

SOBRE LA TÓPICA JURÍDICA EN VIEHWEG

ABOUT VIEHWEG'S TOPICS AND LAW

Pablo Sanz Bayón*

Resumen: El presente artículo realiza una aproximación a la tópica jurídica de Theodor Viehweg con el objeto de reivindicar su contribución a la ciencia del derecho. Se estudiarán los fundamentos de su teoría tópica a través de su desarrollo en Aristóteles, Cicerón y Vico, así como su pervivencia desde el *ius civile* y el *mos italicus* hasta la moderna doctrina civilista. Por otro lado, se ofrecerá una panorámica de las principales críticas recibidas por el pensamiento tópico por parte de la metodología sistemática y formalista. Se concluirá la reflexión abriendo el debate sobre la pérdida de vigencia del método tópico y su relación con la aporía fundamental de la justicia, el Estado moderno y la práctica del derecho.

Abstract: This article is an approach to the legal topics of Theodor Viehweg in order to vindicate his contribution to the jurisprudence. Therefore, we study the basics of his legal topics theory through its development in Aristotle, Cicero and Vico, and its survival from the *ius civile* and *mos italicus* to modern civil doctrine. On the other hand, the article provides an overview of the main criticism against legal topics thought by the systematic and formalist methodology. Our reflection will conclude by opening the debate on the loss of relevance of legal topics and its relation to the fundamental problem of justice, the modern State and the practice of law.

Palabras clave: Tópica, teorías de la argumentación, ciencia del derecho, pensamiento problemático, discurso jurídico, racionalidad.

Key words: Legal Topics, Theories of Legal Argumentation, Jurisprudence, Problematic Thinking, Legal Discourse, Rationality.

Fecha de recepción: 02-04-2013

Fecha de aceptación: 10-04-2013

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes debates de la filosofía jurídica versa sobre la consideración del derecho como ciencia. A este respecto, no son pocos los autores modernos que han discutido la conveniencia de los métodos lógico-jurídicos formalistas para fundamentar científicamente al derecho bajo un sistema cerrado y forjado axiomáticamente. Entre los teóricos que fueron contra esa ilusión de certeza y aplicabilidad mecánica del derecho destacó con nombre propio el alemán Theodor Viehweg¹, quién en 1953 escribió "Tópica y

* Becario FPU, Área de Derecho Económico y Social, Facultad de Derecho, Universidad Pontificia de Comillas (España). psbayon@der.upcomillas.es

¹ (Leipzig, 1907- Maguncia, 1988). En 1945, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se estableció en una localidad cercana a Múnich, donde descubrió una biblioteca escondida dentro de un claustro. Este hallazgo le permitió iniciar una minuciosa investigación que tuvo como producto final su obra *Tópica y jurisprudencia* (publicada en 1953) que presentaría en la Universidad de Múnich para la obtención del título de libre docencia. En 1949, junto a Rudolf Laun volvió a fundar el *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* y logró transformarlo en una de las revistas de

Jurisprudencia"², un ensayo de inusitado éxito editorial que sentó las bases a partir de las cuales se desarrollarían en Europa las distintas corrientes acerca de la argumentación jurídica³.

Viehweg redescubre la tópica, enlazada con la retórica, como el arte de descubrir argumentos y debatir cuestiones que son básicamente problemáticas. La obra en cuestión se centra en reivindicar el interés que para la teoría y la práctica jurídica tiene la resurrección del modo de pensar tópico⁴. Sin embargo, no faltaron autores ni escuelas críticos con esta aproximación problemática al derecho. Por eso, frente a la imagen de Viehweg como un autor ajeno a los requerimientos del rigor metodológico sistemático moderno, este trabajo se propone defender: (1) Que su contribución hay que considerarla especialmente relevante en lo que atañe a los intentos para rehabilitar una racionalidad práctica. La preocupación por el problema del método jurídico es una constante en el pensamiento de Viehweg, lo cual se desprende de la obra mencionada y por su propuesta de integrar la tópica en el derecho moderno y (2) Que el pensamiento de Viehweg no puede ser calificado de ningún modo como meramente retórico, por cuanto su obra supone un intento de proyectar un conjunto de principios a los tópicos argumentativos de la ciencia jurídica que proceden de las fuentes clásicas grecorromanas.

Para desenvolver esta posición se procederá a abordar, por vía de una aproximación recíproca, tres puntos correlativos. Por una parte, sintetizando los aspectos centrales de la tópica jurídica en la obra de Viehweg, a partir de sus fuentes originarias (Aristóteles, Cicerón y Vico) y su pervivencia desde el *ius civile* y el *mos italicus* hasta la doctrina civilista moderna. Por otra parte, ofreciendo una panorámica de las principales observaciones críticas que se

filosofía jurídica más importantes del mundo. Desde 1962, impartiría clases de filosofía del derecho en la Universidad de Maguncia.

² *Topik und jurisprudenzen* (1953), publicada en Múnich en su original alemán. Su primera versión en italiano (*Tópica e giurisprudenza*) fue publicada en 1962 por Giuffrè en Milán. Traducida al castellano por Luis Díez Picazo y prologada por Eduardo García de Enterría en 1964, sería editada por Taurus. Para la lectura de los trabajos de este autor desde 1969 a 1988 véase la versión castellana de Jorge M. Seña (con corrección de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling), *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1990. Para el presente trabajo tomamos como referencia la última versión publicada en castellano, editada por Civitas en 2007. Los mejores estudios de la obra de Viehweg en lengua española son de GARCÍA AMADO, con la obra de referencia, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid: Civitas, 1988 y con carácter más sintético un artículo publicado el año anterior, "Tópica, derecho y método jurídico", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 4, 1987, págs. 161-188; y también, FIGA FAURA con su discurso en el acto de recepción como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 7 de junio de 1993 con discurso de contestación de Vallet de Goytisoló: FIGA FAURA, L., "Lógica, tópica y razonamiento jurídico", Madrid, 1993.

³ Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., "Teorías de la argumentación jurídica: una visión retrospectiva de tres autores", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Nº 8, 2004/2005, pág. 273.

⁴ Conforme ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 49 y CORRAL GENICIO, J., "Un diálogo entre juristas: la reivindicación de la tópica para la inexcusable búsqueda de lo justo y razonable en derecho", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Nº 5, 2001/2002, pág. 89.

aducen contra Viehweg y, en general, contra el pensamiento tónico desde la perspectiva sistemática predominante en la ciencia moderna del derecho, de corte formalista y axiomático-deductiva. Por último, se concluirá por vía de síntesis aterrizando el debate en la cuestión de la objetivación del derecho en el Estado, entre cuyos efectos inherentes se encuentra la pérdida de vigencia del método tónico.

2. LA TÓNICA COMO MÉTODO JURÍDICO

En cuanto que parte de la retórica, la tónica tuvo una considerable importancia en la formación antigua y medieval, pues, en efecto, constituía una de las siete artes liberales, integrando el *trivium* junto con la gramática y la dialéctica. En la cultura occidental, la descalificación de la tónica vino motivada por la pérdida de influencia de la formación tradicional, a partir de la consolidación del pensamiento moderno de base racionalista y positivista, bajo la pretendida justificación de que no se adaptaba a los criterios de cientificidad⁵.

Entrado el siglo XX, ante la imposibilidad de dar cuenta de todos estos fenómenos mediante el instrumental técnico de la lógica formal comenzó a formarse un movimiento antiformalista que aglutinó a ciertos pensadores críticos con los postulados del método sistemático aplicados al derecho. En este contexto se encuadran las teorías de la argumentación como la tónica jurídica de Viehweg⁶, la *nouvelle retorique* de Perelman⁷ o la lógica informal de Toulmin⁸. Posiciones antiformalistas o “paralógicas” que abrirían el debate contemporáneo sobre la lógica del derecho, al que se sumarían luego Giuliani, Struck, Engisch, Esser⁹ o Kriele¹⁰. En el ámbito español destacaría Recasens-

⁵ Cfr. ATIENZA, cit., pág. 53.

⁶ A partir de la obra fundacional de Viehweg, la tónica tendría sucesivos desarrollos, tanto por los artículos publicados por Viehweg desde 1960 hasta su fallecimiento en 1988, como por diversos autores como Ballweg (1970), Rodingen (1977), Scherenckenberger (1978), Seibert (1980) o Haft (1985). Como se refiere ATIENZA, cit., pág. 61, siguiendo a Neumann, todos estos autores destacarían la prevalencia del nivel pragmático del lenguaje frente al sintáctico y semántico, la acentuación del carácter de dependencia con respecto a la situación de toda argumentación y la crítica a la ontologización a la que lleva una comprensión ingenua del lenguaje.

⁷ Como señala VELASCO ARROYO, J.C., "El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas", *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, N° 21, 1999, pág. 55, la nueva retórica de Perelman ha ejercido durante mucho tiempo de modelo alternativo que, frente a la tradición más formalista representada por Klug (*Juristische Logik*, 1951), trataba de dar cuenta del proceso de decisión allí donde la lógica y, en particular, los razonamientos analíticos o deductivos no resultan suficientes.

