquema tónico.”⁴¹ De ahí concluye el mencionado autor que ha existido muy poca influencia del pensamiento sistemático en la escolástica, y que en este sentido la idea de sistema no tiene una de sus raíces en la influencia teológica sobre la jurisprudencia. Según mi parecer, Viehweg con-

³⁸ *Idem*, p. 63.

³⁹ *Idem*, p. 73.

⁴⁰ *Idem*, pp. 91 y ss.

⁴¹ *Idem*, p. 96.

funde aquí el tratamiento pedagógico en la escolástica y la estructura del pensamiento de la misma. El tratamiento pedagógico, que se concreta en la manera de exponer de las *Summae*, puede ser quizá calificado de "tópico" si con ello se quiere decir que está guiado por el esquema de lo que es una discusión, una *disputatio*. Pero argumentar así tiene un peligro, que consiste en que semejante forma de exposición puede ser aplicada a cualesquiera objetos de conocimiento, ya que no existe ningún objeto de conocimiento sobre el cual no se pueda discutir. Parece claro que en la escolástica tiene un gran peso el argumento *ab auctoritate*, pero esto no está referido con la idea de sistema, ya que lo que trata el método escolástico es, en definitiva, introducir —aunque sea subordinadamente— la *ratio* en la *auctoritas*. Es indudable que el esquema básico general de la escolástica se apoya en la *auctoritas*, pero no hay que perder de vista el inmenso esfuerzo "filosófico" y sistemático que aportó aquélla. Esto no significa restar importancia a la tópica (que constituye un instrumento apreciable de comprensión de la praxis jurídica), por el contrario, destaca los límites a este planteamiento metodológico.

El intento de aclaración de lo que constituye la tópica que ha realizado Viehweg está presidido por lo que bien podría denominarse "obsesión anti-sistemática".⁴² La destrucción de la idea de sistema, por él intentada, se basa en la equiparación de sistema y sistema lógico-deductivo, de ahí que contraponga tópica y axiomática. Es preciso hacer aquí algunas aclaraciones.

a) Viehweg mezcla en un mismo saco el problema de la técnica jurídica y el de la ciencia del derecho; de que la primera no pueda ser sistemática deduce que ésta ha de ser tópica.

b) Pretende además elevar a ciencia la técnica jurídica y en ocasiones equipararlas, no distinguiendo suficientemente el papel que juega el problema de la decisión en cada una de ellas. a Viehweg se le escapa, en efecto, el que la decisión está siempre presente en la técnica, pero sólo latente en la ciencia jurídica.

c) En cuanto al sistema, hay que decir que parece bastante claro que no puede existir un sistema de carácter lógico-deductivo de proposiciones deónticas, ni tampoco un sistema que "segregue", por decirlo así, las decisiones jurídicas particulares. De eso a negar que no existe la posibilidad de crear un sistema jurídico que armonice los contenidos de sentido de todas las proposiciones lingüísticas en que puede traducirse un determinado derecho positivo, hay un abismo. La

⁴² *Idem*, pp. 111 y ss.

idea de sistema no es parangonable en este sentido con la de sistema lógico-deductivo.⁴³

d) Para Viehweg, el “pensamiento interpretativo tiene que moverse dentro del estilo de la tópica”.⁴⁴ En mi opinión es correcta justamente la tesis contraria: es la tópica la que se mueve dentro del pensamiento interpretativo. Es la que afecta a determinados aspectos de la realidad humana, aunque no a todos. La interpretación, por el contrario, está en la base de la vida de los hombres de un modo permanente.

e) La tópica, por otro lado, pretende ser —y quizás lo sea— una teoría de la práctica, pero una teoría que no puede nunca sustituir ni a la dogmática jurídica ni a la ciencia del derecho. Es, de esta forma, un instrumento “cuasidoméstico” de los juristas.

f) Si la tópica se agota en la búsqueda de las premisas y no se plantea la aplicación de las mismas ni su posible axiomatización, entonces quiere decir que carece de sentido presentar un panorama en el que la una excluya a la otra. Como dice U. Neumann “La tópica y la axiomática no se excluyen en absoluto; la tópica trata de la elección de las proposiciones, a la axiomatización le corresponde su ordenación”.⁴⁵

g) La tópica tiene como tarea buscar o elegir las premisas desde las cuales es posible conseguir la justicia del caso concreto. Apegada a la realidad tiene siempre en cuenta el problema que hay que resolver y los “lugares comunes” que, en la argumentación, se manifiestan como apropiados. Ahora bien, hablar de estos “lugares comunes” supone la existencia de una sociedad predominantemente estable donde exista una *communis opinio* en torno a las principales cuestiones que afectan a la organización de la convivencia social. Esta cualidad no es fácilmente atribuible a nuestra sociedad, la cual no sólo es conflictiva, sino fundamentalmente pluralista. La tópica se conecta así con la necesidad de consenso. Éste se constituye en un presupuesto de la tópica que Viehweg no señala, porque quizá sus fuentes de inspiración proceden de épocas en que tal consenso era —por decirlo de alguna manera— “natural”.

