

BIBLIOGRAFÍA

José OVALLE FAVELA

PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica
y la nueva retórica*..... 1025

de la obligatoriedad de las obligaciones, tales como la modalidad de la obligación, la obligación natural; el segundo está dedicado a las operaciones triangulares, tales como las obligaciones con sujetos múltiples (indivisibilidad, solidaridad, obligación *in solidum*), la transmisión de las obligaciones como la subrogación personal, la novación y la delegación, la cesión de deuda, los modos simplificados de cesión, la asunción de la cesión de contrato.

En resumen, es un excelente libro que merece una lectura detenida, por las interesantes reformas que, aunque en forma muy concreta, se exponen de manera sumamente clara.

Jorge A. SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA

PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de Luis Díez-Picazo), Madrid, Ed. Civitas, 1979, 233 pp.

Para quienes no estamos dedicados al estudio de temas de filosofía del derecho en general, y de lógica jurídica en particular, no deja de sorprender una obra tan rica y significativa como la de Perelman, que se ubica dentro de los grandes clásicos del pensamiento jurídico de nuestro tiempo. Más allá de los campos de trabajo propios de los especialistas, la obra de Perelman interesa, en general, a todos los juristas.

Del libro que ahora reseñamos resulta significativa, en primer término, la notable aproximación de la reflexión filosófica sobre uno de los aspectos técnicos medulares del ejercicio de las profesiones jurídicas, como es el razonamiento jurídico. Es muy estimulante advertir esta orientación tan útil y fecunda de la teoría jurídica hacia la práctica del derecho, que le permite, por un lado, analizar los problemas técnicos que plantea la aplicación del derecho y, por el otro, auxiliar y guiar a quienes tienen a su cargo precisamente esa aplicación.

Como es sabido Perelman ha dedicado la mayor parte de sus esfuerzos al estudio de las técnicas de argumentación jurídica. Coautor con la señora Olbrechts-Tyteca del conocido *Traité de l'argumentation* Ed. de l'Université de Bruxelles (1958, con una tercera edición en 1976), y autor de un considerable número de libros y artículos sobre diferentes aspectos del tema, Perelman es también director del Centro de Filosofía del Derecho y del Centro Nacional de Investigaciones de Lógica, ambos de Bélgica. A pesar de su vasta experiencia sobre el tema —o quizá, a causa de ello—, el libro que comentamos ha sido escrito

con un lenguaje preciso y sencillo, producto sin duda de la gran claridad de las ideas del profesor belga. A esta precisión también ha contribuido, en la versión española, la cuidadosa traducción del profesor Díez-Picazo.

En la introducción, Perelman distingue, siguiendo a Aristóteles, dos tipos de razonamiento: el *analítico*, que parte de premisas necesarias o verdaderas y conduce, en virtud de inferencias válidas, a conclusiones igualmente necesarias o verdaderas; y el razonamiento *dialéctico*, que no dirige a establecer demostraciones científicas, sino a guiar deliberaciones y controversias, tratando de persuadir y convencer por medio del discurso. El razonamiento analítico es el estudiado por la lógica formal. La argumentación jurídica, en cambio, se ubica dentro del razonamiento dialéctico y es el objeto de estudio de la lógica jurídica, tal como la entiende Perelman.

Para el profesor belga,

la estructura de la argumentación que sirve de fundamento a una decisión parece muy diferente de la de un silogismo por medio del cual se pasa de unas premisas a una conclusión. Mientras que, en el silogismo, el paso de las premisas a la conclusión es necesario, no ocurre cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión. Este paso no puede ser en modo alguno necesario, pues, si lo fuera, no nos encontraríamos en modo alguno ante una decisión, que supone siempre la posibilidad de decidir de otra manera o de no tomar ninguna decisión (página 11).

No se ocupa el autor, pues, de la llamada lógica deóntica o lógica de las proposiciones normativas, sino del análisis de las técnicas de argumentación jurídica, particularmente de las técnicas de razonamiento judicial.