⁸ *The Uses of Argument* (1958).

⁹ En *Grundsatz und Norm* (1956) Esser propone las categorías de Viehweg como criterios centrales de una distinción de sistemas jurídicos en el derecho comparado y en la historia. Al analizar el *practicum* de los jueces, observa que frecuentemente resuelven con independencia de la ley, confrontando posteriormente la compatibilidad de su resolución con el derecho positivo. Para evitar esta irracionalidad, la metodología del derecho debe ofrecer medios racionales de obtención del derecho.

¹⁰ *Vid.* VELASCO ARROYO, cit., pág. 55.

Siches¹¹, quién sostendría una concepción de la argumentación y de la interpretación jurídica muy semejante a la de Viehweg¹².

La tópica era conocida en la Antigüedad por Aristóteles y Cicerón, y fue la base alrededor de la cual se edificó la técnica jurídica de los romanos. Según se refiere Viehweg, que toma el término de Vico, este pensamiento problemático (*problemendenken*) fue desenvuelto por la retórica y en la actualidad se distingue de manera inequívoca del pensamiento sistemático (*systemdenken*) de base axiomático-deductiva¹³. Esta importante distinción a su vez se encuadra en el concepto general de ciencia como conjunto de preguntas y respuestas en base a las cuales se articula el conocimiento. Tal articulación dual permite desarrollar dos enfoques según el interés sea situado en la pregunta o en la respuesta, lo que le lleva a postular la existencia de dos ámbitos diferenciados de investigación: el dogmático y el cetético. La diferenciación entre ellos estriba en el tratamiento que dan a los tópicos (*topoi*)¹⁴. Mientras que las disciplinas cetéticas son necesariamente cuestionables por su carácter hipotético, problemático y tentativo, en cambio, bajo un sistema dogmático se preserva un espacio libre de crítica, con lo cual sus premisas y conceptos básicos conformarán un núcleo inatacable e incontestable¹⁵. Así, Viehweg, sin negar la función de la dogmática jurídica, retoma la noción de cetética, de raigambre aristotélica, con el objeto de poner el interés en las preguntas, predicándose una técnica de pensamiento que se orienta al problema como premisa o punto de partida, y en consecuencia, analizando las distintas alternativas mediante tópicos o lugares comunes con el fin de dar una solución a un problema en lo concreto¹⁶. Sin embargo, como pondrá de relieve Viehweg en toda su obra, en el

¹¹ Véase, por ejemplo, de RECASÉNS-SICHES, L., *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX* (vol. 2), México: Porrúa, 1963, págs. 1060-1080, y "La Tópica y Jurisprudencia de Theodor Viehweg", *Dianoia: anuario de Filosofía*, N° 9, 1963, págs. 291-311. Posteriormente, en el ámbito jurídico español, PUY MUÑOZ también abordaría el estudio de la tópica jurídica: *Tópica jurídica*, Santiago de Compostela: Imprenta Paredes, 1984, "Una crítica teórica de la tópica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 6, 1989, págs. 467-474, y "Tópica jurídica y retórica jurídica. Un ensayo de distinción", *Ars Iuris*, N° 31, 2004, págs. 271-303, así como el antes referido discurso de FIGA FAURA, "Lógica, tópica y razonamiento jurídico", *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1993.

¹² Cfr. ATIENZA, cit., pág. 50.

¹³ Cfr. VILLEY, M., *Filosofía del Derecho*, Barcelona: Scire Universitaria, 2003, pág. 165.

¹⁴ Diccionario de la RAE: "5. m. Ret. Lugar común que la retórica antigua convirtió en fórmulas o clichés fijos y admitidos en esquemas formales o conceptuales de que se sirvieron los escritores con frecuencia". En lengua castellana la 5ª definición de la voz "tópico" está conjugada en pretérito, lo cual parece revelar una significación desactualizada, nada concordante con lo desarrollado y pretendido por las nuevas teorías de la argumentación como la de Viehweg.

¹⁵ Vid. CABRERA HERMOSILLO, D., "Las tres formas de pensar la ciencia jurídica y el rol de la justicia en Viehweg", *Sincronía*, N° 2, 2012, pág. 3: "La intención dogmática, entendida como forma de análisis del derecho, sirve a la ciencia del derecho -o jurisprudencia-, e incluso se funde con ella en la medida en que la ciencia jurídica que se configura mediante el desarrollo dogmático que sustenta la base epistémica de su desenvolvimiento".

¹⁶ Un problema es, en palabras de VIEHWEG, cit., pág. 57: "toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar,

derecho existe un problema central que siempre queda intacto, una "aporía fundamental" que se resume en conocer "qué es lo justo cada vez aquí y ahora"¹⁷.

Viehweg desgrana esta cuestión del siguiente modo: si toda la estructura jurídica se explica en razón de la necesidad de resolver problemas, es decir, casos concretos, entonces, la estructura total de la jurisprudencia sólo puede estar determinada desde el problema. En atención a lo cual, sus elementos constitutivos (conceptos y proposiciones) permanecerán ligados a aquél de un modo específico y sólo a partir de dicho problema podrán ser comprendidos y resueltos. Estos conceptos y proposiciones deben ser articulados lógicamente en vinculaciones que permanezcan muy próximas al problema¹⁸. A este respecto, Viehweg diferencia la existencia de una tónica de primer grado y una tónica de segundo grado. Mientras que la primera consiste en la búsqueda y elección del tónico más adecuado al problema, la segunda opera cuando ya existe un catálogo de tónicos, elaborado por el grupo social de forma consensuada¹⁹. Así, de una primera tónica de carácter asistemático que selecciona puntos de vista más o menos ocasionales se pasa a una segunda tónica que adopta un procedimiento sistemático a través del cual la conclusión podrá girar alrededor del problema, evitando la predeterminación formal de unos axiomas predispuestos²⁰.

Este pensamiento problemático es expuesto por Viehweg estableciendo el contraste con el pensamiento sistemático moderno, que se encuadra dentro de la lógica deductiva, en cuyo sistema de axiomas se ha de encontrar necesariamente la solución formal del problema. La cuestión que observa Viehweg es que en relación con la ciencia del derecho dicho método no puede ser completamente admitido porque desatiende la relevancia que para el derecho adquiere la lógica material. En este punto precisamente se encuentra una de las diferencias básicas de la tónica frente a la sistematización que opera con la lógica formal, conforme a la cual no importa si la premisa es verdadera o falsa, sino que esté válidamente estructurada y que permita proceder

conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución".

¹⁷ Como señala RECASENS-SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico*, cit., pág. 1063, la palabra aporía caracteriza precisamente el problema que asedia y resulta inesquivable, "caracteriza la ausencia o carencia de camino, la situación problemática que no se puede hacer un lado, aquella que Boecio tradujo con el término *dubitatio*. La tónica quiere hacer señales o sugerencias, dar consejos respecto de cómo debe uno comportarse en una situación tal, para no quedar varado sin salvación".

Cfr. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1966, págs. 147-148.

¹⁸ VIEHWEG, cit., págs. 152-153.

¹⁹ En opinión de GARCÍA AMADO, *Teorías de la tónica jurídica*, cit., pág. 341 y sigs., el consenso en la tónica se refiere a la selección racional de las premisas y no en la decisión, "como opción concreta basada en la elección de una de las soluciones posibles, y de los argumentos que pueden apoyar esa y no otra de las soluciones en disputa".

²⁰ Vid. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tónica jurídica*, cit., pág. 104 y CORRAL GENICIO, cit., pág. 106.

formalmente de una a otra. Viehweg hace notar que el primer método de pensamiento da más importancia al problema y el segundo, al sistema, haciendo prescindir al operador jurídico de la búsqueda de un punto de vista dentro del problema en su conjunto. Esto se debe a que desde el principio de la formulación el problema ya está adoptado por el propio sistema y es en razón del cual se seleccionan los axiomas que posibilitan su resolución²¹.

Como observaremos más adelante, esta cuestión entraña una serie de objeciones que Viehweg contesta en su obra, reivindicando el interés que para la teoría y la práctica jurídica tiene el resurgimiento del modo de pensar problemático. La tópica, al centrarse en el problema como tal (y no en el sistema ni en su formalidad interna), puede operar válidamente para el razonamiento jurídico puesto que ofrece una fase prelógica o de búsqueda inventiva de premisas, y luego en otra, propiamente lógica, ya orientada a la conclusión.