⁴³ En este sentido observa Kriele, con razón, que los “catálogos de *topoi*” ya constituyen un sistema en sí, o al menos una “sistemización” de la materia jurídica. Y añade: “‘*Topik*’ gegen ‘*System*’ auszuspielen, wäre historisch verfehlt, denn *Topoi-Kataloge* waren —von Aristoteles bis in die Neuzeit— fast immer mehr oder weniger rudimentäre Systeme ... Die These vom topischen Denken wendet sich gegen das dogmatische System, sondern gegen das Vorurteil, ein System könne vollständig und endgültig sein. Sie plädiert für ‘Systemoffenheit’ ...” (*Theorie der rechtsgewinnung*, op. cit. supra nota 17, p. 150).

⁴⁴ Viehweg, op. cit. supra nota 11, p. 118.

⁴⁵ Neumann, Ulfrid, “Formalisierung und axiomatisierung von Rechtssätzen, en Kaufmann A., y W. Hassemer, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, ya cit., p. 138.

h) La objeción más grave que puede hacerse a la tópica es la siguiente: Que no garantiza en modo alguno la objetividad en el proceso de decisión y, sin embargo, se presenta a sí misma como el único camino adecuado para conseguirla. Encubre de esta manera la conexión que necesariamente existe entre la técnica de la decisión jurídica y la política y, en definitiva, se convierte por este camino en una legitimación de la arbitrariedad o, si se prefiere utilizar una expresión más suave, en una justificación del proceso de decisión y de la decisión misma.

VI. TÓPICA Y DERECHO NATURAL

Uno de los problemas más interesantes que se plantean en relación con la tópica, es el de examinar sus relaciones no con el modo de actuar de los juristas en la realización del derecho y en la búsqueda de las premisas adecuadas para dar solución a problemas concretos, sino con el modo de proceder del pensamiento en general, esto es, con la filosofía y, en nuestro campo, con la filosofía del derecho.

Nicolai Hartmann es quien más claramente ha planteado el problema de la distinción entre dos formas de actuación intelectuales, que él denomina "pensamiento sistemático" y "pensamiento aporético"; distinción a la que ya hemos hecho referencia. Para Hartmann "la forma de pensar sistemática tiene como punto de partida la idea de la totalidad. La concepción global es así lo primero y permanece como elemento dominante ... Los problemas que no encajan en el punto de vista adoptado son rechazados".⁴⁶ La manera de pensar aporética "procede justamente al contrario. Los problemas son, para ella, sagrados... No tiene en cuenta otra finalidad de la investigación que el seguimiento de los problemas mismos ... El sistema no es algo indiferente, sino que tiene valor como idea, como panorámica...".⁴⁷ Según las propias palabras de Hartmann, no es que el pensamiento aporético rechace la idea de sistema. Al contrario, la aprecia y la mantiene, aunque sea de una forma latente, como idea, como panorama general. No puede ser de otra forma si se tiene en cuenta que el pensamiento humano —por su propia naturaleza— tiende a la unidad. Y por otra parte, no es que en el pensamiento axiomático se pierda de vista el problema, lo cual sería verdaderamente absurdo, ya que el sistema es

⁴⁶ Hartmann, Nicolai, "Diesseits von idealismus und realismus", *Kant studien*, XXIX, 1924, p. 163.

⁴⁷ *Idem*, p. 164.

elaborado precisamente con la finalidad de resolver problemas. La distinción entre pensamiento aporético y pensamiento axiomático se basa, por consiguiente, en una diferente manera de comprender la relación entre problema y sistema. Para el primero, el punto de partida y la preocupación constante es el problema, siendo la idea de sistema un resultado de lo pensado sobre los problemas, a la vez que un patrimonio de directrices abierto para el futuro en orden a la solución de nuevos problemas. Para el segundo, la balanza se inclina decididamente hacia el sistema como punto de partida para examinar y enjuiciar la realidad. El problema no desaparece de la consideración, pero aquí sólo es relevante en cuanto puede ser tratado en el ámbito del sistema. Si éste no es susceptible de encajar el problema en su seno, entonces peor para el problema, ya que no sólo no encuentra solución, sino que —desde el punto de vista que tiene relevancia— el problema no es un auténtico problema, sino un “seudoproblema”. El pensamiento problemático está, de esta forma, más apegado a la realidad de la praxis vital, de tal manera que es ésta la que impone las condiciones del tratamiento teórico, mientras que el modo de pensar axiomático se centra en la exigencia de ser fiel a un determinado planteamiento intelectual, definido en cierto modo con independencia de la realidad vital. Esto no quiere decir que el pensamiento aporético no suponga una determinada concepción del conocimiento y, por tanto, un esquema epistemológico en el que se inserta. Como forma de pensar, supone ciertamente todo ello.

La distinción aludida tiene también su importancia en el ámbito de la filosofía general. Existen modos de hacer filosofía cuyo punto de partida es el sistema constituido racionalmente y donde el tratamiento de los problemas concretos sólo es posible si el sistema se hace cargo de ellos; pero también hay modos de proceder filosóficos consistentes en extraer enseñanzas teóricas de la praxis, de la realidad vital. Estos dos modos de proceder recorren la historia de la filosofía, sin que al parecer sea posible su conciliación. En la filosofía del derecho ocurre igual, también en su forma metafísica que es la teoría del derecho natural.