El razonamiento jurídico, como el dialéctico, se elabora dentro de las controversias, para guiarlas y resolverlas. Para Perelman, lo que distingue al razonamiento jurídico es que en las controversias jurídicas, luego de eliminar algunas soluciones carentes de razón o de fundamento, se termina por imponer una solución por vía de autoridad. En las ciencias deductivas el acuerdo se logra recurriendo a las técnicas de cálculo y medida; en cambio en la filosofía y en las ciencias humanas, a falta de acuerdo y de autoridad capaz de cerrar los debates, los participantes suelen permanecer en sus posiciones. "Precisamente porque es casi siempre controvertido, el razonamiento jurídico, frente al razonamiento deductivo puramente formal, sólo muy raramente puede ser considerado como *correcto* o *incorrecto* de una manera que sea por decirlo así impersonal" (página 16).

En la misma introducción, Perelman expone un breve panorama de

la evolución del pensamiento jurídico, hasta la promulgación del Código Napoleón en 1804. Así, después de una breve referencia a los derechos antiguos, manifiesta cómo fueron surgiendo el argumento *a simili* o de subsunción, que trataba de insertar la solución en la tradición; el argumento *a fortiori*, que se apoyaba no en la semejanza del caso, sino de la razón alegada (la llamada *ratio decidendi*); y, en fin, el argumento *a contrario*, que excluía la aplicación de la solución precedentemente prevista, a determinada categoría de sujetos.

La conclusión que obtiene de esta exposición es que

la técnica de razonamiento utilizada en Derecho, cualquiera que sea, no puede desentenderse de la reacción de las conciencias ante la iniquidad del resultado al que el razonamiento lleva. Por el contrario, el esfuerzo de los juristas, a todos los niveles y en toda la historia del derecho, se ha dirigido a conciliar las técnicas del razonamiento jurídico con la justicia o, por lo menos, con la aceptabilidad social de la decisión (página 20).

A la idea de un derecho natural y de un sistema de justicia válido siempre y en todas partes, que tuvo sus orígenes en las civilizaciones antiguas y predominó durante la Edad Media, se opusieron las ideas de Hobbes, Montesquieu y Rousseau, quienes, con diferentes argumentos, afirmaron la limitación del sistema de justicia por las leyes emanadas del soberano, el poder legislativo o la voluntad nacional.

Combinando estas diferentes ideologías, la Revolución francesa llega a identificar el derecho con el conjunto de las leyes, expresión de la soberanía nacional, y el papel de los jueces se reduce al mínimo, en virtud del principio de la separación de los poderes. El poder de juzgar será simplemente el de aplicar el texto de la ley a las situaciones particulares, en virtud de una decisión correcta y sin recurrir a interpretaciones que pongan en peligro de deformación la voluntad del legislador (páginas 28-29).

Como consecuencia de la Ley de 16-24 de agosto de 1790, se establece, por un lado, la obligación de los jueces de motivar sus sentencias, y por el otro, se instaura el tribunal de casación como órgano del cuerpo legislativo encargado de vigilar la fidelidad de los jueces a la ley, a través de la revisión precisamente de la motivación. Esta ley también preveía un recurso general para que los jueces consultaran al cuerpo legislativo cada vez que considerasen necesario interpretar una ley o hacer otra nueva. Pero el Código Napoleón rechazó este recurso al establecer de manera terminante, en su artículo 49: "El juez que rehuse fallar con pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de

la ley podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia.”

En la primera parte del libro que reseñamos, Perelman estudia las “Teorías relativas al razonamiento judicial, especialmente en derecho continental, desde el Código Napoleón hasta nuestros días.” Divide esta primera parte de tres capítulos, en los que estudia sucesivamente la escuela de la exégesis, las concepciones teleológica, funcional y sociológica del derecho, y el razonamiento judicial después de 1945.