3. REFERENCIAS HISTÓRICAS DE LA TÓPICA

En apoyo de esta tesis Viehweg realiza una revisión histórica para encontrar el fundamento de esta dicotomía metodológica.

i. En primer lugar Viehweg alude a Vico, quién puso de relieve cómo la estructura espiritual que predominó en la Antigüedad se correspondió claramente con la tópica²². En su obra *De recentiori et antiqua studiorum ratione conciliata* distingue dos métodos científicos, el antiguo o retórico (tópico) y el nuevo o crítico²³. El primero es una herencia de la Antigüedad transmitida a través de Cicerón, que pone su acento en el *sensus communis* o sentido común operando por vía de silogismos. El segundo se corresponde con el inaugurado por Descartes, cuyo punto de partida es el *primum verum*, una primera verdad

²¹ Cfr. RECASENS-SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico*, cit., pág. 1064.

²² En el trabajo de D'ACUNTO, G., "La tópica en Vico como método del razonamiento aporético", *Cuadernos sobre Vico*, N° 21-22, 2008, págs. 73-90, se analiza el método tópico-retórico, definido por Vico y escogido de la tópica jurídica como modelo de razonamiento filosófico, y estudia su carácter de técnica de pensamiento problematista, necesario en la producción de pruebas argumentativas. Otro interesante trabajo es el de POMPA, L., "La función del legislador en Giambattista Vico", *Cuadernos sobre Vico*, N° 5-6, 1995-1996, págs. 139-154, en el que se ofrece un análisis filosófico de la teoría viquiana de las instituciones jurídicas en el que considerando las tesis de Vico sobre el desarrollo de la sociedad y abordando la relación entre las instituciones propias de un determinado momento histórico y las formas jurídicas hace emerger la figura del legislador como personificación del ideal de equidad y de la idea común de justicia, que opera a través del uso de la tópica y de la retórica en la búsqueda de la justo. Otros trabajos para ampliar detalles de la tópica en Vico: HURTADO BAUTISTA, M., "Sobre la tópica jurídica en Giambattista Vico", en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional: libro-homenaje al profesor Antonio Truyol Serra*, 1986, págs. 583-604 y PÉREZ LUÑO, A.E., "Giambattista Vico y el actual debate sobre la argumentación jurídica", *Cuadernos sobre Vico*, N° 5-6, 1995-1996, págs. 123-138.

²³ Para ahondar en la distinción entre el método tópico y el crítico a la luz del paradigma comprensivo de Von Wright, consúltese BACARLETT PÉREZ, M.L., "Giambattista Vico y los antecedentes del paradigma comprensivo", *Convergencia: Revista de ciencias sociales*, N° 48, 2008, págs. 11-27.

indubitable que no puede ser anulada ni siquiera por medio de la duda y que opera con largas deducciones en cadena²⁴.

El punto de la controversia sobre la que giró gran parte de la obra de Vico radicaba en la discusión del fin del método cartesiano consistente en purificar la ciencia de toda sospecha de falsedad, mediante la crítica que arranca del *primum verum*, aun a costa de rechazar lo verosímil y de ahogar el sentido común. A juicio de Vico, el método nuevo o crítico tuvo serias dificultades, un "pérdida de la penetración, marchitamiento de la fantasía y de la retentiva, pobreza del lenguaje e inmadurez de juicio, en resumen, una depravación de lo humano"²⁵. Deficiencias que han de ser suplidas por la tónica, al ofrecer una trama de puntos de vista que enseña al jurista a examinar un estado de cosas desde ángulos muy diferentes.

Respecto del examen que realiza Viehweg de la tónica en Vico cabe traer a colación las observaciones críticas de Vallet de Goytisolo, quién pone en cuestión que el autor alemán hubiese comprendido enteramente el pensamiento del napolitano: "prescinde de discutir los puntos de vista en su teoría del conocimiento, justificándolo por ser un tema que ha sido estudiado en forma sobresaliente por Benedetto Croce, y, esto salvado, se circunscribe a ocuparse, únicamente de la diferente estructura de los mencionados modos de pensar, es decir, del método antiguo y del cartesiano". Para Vallet la interpretación que de Vico hizo Croce carece totalmente de fundamento serio y que por esta razón Viehweg pierde toda la perspectiva del problema planteado por Vico, "y lo que es peor, se coloca en una posición que le imposibilita para llegar a dominarla"²⁶.

En nuestra opinión, Viehweg esboza la tónica en Vico sin entretenerse en detalles específicos. Si bien su examen no es tan pormenorizado como hubiera deseado Vallet -debido sobre todo a la remisión parcial y quizá desafortunada a otros autores como Croce- en lo tocante a puntos fundamentales de la controversia, entendemos que las conclusiones a las que llega Vallet en realidad no difieren excesivamente de las que Viehweg desarrolla al final, aunque ciertamente con menos precisión que el jurista español²⁷. Con todo, intentando aunar las visiones de uno y otro autor, se puede afirmar que para Vico la tónica o método antiguo debe abarcar mayores extensiones, a diferencia del tejido deductivo del método nuevo, crítico o cartesiano, que no recorre sino una

²⁴ Cfr. ATIENZA, cit., pág. 52 y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, cit., pág. 274.

²⁵ VIEHWEG, cit., págs. 34-35.

²⁶ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J.B., "La jurisprudencia y su relación con la tónica en la concepción de Giambattista Vico", *Revista de Estudios Políticos*, N° 206-207, 1976, pág. 128. En la misma línea crítica, FIGA FAURA, cit., pág. 40, quién a raíz del estudio del elemento constitutivo de la tónica -el problema-, considera que Viehweg construye su teoría de forma fallida y difícilmente comprensible.

²⁷ La concepción de la tónica en Vico según VALLET, cit., pág. 180, "no es meramente un arma retórica, aun cuando este arte deba estar al servicio de la equidad sino que debe partir de una verdadera percepción total de la cosa, para poder valorar adecuadamente en relación con ella lo más acorde con la equidad natural que es lo que en justicia debe prevalecer".

dirección en línea recta olvidándose de lo que se halla fuera de su recorrido. No se trata pues de catalogar lugares comunes ni máximas o apotemas jurídicos, que hoy podrían informar a una computadora, sino de asegurarse de la realidad completa de una cosa, tanto en sí misma como en relación a todas las consecuencias que de ella puedan derivarse, a fin de así juzgar bien después lo que es justo, pues como diría Vico en su *Scienza Nuova*: la Providencia (...) "aconsejó bien las cosas humanas al promover en la mente humana primero la tópica que la crítica, así como primero es conocer y luego es juzgar las cosas"²⁸.

ii. La segunda referencia de Viehweg se corresponde con Aristóteles, quién dio nombre a la tópica (*Topika* –una de las partes del *Organon*-), entendida como el arte de disputar, dominio intelectual de los retóricos y sofistas griegos. Aristóteles diferencia lo apodíctico de lo dialéctico. Mientras que lo apodíctico se constituye como el campo de la verdad filosófica, lo dialéctico es el campo de lo opinable. La tópica ha de encuadrarse como técnica para lo dialéctico y no de lo apodíctico, puesto que el derecho se ocupa, no de la justicia general -objeto de la filosofía- sino de la justicia particular, de acuerdo con la cual el jurista o el juez despliega su prudencia en orden a la solución de problemas concretos relativos a la proporción y reparto de bienes externos y cargas entre los ciudadanos (Libro V de la *Ética a Nicómaco*²⁹).

La tópica, en tanto que técnica instrumental de la ciencia jurídica, obtiene su consistencia práctica a partir de la formulación de proposiciones opinables para poder formar silogismos sobre todos los problemas que se puedan plantear evitando eventuales contradicciones (Top I, 1,1). Sostenido un discurso, y surgiendo controversias derivadas del mismo, el método tópico se ocupa de extraer conclusiones correctas *ex endoxon* (en virtud de opiniones adecuadas) para atacar o para defender argumentativamente una posición de parte. Por tanto, como expone Viehweg siguiendo a Aristóteles, las conclusiones dialécticas constituyen el objeto propio de los tópicos, dado que proceden de proposiciones que tienen como premisas unas opiniones acreditadas, verosímiles y aceptadas (Top. I, 1, 5, 3)³⁰. Opiniones susceptibles de ser estructuradas en catálogos con el objeto de utilizarse en la práctica común del foro, aunque tal clasificación finalmente no sería llevada a cabo por Aristóteles.

Como se tratará más adelante, la dificultad que se observa desde esta perspectiva gira en torno a la aceptación del tópico en el marco social, dado que los tópicos necesitan parecer verdaderos y aceptables a todos o a una mayoría

²⁸ Cfr. VALLET, cit., pág. 180.

²⁹ Vid. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* (trad. María Araujo y Julián Marías), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 5º ed., 1989, págs. 69-89.