La teoría del derecho natural constituye la única forma de filosofía del derecho existente hasta la aparición de la mentalidad positivista y del esquema historicista. Pero bajo un mismo planteamiento metafísico del estudio de la realidad jurídica se ha desenvuelto por muy diversos cauces metodológicos. Desde el punto de vista de la distinción entre pensamiento aporético y pensamiento axiomático puede establecerse también una línea divisoria entre aquellas concepciones iusna-

turalistas obsesionadas por la idea de sistema y aquellas otras que, apegadas a la realidad social y política, pretenden proporcionar las bases teóricas que hagan posible una praxis jurídica justa. En este sentido puede decirse que existe una vía del derecho natural axiomático y otra del derecho natural aporético. El prototipo de este último lo constituye el denominado por Michel Villey "derecho natural clásico" cuya raíz hay que encontrarla en la filosofía de la práctica de Aristóteles, que después desarrollaría la escolástica, y en especial santo Tomás de Aquino. Aristóteles —en contraposición con Platón— no concibe el derecho natural como idea, sino como entelequia, esto es, como concreción de la justicia en la realidad natural de la *polis*. Es de la praxis de los procesos de decisión de donde se extraen los criterios de justicia y es en la realidad del derecho ajustado a los problemas vitales donde ésta tiene propiamente su asiento.

¿Quiere esto decir que la tópica es la expresión pura y simple de un modo de pensar iusnaturalista y además dentro de éste del llamado derecho natural clásico? Una pregunta similar ha planteado Martín Kriele, y ha contestado de la siguiente manera:

No toda concepción antipositivista es, sin más, tópica. Especialmente, la tesis de la tópica no significa en modo alguno una profesión de fe iusnaturalista o un acatamiento de la filosofía de los valores o algo similar, sino que rechaza estas formas de pensar en la medida en que exigen conocer normas dadas de antemano y de las cuales puedan deducirse resultados jurídicos. La tesis de la tópica está abierta a todas las posibles concepciones filosófico-jurídicas, sin exclusión del relativismo.⁴⁸

Esta respuesta es más que discutible. Que la tópica sea compatible con toda forma de filosofía del derecho sólo podría aceptarse en el supuesto de que se aprobara que toda filosofía del derecho es una filosofía de la práctica. Y además que toda filosofía de la práctica sólo es posible de elaborarse desde un tratamiento tópico. Pero, desde mi punto de vista, no puede mantenerse ni lo uno ni lo otro. No toda filosofía del derecho es una filosofía de la práctica, ya que la filosofía del derecho del positivismo no trata de construirse sobre el dato de la praxis, sino ante todo sobre el dato de la ciencia. La filosofía del derecho del positivismo es, antes que nada, una teoría de las ciencias jurídicas, y éstas tienen por misión no orientar la praxis, sino tan sólo describir y conocer los fenómenos, algunos de los cuales —no todos— se dan direc-

⁴⁸ Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, *op. cit. supra* nota 17, p. 150.

tamente en la praxis. Este descriptivismo científico marca la distinción positivista entre la teoría y la práctica. La tónica, en cuanto que es una técnica para resolver problemas concretos, tiene poco que ver con una posición filosófico-jurídica que se abstrae de la praxis para reflexionar sobre el dato de las ciencias descriptivas. Además de lo señalado, hay que añadir que no toda filosofía de la práctica requiere necesariamente de un modo de proceder tónico, como lo demuestra la *iuris naturalis scientia* de la Edad Moderna. La geometrización del conocimiento jurídico en el derecho natural moderno y el consiguiente empleo del método axiomático en su tratamiento demuestra que una filosofía de la práctica puede ser elaborada también axiomáticamente.

Que la tónica pueda o no ser conciliable con el relativismo depende de cómo se entienda éste. Pero si por relativismo ha de entenderse que sobre los valores —y por consiguiente sobre la justicia o la injusticia de una decisión jurídica— no puede afirmarse nada científicamente; o dicho de forma más clara, si por relativismo hay que entender la postura según la cual la ciencia no puede valorar, es obvio que la tónica es incompatible con el relativismo, ya que lo que ella se propone es encontrar la solución “justa” al problema concreto.

La tónica tiene sus raíces en Aristóteles, y el derecho natural aristotélico constituye, en mi opinión, una prolongación al ámbito especulativo más general del esquema tónico. Si el derecho natural aristotélico es considerado como una justificación del proceso de decisión, la tónica no constituye sino el mecanismo interno de dicho proceso. Y si además se piensa que el derecho natural aristotélico es entendido como la emanación que se consolida en criterios de justicia y que tiene su origen en la praxis de la *polis*, parece justificado afirmar que aquél no es sino una aplicación de la idea general de la tónica, que trasciende en este caso el tratamiento del problema concreto.

Gregorio ROBLES