El autor considera que la escuela de la exégesis impuso completamente sus técnicas de razonamiento en el derecho continental, básicamente en el periodo que va de 1830 a 1880. Como es sabido, esta escuela pretendió reducir el derecho a la ley, y de manera particular el derecho civil al Código Napoleón, limitando el papel del juez a un mero mecanismo que aplica la ley, preferentemente sin “interpretarla” para no distorsionarla. “Esta concepción fiel a la doctrina de la separación de poderes, identifica el derecho con la ley y encarga a los tribunales la misión de establecer los hechos de los que las consecuencias jurídicas derivarán, teniendo a la vista el sistema de derecho en vigor” (página 38). De esta manera, “una vez establecidos los hechos, basta formular el silogismo judicial, cuya premisa mayor debe estar formada por las reglas de derecho apropiadas y la menor por la comprobación de que se han cumplido las condiciones previstas en la regla, de manera que la decisión viene dada por la conclusión del silogismo” (página 39).

Establecido el carácter formal, completo y coherente del sistema jurídico, los juristas de la escuela de la exégesis trataron de limitar el papel del juez al establecimiento de los hechos y su subsunción en la norma jurídica general aplicable. En este capítulo, el autor muestra los principales aspectos en los que la concepción exegetica tuvo mayores dificultades para conciliar sus postulados con la realidad jurídica, desde los problemas que plantea la prueba de los hechos, hasta las evidentes limitaciones de la ley, manifestadas en la necesidad de interpretarla, la existencia de antinomias y la presencia de las llamadas lagunas de la ley.

En el capítulo segundo, Perelman analiza las concepciones teleológica, funcional y sociológica del derecho. Explica cómo en la segunda mitad del siglo XIX, a consecuencia de los esfuerzos de la escuela histórica de Savigny y de los estudios sobre el derecho romano, se produjo un cambio de perspectiva y se introdujo una visión funcional del derecho, que dominó hasta finales del siglo. De acuerdo con esta concepción, el derecho no es sólo un sistema más o menos cerrado que los jueces se limitan a aplicar, es un medio del que se vale el legislador para buscar determinados fines y valores, formulando reglas de conducta, por lo que el juez debe limitarse a la simple deducción

de las reglas, sino que debe buscar satisfacer la voluntad del legislador, el fin perseguido, el "espíritu" de la ley. En este mismo capítulo, Perelman refiere los trece tipos de argumentos que el profesor Tarello expuso en una conferencia destinada a estudiar la especificidad del razonamiento jurídico. Resulta interesante esta cantidad de recursos argumentativos, que tienen por objeto interpretar los textos legales en función de la "intención" atribuida al legislador. Además de esta gama de argumentos, el legislador también suele recurrir a las presunciones absolutas o *iuris et de iure*, y en ocasiones el juzgador llega al extremo de utilizar ficciones jurídicas cuando considera injusta la aplicación estricta de la ley. Esto último ocurre sobre todo con el jurado popular cuando, para evitar la aplicación de una ley que considera injusta, llega a desconocer los hechos, por evidentes que éstos resulten. Se puede advertir que en este capítulo el autor alude sobre todo a las concepciones funcional y teleológica, más que a la sociológica, es decir, a la concepción denominada de la jurisprudencia sociológica.

En el siguiente capítulo, Perelman se refiere al razonamiento judicial después de 1945. Pone de manifiesto la reacción que, después de la última guerra mundial, se ha producido contra el positivismo jurídico, tanto conra su primera manifestación en la escuela de la exégesis y en la concepción analítica y deductiva del derecho, como contra la escuela funcional o teleológica. Incluso la más elaborada de las concepciones positivistas, la teoría pura del derecho, ha resultado inadecuada para explicar las nuevas realidades jurídicas:

Mientras la práctica jurídica no se ha separado demasiado de los usos, hábitos e instituciones sociales y culturales del medio regido por un sistema de derecho dado, la concepción positivista podía expresar de modo suficiente la realidad del fenómeno jurídico. Sin embargo, con el advenimiento de un Estado criminal como fue el Estado nacionalsocialista, incluso a positivistas probados como Gustavo Radbruch les fue imposible seguir la tesis de que "la ley es la ley" y que el juez debe ajustarse a ella en todo caso (página 96).