³⁰ En este sentido, ATIENZA, cit., págs. 52-53. Igualmente, en su *Retórica*, Aristóteles exige que la opinión sea acreditada y verosímil, y que cuente con *endoxa*, es decir, con aceptación de los sabios (*Retórica*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1990). En clave filosófica, sobre los problemas de la tópica, RUBINELLI, S., "Problema de *topoi* en Aristóteles: notas sobre una hipótesis diacrónica", *Anuario filosófico*, vol. 35, Nº 73, 2002, pág. 367-408.

de sabios, en orden a ser empleados a favor y en contra de asuntos controvertidos, polémicos y opinables³¹.

iii. En tercer lugar, Viehweg toma la referencia de Cicerón para abrir la discusión de la función de la tónica antigua y su posibilidad de introducirla en el derecho moderno. Cicerón, según Viehweg, concibió la tónica como una práctica de la argumentación, pero a diferencia de Aristóteles, la recogió en un catálogo con el fin de dotar de practicidad a los principios, lugares comunes y puntos de vista que gozaban de aceptación generalizada³². Este mismo afán compilador sería asumido posteriormente por Gribaldus Mopha, jurista del siglo XVI, quién elaboraría un catálogo de *loci communes* jurídicos, es decir, tónicos especializados y aplicables tomados del *Corpus Iuris* y que a juicio de Viehweg servirían con notable éxito a la discusión de problemas³³. A partir de este momento, los argumentos estarían contenidos en los *loci* – o lugares comunes-, a la manera de sedes o depósitos de argumentos. Un repertorio de tónicos que por su función sería necesariamente elástico, variable o provisional³⁴.

García Amado recoge las clasificaciones de tónicos vertidas en *De oratore* y en la *Tónica*, según las cuales Cicerón distingue “los extrínsecos al asunto y los resultantes de la dialéctica y la argumentación o intrínsecos. Los primeros son proporcionados por testimonios, contratos, decisiones de los jurisconsultos, confesiones obtenidas por tortura, etc.”³⁵. Es decir, argumentos que convencen desde fuera del asunto. El orador hace uso de los mismos, pero no demuestra con ellos su propia habilidad para hallar puntos de vista o argumentos, lo que sí hace cuando trae a colación los lugares intrínsecos o inherentes al asunto. Esta clasificación plantea, como cualquiera de las ofrecidas por otras doctrinas

³¹ El propio Aristóteles afirma que los tónicos “son los que nos pueden ayudar, en relación con cada problema, a obtener conclusiones dialécticas” (Top. VII, 5, 14).

³² Cfr. ATIENZA, cit., págs. 53-54.

³³ La relación de los *loci communes* de Gribaldus Mopha (*De Methodo ac ratione studendi in iure* – Capítulo XVIII-) puede encontrarse al final del discurso de FIGA FAURA, cit., págs. 191-203. En cuanto al pensamiento jurídico de los romanos, CORRAL GENICIO, cit., pág. 107, pone como ejemplo de catálogo de tónicos los que se encuentran en el Digesto 50, 17 (*De diversis regulis iuris antiqui*), donde figuran conocidas máximas: *Plus cautionis est in rem quam in persona*, *Nemo dat quod non habet*, *Quod initium vitiosum est non potest tractu tempore convalescere...* Asimismo, cita a Struck quién en su obra *Topische Jurisprudenz* (1971) recoge 65 tónicos, algunos de los cuales afirman máximas latinas o valores fundamentales protegidos por el ordenamiento, como por ejemplo, *Audiat et altera pars* (nº 7), *In dubio pro reo* (nº 9), los actos de emulación están prohibidos (nº 33), la confianza merece protección (nº 39), a lo imposible no está obligado nadie (nº 50), obligación del uso de medios menos perjudiciales (nº 43). Una relación de tónicos a modo de catálogo puede encontrarse en PEREIRA MENAUT, G., y LÓPEZ-FELPETO P., *Tónica: principio de derecho y máximas latinas*, Santiago de Compostela: Arcana-Veri, 2001.

³⁴ Cfr. ATIENZA, cit., pág. 53. Así, siguiendo a FIGA FAURA, cit., pág. 73 y sigs., cabe distinguir conforme lo hace Boecio entre *topoi* (Aristóteles) y *loci communes* (Cicerón). Los *topoi* son proposiciones aseverativas, positivas o negativas, universales y por sí necesarias, o bien sólo probables. Mientras que los lugares comunes son expresivos, de aspectos genéricos o específicos que sirven para recordar lo que debe ser tratado o dicho.

³⁵ GARCÍA AMADO, *Teorías de la tónica jurídica*, cit., págs. 67-70.

tópicas, el problema de la elección de los tópicos más convenientes para cada caso. En los procesos judiciales se trata ante todo de hallar el *status* de la afirmación y la impugnación, y entonces, el *status* de la discusión, y por fin, el *status* del problema jurídico. A partir de aquí se haría necesario seleccionar, de entre todos los argumentos posibles, aquellos más apropiados al caso concreto. Sin embargo, en el momento de la elección de los más indicados sería necesario poseer un criterio de selección, que Cicerón ubica en el sentido común³⁶.

4. DEL *IUS CIVILE* A LA MODERNA DOCTRINA CIVILISTA

Respecto al *ius civile*, Viehweg sostiene que “para un espíritu sistemático el *ius civile* constituye como es sabido, una desilusión bastante grande. Apenas es posible encontrar en él series de deducciones de largo alcance”³⁷, y glosa a modo de ejemplo un fragmento del Digesto de Juliano (41, 3, 33) sobre la usucapión y su interrupción, en el que se observa no sólo un desarrollo asistemático, sino más bien un esquema problemático, que repasa una serie de soluciones para un complejo de problemas, buscando y fijando diferentes puntos de vista (buena fe, interrupción), que surgen no solamente aquí sino que proceden de otras conexiones similares, en las que obtuvieron reconocimiento y protección³⁸. Lo mismo sucede con otros muchos textos de jurisconsultos romanos como Ulpiano, con la salvedad de Quintus Mucius y Gayo, que en opinión de Viehweg operaron con unos incipientes criterios sistemáticos, si bien con finalidades estrictamente didácticas³⁹.

³⁶ De conformidad con GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica jurídica*, cit., pág. 72, Cicerón no ofrece explícitamente una solución, sino tan sólo algunas indicaciones generales. Sin embargo, cabría encontrar dentro del pensamiento ciceroniano una vía para arrojar luz sobre esta cuestión y es referirla a la doctrina del *status*. La doctrina del *status* es un procedimiento para ordenar las cuestiones presentes en cada caso de conflicto y fijar los puntos de discusión de los hechos y del derecho. Cicerón acude a esta doctrina del *status* como una posible vía de selección de los lugares de argumentación. Para ahondar en la tópica ciceroniana, GUZMÁN BRITO, A., “Dialéctica y retórica en los “Tópica” de Cicerón”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, N° 32, 2010, págs. 161-195 y JIMÉNEZ LEUBE, J., “El uso retórico de la tópica en Cicerón”, Tesis doctoral dirigida por José Iturmendi Morales, Universidad Complutense de Madrid (1995).

³⁷ Cfr. VIEHWEG, cit., pág. 77.

³⁸ VIEHWEG, cit., pág. 78: “La introducción versa acerca de la adquisición por usucapión del parto de una esclava robada. No sólo el comprador de buena fe –dice el texto- sino todos aquellos que posean en virtud de una causa a la que suele seguir la usucapión, hacen suyo el parto de una esclava romana”.

³⁹ Vid. MORELLI, M.G., “Pensar el derecho desde el problema. Theodor Viehweg: Tópica y Sistema en la Historia del Derecho”, Universidad Nacional de Rosario, Vol. 35, 2002, pág. 67. No obstante, como pone de relieve CORRAL GENICIO, cit., pág. 94, puede ser difícil creer que los romanos fueran tópicos si observamos las sistematizaciones que han permitido transmitir su vasta cultura jurídica (Instituciones, Digesto, Código y Novelas). Aunque se puede sostener al contrario que Viehweg que el *Corpus Iuris* fue la primera sistematización, porque respondió a un plan coherente e integrador, por nuestra parte pensamos que más que una sistematización se trató de una compilación cuyo objeto era resolver el cúmulo desordenado de conocimientos jurídicos. Así, como se refiere Corral Genicio, el derecho se convirtió en una verdadera ciencia (*iurisprudentia*) y también en una verdadera técnica (*ars*).

En este punto, advierte Viehweg que no cabe confundir una casuística “que trata de arrojar luz sobre un sistema”, de aquella que piensa directamente sobre el problema⁴⁰. La primera toma casos decididos en toda su extensión y los utiliza como simples ejemplos. Pero su divergencia respecto de la tónica es sustancial ya que el modo romano operaría por vía de abstracción en orden a la obtención de reglas generales. Por eso afirma Viehweg que en el *ius civile* las fijaciones se evitan en la medida de lo posible y que al igual que sucede en la aporética filosófica, en la jurisprudencia romana y luego en la Edad Media predominaría un modo de pensar eminentemente tónico⁴¹.

En cuanto al *mos italicus*, Viehweg también lo contextualiza en un esquema de pensamiento tónico atendiendo a la obra de los glosadores y post-glosadores o comentaristas⁴², y en particular atendiendo a la figura de Bartolo de Sassoferrato, al estilo jurídico denominado “*magistraliter*” y a la estrecha vinculación entre retórica y jurisprudencia durante todo el Medievo. Viehweg entiende que en el *mos italicus* no hay nada semejante o parecido a un sistema, “de la jurisprudencia medieval puede decirse, lo mismo que del *ius civile*, que se orientaba hacia el problema y que tenía, por tanto, que desarrollar una técnica adecuada para ello”⁴³. Incluso la forma escolástica, siendo un método eminentemente pedagógico adoptaría un estilo de reflexión de búsqueda de premisas y por tanto también constituye un enfoque tónico para la discusión de problemas⁴⁴.

Ya en relación con la moderna doctrina civilista que se inicia a partir del siglo XVI, Viehweg hace notar que su fuerza se fundaría inicialmente en la crítica de la falta de sistemática en el derecho. Este movimiento moderno (y anti-tónico) terminará por impulsar una sistematización progresiva que pondrá su objetivo final en la deducción y en la formalidad como garantías de la aplicación de normas jurídicas. En un punto intermedio entre ambos extremos Viehweg alude a Leibniz, quién por medio de su *ars combinatoria*, ambicionaría crear una tónica matemática de la jurisprudencia. Su pretensión consistía en ajustar el tradicional estilo de pensamiento de la Edad Media con el matemático del siglo XVII, poniendo bajo control aritmético el *ars inveniendi* de la tónica. Sin embargo, su proyecto jurídico finalmente no fructificaría⁴⁵.

⁴⁰ VIEHWEG, cit., pág. 81.

⁴¹ Cfr. ATIENZA, cit., pág. 55.

⁴² A este respecto, HERNÁNDEZ FRANCO, J.A., “Abstracción y tónica en la interpretación jurídica de los posglosadores”, *Ars Iuris*, N° 37, 2007, págs. 251-265.

⁴³ VIEHWEG, cit., pág. 108.

⁴⁴ A este respecto, es interesante traer a colación la opinión de RECASENS-SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico*, cit., pág. 1071, para quién no es correcto considerar la “ciencia jurídica sistemática” como una creación de la escolástica medieval, “la escolástica teológica adoptó una parte de la retórica antigua (tónica) como la fórmula que le sirvió de directriz, y ligó ésta con una doctrina sobre la relación entre la fe y la razón”.

⁴⁵ A este respecto, ATIENZA, cit., págs. 55-56, quién menciona el *Ars Magna* de Ramón Llull como precedente medieval de la pretensión de Leibniz. Como señala RECASENS-SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico*, cit., pág. 1073, el *Ars Magna* constituye un juego de

La sistematización efectiva del derecho no llegaría hasta la implantación de la axiomática, que se impondrá como método cuasi oficial por motivos de integridad y unidad lógica. La axiomatización del derecho prescindirá definitivamente de la tópica, aunque Viehweg advierte de la existencia latente de una tópica oculta en la manera en que se seleccionan los axiomas del sistema y se generan deducciones. Este método de operar presupone una tarea inventiva pues sólo de esa forma se pueden conservar los resultados ya obtenidos⁴⁶. El teórico alemán aduce que si bien la sistematización del derecho no es una tarea compleja, su fundamentación lógica por vía axiomática para hacer efectiva la misma sistematización exige una selección de los propios axiomas para que entre ellos guarden compatibilidad, integridad e independencia. Esta labor ya supone un previo ejercicio inventivo y argumentativo, que denota un cierto influjo tópico que no puede eliminarse a través de la axiomatización y de la deducción en cadena, aunque el operador jurídico ignore que trabaja bajo los principios del pensamiento problemático. Incluso la colisión de sistemas jurídicos debe resolverse por vía de interpretación para buscar concordancias. Por eso, a través de la interpretación de la norma jurídica positiva nuevamente se infiltra la tópica para hacer posible en última instancia su aplicación: “Dondequiera que se mire, se encuentra la tópica, y la categoría del sistema deductivo aparece, al final, como algo inadecuado, casi como un impedimento para la vista”⁴⁷.

Finalmente Viehweg discute algunos planteamientos modernos para defender el método problemático, pues en su opinión cuando una disciplina no se puede sistematizar -porque no puede encontrarse en ella ningún principio que sea objetivo y seguro- sólo es posible la discusión de problemas. En este contexto se ubican las teorías historicistas y sociológicas como la de Von Hippel o Gustav Hugo, autores que también detectaron la insuficiencia de una argumentación aislante como la proveniente de una sistematización axiomática-deductiva. Por tanto, de acuerdo con Viehweg, se impone una conclusión coherente: “Justificado que la jurisprudencia ha de ser concebida como una permanente discusión de problemas y que, por lo tanto, su estructura total ha de ser determinada desde el problema, buscando puntos de vista para su solución, resulta que sus conceptos y sus proposiciones tiene que estar ligados de modo especial con el problema”⁴⁸.

5. LAS APORTACIONES DE LA TEORÍA DE VIEHWEG

En primer lugar hay que reconocer, siguiendo el prólogo de García de Enterría que esta obra “encierra una de las aportaciones más trascendentales a

combinaciones de carácter y efectos místicos, el cual trabaja con cinco círculos concéntricos giratorios, cada uno de los cuales contiene nueve conceptos básicos. De este modo trata de establecer un *ars inveniendi*, mecanizado de un modo demasiado simple, que en su opinión debía representar la *scientia generalis*.

⁴⁶ Cfr. MORELLI, cit., pág. 71.

⁴⁷ VIEHWEG, cit., pág. 143.

⁴⁸ VIEHWEG, cit., pág. 158.

la teoría de la ciencia jurídica (...) como es la postulación de una jurisprudencia de problemas"⁴⁹. La aportación central de Viehweg es devolver a la cultura jurídica contemporánea el sentido de la tónica, es decir, recuperar el método de pensamiento problemático. Un método emparentado con la retórica que perdió su vigencia por el avance del método crítico o sistemático, identificado originalmente con el método cartesiano, el cual privilegia la abstracción, la deducción lógica y el análisis matemático. Sin embargo, en el fondo, la gran diferencia entre tónica y sistema radica en el criterio de verdad propio de cada perspectiva: mientras el método crítico o sistemático encuentra la verdad en la exterioridad del mundo natural, en algo que los hombres no hacen; en cambio, la única forma de verdad en el terreno de la tónica es como verdad hecha o *verum factum*, esto es, la verdad que el ser humano descubre como agente histórico, lingüístico, creador de cultura, de vida política y social.

Viehweg aduce que la tónica "encuentra su formulación en la pregunta por el ordenamiento justo, y conduce cabalmente a entender el derecho positivo, en su función de respuesta, como una parte integrante de la búsqueda del derecho"⁵⁰. De ahí que no sea lícito desligar las partes integrantes de esta búsqueda del derecho de su raíz problemática permanente ("lo justo concreto"), ni tampoco la fijación de una trama de conceptos y proposiciones que impida la apertura hacia una posición aporética. Por tanto, la reivindicación de un estilo inventivo de búsqueda de premisas (*ars inveniendi*) presupone que el derecho no debe constreñirse únicamente a un conjunto de normas positivas que hay que asumir, obedecer y aplicar.

Esta visión revitalizadora de la tónica ofrece en realidad muchas más posibilidades prácticas para la figura del letrado y del juez, y también para la interpretación de las normas en orden a la argumentación y defensa verbal del caso concreto. Si los tónicos funcionan como posibilidades de orientación, es decir, como hilos conductores para la formación de un entendimiento común entre las partes de un negocio jurídico o de un proceso judicial⁵¹, su manejo adquiere utilidad tanto en fase de negociación⁵² como en fases procesales, probatorias o interpretativas. De ese modo, la tónica facilita una aproximación desde el simple estado de las cosas y hechos al sentido jurídico, función especialmente relevante a la hora de declaraciones de testigos o aportaciones de peritajes en sede judicial, actuaciones procesales en las que tiene que haber una recíproca aproximación entre los hechos y el derecho. Asimismo, los letrados han de tener especial atención en lo que queda probado en virtud de aceptación, porque en un escenario dialéctico -como en una audiencia previa o en la vista oral del juicio- las premisas fundamentales se legitiman por la aceptación del interlocutor, de manera que lo aceptado vale como premisa y la

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, prólogo a *Tónica...*, cit., pág. 11.

⁵⁰ VIEHWEG, cit., pág. 156.

⁵¹ Cfr. ATIENZA, cit., pág. 54.