Para Perelman, los sucesos ocurridos en Alemania después de 1933 pusieron de manifiesto que no es posible identificar el derecho con la ley y que existen determinados principios y valores que se imponen a quienes operan, ya como legisladores, administradores o juzgadores, el sistema jurídico. Por este motivo, el juzgador ya no puede considerarse satisfecho con sólo motivar legalmente sus decisiones, sino que, aparte de ello, deben procurar que aquellas sean justas o, al menos, razonables. Sin dejar de estar sujeto al ordenamiento jurídico, el juez ya no debe contentarse con asumir una vaga y aparentemente neutra legalidad, sino que debe buscar el apoyo de sus decisiones también en va-

lores, como el de la justicia, y en principios generales del derecho. En la segunda posguerra han venido surgiendo nuevos criterios y expedientes que tienden a relativizar y hacer flexible la interpretación de los textos legales, tales como los citados principios generales, la teoría del abuso del derecho, la noción de orden público, etcétera.

Para analizar las nuevas construcciones jurídicas que tratan de guiar la actividad de los tribunales, el autor recurre a la exposición de Esser. De acuerdo con Perelman, el

conjunto de estos nuevos estudios se caracteriza por el hecho de que, constituyendo todos ellos una reacción contra el positivismo jurídico, no se fundan en ninguna ideología previa, ni en ninguna teoría acerca del derecho natural, sino que resultan de un análisis del razonamiento judicial y de una reflexión de orden esencialmente metodológico (página 112).

En esencia, la teoría que Esser trata de elaborar procura una conjunción dialéctica entre la exigencia de motivación legal —como lo quiere el positivismo— y la necesidad de otorgar un carácter justo y razonable a las determinaciones judiciales. Desde esta perspectiva, el razonamiento jurídico deja de ser “una simple deducción lógica cuya conclusión tenga que imponerse”, como lo señalaba la escuela de la exégesis; reconociendo el carácter controvertible de la interpretación jurídica, procura encontrar, dentro del sistema de derecho, la solución más justa y razonable: “la tarea que al juez se impone es, pues, la búsqueda de una síntesis, en la que se tenga en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el derecho” (página 114).

Pero el valor de la solución no debe depender exclusivamente de la ideología, las creencias y las actitudes individuales de cada juez. Para orientar la discusión de los valores insertos en las soluciones judiciales, las nuevas teorías proponen recurrir a los principios generales del derecho, las máximas y los tópicos jurídicos. De estos últimos, cita algunos de los que ha recopilado Gerhard Struck, en su *Topische Jurisprudenz* (páginas 120-128). Frente a la principal crítica que se hace contra la vaguedad y relatividad de estos tópicos, Perelman sostiene que el recurso a éstos permite el desarrollo de argumentos y controversias, que dan un carácter más reflexivo y satisfactorio a la decisión tomada:

Si bien es verdad que gracias a los tópicos jurídicos, el juez va a disponer de una mayor libertad en la interpretación de los textos legales y en su flexibilización, esta libertad, en lugar de conducir a la arbitrariedad, aumenta los medios intelectuales que el juez dispone para la búsqueda de una solución razonable, aceptable y equitativa (página 129).

La segunda y última parte del libro de Perelman la denomina "Lógica jurídica y nueva retórica" y la divide en dos capítulos, a saber: "La nueva retórica y los valores", y "La lógica jurídica y la argumentación". Entiende a la retórica como la disciplina "que tiene por objeto el estudio de técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se presenten para su asentimiento" (página 139). En el primero de los dos capítulos mencionados el autor aborda precisamente diferentes aspectos relacionados con la retórica: el auditorio al que se dirige el discurso; las clases de discursos (deliberativo, judicial y epidítico); el uso del lenguaje y de la persuasión para lograr la adhesión; la exclusión de la petición de principio y el manejo de las tesis de partida; la presencia que el expositor da a los hechos, valores y lugares comunes; algunas nociones sobre las técnicas de argumentación (de enlace y de disociación de nociones) y, en fin, la organización del discurso.