⁵² La tónica puede jugar un papel determinante en clave de comunicación en aspectos negociales, como puede leerse en PÉREZ HERRANZ, F.M., "Tónica de la negociación", *CIC: Cuadernos de información y comunicación*, N° 8, 2003, págs. 17-38.

parte se orienta por la efectiva o probable oposición de la contraparte⁵³. De ahí que un sagaz abogado deba actuar poniendo en práctica lo que apuntaba Aristóteles: “lo primero que se tiene que descubrir es el tópico que debe emplearse para obtener la conclusión dialéctica; en segundo lugar, se deben plantear en sí mismas las preguntas concretas, llevándolas con un determinado orden; y, por último, dirigirlas adecuadamente al interlocutor” (Top. VIII, 1,2)⁵⁴.

Por consiguiente, la mayor aportación que realiza Viehweg es su intento de reivindicar la tópica, su practicidad como técnica capaz de suplir numerosas deficiencias que presentan los modernos sistemas jurídicos. En el mismo sentido se pronuncia nuevamente García de Enterría en el prólogo de la obra, cuando reconoce que “la ciencia jurídica 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”⁵⁵.

6. VALORACIONES CRÍTICAS CONTRA LA TÓPICA DE VIEHWEG

Como hemos avanzado anteriormente, la descalificación de la tópica en la cultura jurídica moderna se produjo a partir de la irrupción del racionalismo y del método matemático cartesiano. Desde entonces, numerosas críticas se han sucedido contra las teorías alternativas al formalismo, como la de Viehweg, quien, como indica Larenz, se mantuvo escéptico respecto de toda tentativa de hacer patente la unidad interna de un derecho positivo en un sistema⁵⁶. Para no pocos autores estas teorías alternativas adolecen de una debilidad común, en el sentido de que una cosa es reconocer la limitación de la lógica formal deductiva en el derecho y otra muy diferente sostener que la lógica no juega ningún papel en la argumentación jurídica⁵⁷. Presupuesto crítico que no entendemos procedente alegar contra la tópica de Viehweg pues éste no niega la necesidad y justificación del sistema, si bien no a la manera de las ciencias exactas, es decir, a través de una trama axiomática de conceptos. A continuación hemos procedido a glosar algunas de las críticas que distinguidos pensadores han realizado acerca de su aportación, imputando a su teoría de la tópica jurídica deficiencias tales como imprecisiones y equívocos conceptuales, ingenuidad y superficialidad o falta de solución al problema de la legitimación de los tópicos.

⁵³ Cfr. MORELLI, cit., pág. 66.

⁵⁴ VIEHWEG, cit., pág. 45.

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, prólogo a *Tópica...*, cit., pág. 15.

⁵⁶ Vid. LARENZ, cit., pág. 148.

⁵⁷ Esta debilidad común de las teorías alternativas -entre ellas la de Viehweg, que no es periférica sino central- es solventada, según VELASCO ARROYO, cit., pág. 56, por las nuevas y diversas propuestas teóricas que pretenden ser simultáneamente descriptivas, analíticas y normativas. En particular, las de Neil MacCormick y Robert Alexy. Para Velasco Arroyo, ambas teorías, aunque procedentes de ámbitos culturales muy diferentes (la primera de la tradición anglosajona del *common law* y la segunda de la dogmática jurídica germánica) sostienen tesis muy semejantes: “ambas teorías defienden que el argumentar jurídico no es una actividad que se diferencia radicalmente del argumentar moral o del práctico en general, sino tan sólo por su mayor grado de institucionalización y formalización”.

Imprecisiones y equívocos: Las críticas más directas invocan que la tónica forma parte de un determinado contexto cultural e histórico, por lo que pueden llegar a favorecer más la justificación ideológica de las decisiones judiciales que el pensamiento sistemático⁵⁸. Visto desde este ángulo, Viehweg exageraría la contraposición entre pensamiento tónico y pensamiento sistemático, al sostener una noción de sistema axiomático o de deducción más estrecha que la que manejan los lógicos⁵⁹. Además, la vaguedad de los tónicos haría que las partes pudieran en un mismo conflicto alegar uno u otro según el resultado deseado, dado que no se fijan reglas respecto de su uso. Esta crítica se funda en que la tónica se sirve de nociones imprecisas e inequívocas. Por ejemplo, respecto de la noción de problema, que algunos autores como García Amado consideran vaga y que debería de estar dotada de mayor especificidad con toda cuestión que permita más de una respuesta⁶⁰. Por otra parte se alega que el concepto de tónico manejado por Viehweg es equívoco, toda vez que se usa en varios sentidos: como equivalente de argumento, como punto de referencia para la obtención de argumentos, como formas argumentativas, etc.⁶¹.

Ingenuidad y superficialidad: Otro aspecto de las críticas sobre la tónica se concentra en la ingenuidad de la teoría del jurista alemán. En este sentido, Atienza arguye contra el modelo tónico a que se refiere Viehweg porque le resulta “indudablemente ingenuo”, echando en falta en la obra del jurista alemán la proposición de algún tipo de método que permita discutir racionalmente acerca de las cuestiones jurídicas en lugar de “efectuar proclamas vacías sobre la justicia”⁶². Ciertamente una generalización de la técnica de búsqueda de premisas llevaría consigo una dosis de inseguridad jurídica que podría quebrar el fin del derecho. En relación con la crítica de la ingenuidad de la tónica jurídica se suma aquella que afirma que el método tónico por sí solo no puede dar una explicación de la argumentación jurídica porque se queda en la estructura meramente retórica o superficial de los argumentos alejándose del nivel de la aplicación del derecho. Desde esta visión crítica, la tónica se limitaría

⁵⁸ Vid. ATIENZA, cit., pág. 97 y GARCÍA AMADO, *Teorías de la tónica jurídica*, cit., pág. 136.

⁵⁹ Cfr. ATIENZA, cit., pág. 58.

⁶⁰ Para GARCÍA AMADO, *Teorías de la tónica jurídica*, cit., pág. 114, la noción de problema es excesivamente vaga pues “la mera concesión de importancia prioritaria al pensamiento de problemas no basta de por sí para caracterizar de forma unívoca ni excesivamente original una dirección metodológica o una teoría del derecho (...) una caracterización que debería estar dotada de una mayor especificidad de la que supone la identificación de problema con toda cuestión que admita más de una respuesta, como hemos visto que lo entiende Viehweg”.

⁶¹ Para GARCÍA AMADO, *Teorías de la tónica jurídica*, cit., pág. 135, los tónicos se refieren a una multiplicidad de nociones: “puntos de vista directivos, puntos de vista referidos al caso, reglas directivas, lugares comunes, argumentos materiales, enunciados empíricos, conceptos, medios de persuasión, criterios que gozan de consenso, fórmulas heurísticas, instrucciones para la invención, formas argumentativas, etc. Y como tónicos se citan adagios, conceptos, recursos metodológicos, principios de Derecho, valores, reglas de la razón práctica, standards, criterios de justicia, normas legales etc.”.

⁶² Cfr. ATIENZA, cit., pág. 60. En el mismo sentido, DORANTES DÍAZ, F.J., “La tónica”, *Alegatos*, N° 32, 1996, pág. 1.

a sugerir un catálogo de tópicos o premisas que se utilizan en la argumentación pero no proporcionaría una respuesta a la metodología jurídica⁶³, ni siquiera el comienzo de una respuesta a la cuestión central, que no es otra que la de la racionalidad de la decisión jurídica⁶⁴. Esta cuestión fue la que más preocupó a Vallet en el sentido de pensar que el juicio tópico pudiera convertirse en un "juego retórico", moviéndose entre un catálogo de tópicos y conclusiones analógicas⁶⁵.

Falta de legitimación de los tópicos: Viehweg sostiene que la legitimación de los tópicos dependen de la subordinación a la autoridad. Pero aquí surge la dificultad antes señalada acerca del orden de prelación en la tópica, de sus catálogos de tópicos y en relación con la identidad de los juristas que los enunciaron. Porque si los tópicos se legitiman porque son aceptados por hombres notables, es de suponer que existe un rango de jerarquía por el cual se ordenan. Viehweg no especifica cómo se ha establecido histórica y jerárquicamente esta legitimación y en función de qué autoridad se ha determinado su reconocimiento. Adicionalmente, en caso de contradicción de tópicos, cada parte en litigio invocará el que mejor convenga a su derecho, y ambos tópicos, siendo válidos y razonables, podrían conducir a soluciones justas pero divergentes⁶⁶.

Sin duda la cuestión de la legitimación es una de las más controvertidas que se suscitan contra la tópica. En realidad, como pone de manifiesto García Amado, la legitimidad de los tópicos radica en el consenso y aunque éste no sea garantía absoluta de racionalidad en la decisión sobre el problema, sí tiene la virtualidad de proteger un cierto nivel de seguridad jurídica, pues las premisas de la discusión se legitiman en función de la aceptación del interlocutor sin llevar directa e irremisiblemente a la conclusión final⁶⁷. Como ya advirtiera Cicerón, a la fase inventiva o *ars inveniendi* le sigue la fase dialéctica o *ars iudicandi*, un proceso selectivo y argumentativo que se desarrolla

⁶³ Cfr. ATIENZA, cit., pág. 60.