En el último capítulo Perelman reasume y deja explícitas algunas de las conclusiones que derivan de la aplicación de las técnicas de razonamiento a la argumentación judicial. El autor comienza por indicar que

el razonamiento judicial se dirige a establecer y justificar la solución autorizada de una controversia, en la cual una serie de argumentaciones producidas en diversos sentidos y manejadas conforme a unos procedimientos impuestos, tratan de hacer valer, en situaciones variadas, un valor o un compromiso entre valores, que puedan ser aceptados en un medio y en un momento dados (página 177).

Perelman distingue tres fases del razonamiento judicial. En la primera, que es la anterior a la Revolución francesa, el razonamiento judicial puso el acento sobre el carácter justo de la solución, sin conceder importancia a la motivación. Después de la Revolución francesa, y durante más de un siglo, se puso en primer plano la legalidad y la motivación, se acentuó el aspecto sistemático del derecho y el aspecto deductivo del razonamiento judicial. Fue cuando se quiso reducir la formulación de la sentencia a un silogismo lógico. Por último, después de la Segunda Guerra Mundial se asiste a una reacción que trata de conciliar la legalidad con la justicia, la motivación jurídica con la equidad, la sujeción al derecho con el carácter razonable de la decisión judicial:

Para realizar la síntesis entre la equidad y la ley, se permite [al juez] flexibilizar esta última, merced a la intervención creciente de reglas de derecho no escritas, representadas por los principios generales del derecho y por la toma en consideración de los tópicos jurídicos. Esta

nueva concepción acrecienta la importancia del derecho pretorio y hace del juez el auxiliar y el complemento indispensable del legislador e, inevitablemente, aproxima la concepción continental del derecho a la concepción anglosajona regida por la tradición del *Common Law* (página 179).

Son numerosas e interesantes las consideraciones conclusivas que el autor expone en este último capítulo; pero para no prolongar demasiado esta reseña conviene detenernos en dos de ellas. Por un lado, Perelman considera que el "razonamiento jurídico se manifiesta por antonomasia en el procedimiento judicial" (página 201). Es en él donde el juez debe aplicar el derecho, interpretando y reinterpretando la ley, flexibilizándola; y debe, asimismo, motivar su decisión, recurriendo a las técnicas de argumentación, de persuasión, de convencimiento. Pero también cabe agregar que en el procedimiento judicial las partes, y en especial sus abogados, van a desarrollar técnicas de persuasión para tratar de lograr la adhesión del juez a sus tesis. La otra conclusión vuelve a insistir sobre el papel central del razonamiento judicial y del proceso y nos interesa recogerla completa:

Por virtud de su misma existencia y de la controversia que pone de manifiesto, el proceso constituye una puesta en cuestión o una nueva puesta en cuestión de las situaciones y prioridades existentes. La vida del derecho se manifiesta mucho más en los procesos, donde las cuestiones de derecho deben ser precisadas y resueltas, que en los debates parlamentarios referentes a nuevos textos legislativos, que con frecuencia no hacen otra cosa que prolongar los debates judiciales. En el Parlamento los argumentos que se utilizan son más de orden social, moral o político que de orden jurídico, pues el papel del Parlamento no es decir el derecho existente, sino establecerlo. Ésta es la razón, por otra parte, por la que hay que considerar que el razonamiento judicial, más que cualquiera otra argumentación, es lo que es específico de la lógica jurídica (página 212).

José OVALLE FAVELA

Pizzorusso, Alessandro, *L'organizzazione della giustizia in Italia; la magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Turín, Giulio Einaudi Editore, 1982, 201 pp.

Seguramente una de las mayores virtudes de Pizzorusso que ahora comentamos, consiste en que logra presentar un panorama completo y actualizado de la administración de justicia en Italia. Entre las dificultades que el autor ha tenido que afrontar, está la dispersión y la ambi-