⁶⁴ Vid. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica jurídica*, cit., pág. 369. De hecho, para este autor la tópica no constituye una auténtica o suficiente teoría de la argumentación, "se quedaría en un primer estadio de una tal teoría, describiría los primeros pasos o el punto de despegue del proceso argumentativo, que termina en la decisión. Sería (...) un medio de selección de hipótesis de selección". En términos similares, ATIENZA, cit., pág. 63: "la tópica jurídica que inaugura Viehweg (...) no suministra una base sólida sobre la que edificar una teoría de la argumentación jurídica".

⁶⁵ Cfr. VALLET, cit., pág. 79.

⁶⁶ Coincidimos con ATIENZA, cit., pág. 54, en esgrimir esta crítica por cuanto en la obra de Viehweg no queda suficientemente clarificado por cual solución se decanta el autor, qué ha de prevalecer y en virtud de qué criterio. Lo contrario sería atentar (ingenuamente) contra el principio de seguridad jurídica que demanda todo ordenamiento justo.

⁶⁷ En opinión de GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica jurídica*, cit., págs. 341 y sigs., el consenso en la tópica se refiere a la selección racional de las premisas y no en la decisión, "como opción concreta basada en la elección de una de las soluciones posibles, y de los argumentos que pueden apoyar esa y no otra de las soluciones en disputa".

sistemáticamente para buscar la opción más justa y a la vez la formalmente correcta⁶⁸.

Por otra parte, en nuestra cultura jurídica actual, los ordenamientos positivos se legitiman cada vez más por remisión a la idea de “voluntad general” expresada mediante una cámara de representantes como poder legislativo. Es cierto que Viehweg no atiende al derecho político o constitucional, pero no es menos cierto que puede advertirse el interés que tiene la tónica -aunque permanezca oculta- para proporcionar el desarrollo normativo requerido por los regímenes constitucionales abiertos (como la Constitución Española de 1978). La imprecisión e indeterminación de muchos de los preceptos constitucionales hace que los conceptos controvertidos deban ser completados y teorizados por la jurisdicción ordinaria y en última instancia por un Tribunal Constitucional. Es por ello que para lograr que una Constitución abierta se desarrolle normativamente a través de acuerdos incompletamente teorizados por abstracción, el legislador deba articular un método tónico ocultado dentro del sistema a través de procedimientos deliberativos y argumentativos en el marco institucional previsto por la propia Constitución. En este sentido, la tónica como método del pensamiento problemático sin duda ofrece una base para la discusión, interpretación y solución de las controversias constitucionales⁶⁹.

Teoría exclusivamente judicial e iusprivatista: Es innegable que la teoría tónica de Viehweg discurre por un planteamiento civilista conforme con la atipicidad que impera en el ámbito del derecho privado. Por esta razón, no parece estar desencaminada la crítica que se sostiene contra Viehweg por su alusión casi exclusivamente al proceso civil, desatendiendo la importancia que tienen otros diversos ámbitos de la sociedad jurídica que también participan en la creación y justificación de reglas jurídicas. En este sentido, entendemos que Viehweg ofrece una visión reduccionista de la tónica orientada hacia el derecho privado y judicial. No obstante, dicha crítica debe ser matizada o cuanto menos minimizada. La aproximación del pensamiento problemático al derecho público ha sido un campo poco explorado por la doctrina, que encuentra su razón en la nota de tipicidad que caracteriza su praxis jurídica, que parece, en principio, menos abierta a la argumentación, a la retórica y a la disputa dialéctica en términos de igualdad procesal. Ello se observa con nitidez si atendemos al derecho administrativo o al derecho tributario, regímenes normativos que operan con cierto automatismo en su aplicación ordinaria por medio de formularios y modelos estandarizados y ya más recientemente, a través de las vías telemáticas, en lo que se ha dado en llamar “administración electrónica”. Así, la capacidad de hacer valer argumentativamente diferentes puntos de vista

⁶⁸ Cfr. ATIENZA, cit., pág. 54, RECASENS-SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico*, cit., pág. 1066 y CORRAL GENICIO, cit., pág. 94.

⁶⁹ Para profundizar sobre la relación entre tónica y derecho constitucional, véase CLAVERO, B., “Imperio de la ley, regla del Derecho y tónica de Constitución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 1, 1997, págs. 41-78.

confronta con el *imperium* de los entes administrativos como contraparte del administrado, pues como indica Prosper Weil, "la Administración debe, en interés del servicio público, poder imponer, unilateralmente, sin necesidad de previo pronunciamiento judicial, obligaciones a los particulares, y su decisión debe ser tenida como jurídicamente válida en tanto que el interesado no promueva su anulación por el juez"⁷⁰. En efecto, la naturaleza del procedimiento administrativo hace complicado el desenvolvimiento del pensamiento tópico, aunque éste conservará todo su potencial cuando el administrado proceda en vía contenciosa-administrativa una vez agotada la vía administrativa⁷¹.

Con todo, el método problemático puede y debe ser extendido al derecho público, no sólo como método operativo de los poderes legislativo y ejecutivo, sino, en términos más amplios, de aquellos operadores jurídicos del ámbito de la administración pública, incluyendo a las instituciones del Estado. De hecho, cuando aparecen preceptos controvertidos o no teorizados suficientemente que exigen desarrollo normativo en orden a la decisión jurídica, implícitamente se están reconociendo la existencia de procedimientos argumentativos para determinar contenidos, tanto imprecisos como valorativos. Adicionalmente, la necesidad de la tópica queda también en evidencia ante el desarrollo y sofisticación de ciertas áreas del derecho, las cuales presentan problemas acuciantes que el sistema no ha sido capaz encauzar a través de vías jurídicas apropiadas en orden a su resolución. En este sentido pueden mencionarse los derechos de personalidad, especialmente en cuanto son susceptibles de lesión injusta, pues como observa López Jacoiste, el despliegue tópico de los derechos de la personalidad se acusa en la responsabilidad civil, ya que "el reconocimiento jurídico de su condición requiere formulaciones abiertas, aptas para la flexible adecuación hacia áreas de la personalidad progresivamente proclives a sufrir ataques cada vez más refinados y sutiles; e, igualmente, al hacerse necesario reafirmar su respeto y sus prerrogativas en contextos de nuevo planteamiento o frente a contingencias antes insospechadas. Lo cual condiciona un derecho de daños que precisa ser elástico, a fin de proveer a hipótesis atípicas y eventos sobremanera proteicos, novedosos"⁷². A este respecto, la apertura de los derechos de personalidad se conecta con los derechos fundamentales⁷³, "ya que éstos en muchas de sus manifestaciones se

⁷⁰ Cfr. WEIL, P., *Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, 1986, pág. 50.

⁷¹ En clave de derecho administrativo son muy escasos los trabajos que abordan el método tópico. Por ejemplo, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., "Sistema, tópica y argumentación en la metodología del Derecho administrativo actual", en *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI: homenaje al profesor Eduardo Roca Roca* (coords. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Iñigo del Guayo Castiella), 2002, págs. 1281-1308 y VILLAR PALASÍ, J.L., "Una visión tópica de la tópica", en *Administración y Constitución: estudios en homenaje al profesor Mesa Moles*, 1982, págs. 623-679.

⁷² Cfr. LÓPEZ JACOISTE, J.J., "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", *Anuario de derecho civil*, Vol. 39, N° 4, 1986, pág.1060.

⁷³ Sobre la interrelación entre el método tópico y los derechos humanos, véase, ELÓSEGUI, M., "La interpretación de los derechos humanos desde la tópica y la lógica de lo razonable en el Profesor Puy", en *Tópica, retórica y dialéctica en la jurisprudencia: estudios en homenaje a Francisco*

superponen e identifican con los primeros, operan en coincidente sentido al par que añaden concisión formal, invocabilidad difusiva y sobre todo, cauces nuevos de ejercicio y defensa⁷⁴. Sin embargo, la problemática de la invocación de derechos fundamentales en los procesos judiciales pone de relieve una tónica de los derechos (individuales e inalienables) por la cual ha circulado el discurso dominante de la cultura política y jurídica desde la segunda mitad del siglo XX, un discurso reivindicativo acostumbrado a argumentar a favor de los derechos humanos obviando las razones de la obligación⁷⁵. Frente a esta tónica de los derechos se opone una tónica de la responsabilidad, que en lugar de estar basada en la sola exigencia de derechos adopta la responsabilidad para con la comunidad como punto de partida, y “no por eso perderían los seres humanos sus derechos. Al contrario. Al responsabilizarnos personalmente como miembros de la comunidad, al tener en cuenta no sólo nuestra propia situación sino la de los demás, y estar dispuestos a aportar lo que la comunidad tanto local como global espera de nosotros, cada uno vería por añadidura respetado también en sus derechos”⁷⁶.

En definitiva, la tónica jurídica no es ajena a ninguno de los horizontes del derecho moderno, ya sea privado o público. Sería interesante, por tanto, no limitar el pensamiento problemático meramente a las cuestiones judiciales de derecho privado sino explorar su ampliación al proceso legislativo y en general

Puy, 2011, págs. 135-152 y MAÍNO, C.A., "La tónica como la adecuada aproximación a los problemas jurídicos: el concepto de los derechos humanos", en *Tónica, retórica y dialéctica en la jurisprudencia: estudios en homenaje a Francisco Puy*, 2011, págs. 253-262.

⁷⁴ Añade LÓPEZ JACOISTE, cit., pág. 1062: "La deducción abstractamente encerrada en premisas recibe denuncia de esterilidad y se subraya la necesidad de sustentarla en complementarios fundamentos de apoyo, los cuales han de estar en consonancia con el específico campo argumental sobre el que se debata. La especialización instrumental y técnica determina puntualizaciones que propenden a agrupar y dibujar áreas de riesgos, de materias, de actividades. Las distintas especies contractuales de seguros son evidente consecuencia de ello. Trátese de áreas abiertas y variadas, e informadas por la peculiaridad ofrecida por los diferentes ramos de daños y de líneas de proceder socialmente consolidadas o en vías de progresiva consolidación, por lo que exceden de cualquier posible encasillamiento en patrones, cerrados y típicos".

⁷⁵ Como señala RAMÍREZ, RAMÍREZ, J.L., "Tónica de la responsabilidad: reivindicación de la retórica para la ciudadanía moderna", *Utopía y praxis latinoamericana: revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social*, N° 21, 2003, págs. 101-115, las ideologías modernas (liberalismo-socialismo) son hijas de una misma tónica en la que se barajan los derechos del individuo en contraposición de la comunidad, ámbito de conflicto entre el individuo, como acreedor de derechos, frente a la comunidad como deudora. El mismo esquema dialéctico se repite en la tónica de los derechos en diferentes ámbitos humanos: clases obrera y burguesa, negros-blancos, masculino-femenino, inmigrantes-nacionales etc. En sus palabras: "La democracia moderna ha venido a concebirse como una sociedad en la que cada individuo reclama sus derechos y en la que la legislación vela por su defensa. Todo esto conduce a la hegemonía de las éticas utilitaristas y deontológicas, relegándose a segundo plano la ética de las virtudes humanas. La obsesión de la defensa de mis derechos me lleva a ocultarme a mí mismo mis obligaciones".

⁷⁶ RAMÍREZ, cit., pág. 114.

al ámbito profesional de aquellos operadores jurídicos que buscan y justifican soluciones jurídicas, tales como abogados, árbitros o mediadores⁷⁷.

7. TÓPICA Y JUSTICIA

La función de la tópica que nos descubre Viehweg puede decididamente ayudar a proporcionar soluciones jurídicas, porque permite contrarrestar las deficiencias en que han incurrido los modernos sistemas legales dominados por una dogmática que ha imposibilitado el desenvolvimiento de una reflexión consciente y constante sobre los fundamentos que apuntalan la legitimidad de las normas. Como parte de lo que denomina cetética, Viehweg encuentra que la teoría material del derecho representa un paso más allá que el simple reconocimiento de los dogmas jurídicos del sistema pues lo determinante en ella es la búsqueda de la justificación de los mismos mediante la respuesta a la pregunta por lo justo en concreto. De ahí que la dogmática jurídica se vincule estrechamente con la tópica como expresión cetética del derecho para evitar la petrificación del ordenamiento a que conduce una dogmática inmersa en un sistema positivista que no cuestiona la validez o eficacia de las normas estatales. Así, problematizando la fundamentación de las normas positivas mediante la cetética de los tópicos, Viehweg postula una concepción de lo justo concreto (“aquí y ahora”), como objeto real de la ciencia del derecho⁷⁸.

A este respecto nos parece infundada la crítica de Kant, para quién la tópica no era más que una simple disciplina “de la que se pueden servir los maestros de escuela y los oradores para examinar, bajo determinados títulos, lo que mejor conviene a una materia y sutilizar sobre ella con la apariencia de razonamiento o charlar ampulosamente”⁷⁹. Como hemos examinado concisamente en este trabajo, Viehweg demuestra la importancia de la tópica, verificando su vigencia en el *ius civile*, en el *mos italicus* e incluso en la moderna doctrina civilista. Esto nos lleva a pensar que al contrario que lo dicho por Kant, difícilmente la cultura jurídica contemporánea podría desconectar la tópica de la jurisprudencia a través de una sistematización deductiva, aunque ciertamente la pretensión o inercia dominante parece estar orientada a tal efecto. La frecuente utilización de conclusiones analógicas para la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico es indicativo de que no existe ni puede existir un sistema jurídico lógico perfecto⁸⁰, y que por eso se hace ineludible el recurso a la tópica para abarcar la realidad humana y social en toda su complejidad natural.

En cuanto a la matematización o cientifización de la técnica jurídica pretendida por Leibniz, cabe añadir lo que Villey afirma rotundamente al respecto, que “es imposible imponer al derecho el modelo de las ciencias

⁷⁷ Vid. MORELLI, cit., pág. 89.

⁷⁸ Cfr. CABRERA HERMOSILLO, cit., págs. 6-8.

⁷⁹ VIEHWEG, cit., pág. 69.

⁸⁰ Cfr. RECASENS-SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico*, cit., pág. 1066.

acabadas: los juristas no son los émulos de Euclides, de Newton, ni de los tecnócratas contemporáneos⁸¹. Evidentemente, en un ordenamiento jurídico formalmente lógico, la justicia se convertiría en algo mecanicista, impersonal y automatizado, que a la postre se configuraría en función de un determinado algoritmo a través del cual operaría una especie de computadora judicial. A tal efecto, la función jurisdiccional se constreñiría en última instancia a un programa de software que transformaría los datos de entrada (hechos) en datos de salida (derecho), con independencia de “lo justo”, que quedaría al arbitrio del poder legislativo objetivado en el Estado en tanto que programador informático y seleccionador de los axiomas que dan salida mecánica a los datos “problemáticos” de entrada.

La interpretación en el marco de un sistema jurídico positivista configurado de tal modo se toparía con la estructura abierta del lenguaje y del pensamiento humano. Y en la práctica, como nos demuestra la historia del derecho y confirma Viehweg, difícilmente podría obtenerse un sistema legal por medio de una matematización completa del lenguaje jurídico, pues constituye una tarea que carece de sentido mientras los elementos del cálculo no se hubieran predeterminado. Es decir, las reglas jurídicas deberían estar previamente legitimadas y esa legitimación necesita discusión, valoración, argumentación, en definitiva, de tópicos⁸². Además, como ya declaró Aristóteles, no se puede pedir el mismo grado de certeza a todas las disciplinas porque una cosa son las matemáticas y otra los saberes prácticos, pues cuando se trata de un asunto de este género (el bien y lo justo), “es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada género de conocimientos en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara la persuasión como reclamar demostraciones a un retórico”⁸³. Esta aspiración sistematizadora, axiomática y formalista, tendría como efecto terminante la eliminación de la discusión jurídica, de la interpretación, y en definitiva, de la argumentación, que es la naturaleza común de todo ámbito humano y social. Argumentar constituye un quehacer cotidiano para los diferentes operadores jurídicos y, de modo especial, para quienes desempeñan la función judicial. Dado que las decisiones de los jueces están sometidas a un cierto control de racionalidad, es posible concebir las argumentaciones jurídicas empleadas en la aplicación del derecho como un modo institucionalizado de ejercitar la racionalidad práctica. Sin embargo, esto no implica -en contra de lo que con frecuencia se suele afirmar- que los procesos argumentativos jurídicos estén sujetos exclusivamente a las leyes de la lógica

⁸¹ Cfr. VILLEY, cit., pág. 142 y sigs.

⁸² ROSANE ROESLER, C., “Theodor Viehweg: ¿Un constitucionalista adelantado a su tiempo?”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, 2006, pág. 310, tomando como referencia a Viehweg, comenta que cualquier análisis del contexto de legitimación que regrese a los orígenes acaba por desvelar una ignorancia humana que tiene que suplirse con una convicción o un acto de fe: “Una negativa, tal como la del positivismo, a proporcionar fundamentos de creencia como legitimación atiende al interés de propiciar una neutralización en un mundo dividido en concepciones valorativas diversas y, en ocasiones, antagónicas”.

⁸³ Vid. ARISTÓTELES, cit., pág. 2 (Libro I, Capítulo III).

deductiva. Cabe sostener el carácter racional de la aplicación del derecho sin caer en un logicismo a ultranza ni en una defensa cerrada de las artes de la retórica⁸⁴.

La tópica permite flexibilizar la interpretación jurídica mediante criterios de racionalización de naturaleza no dogmática, tomando en consideración otros aspectos aparte del normativo, tales como “lo que es justo aquí y ahora”, haciendo alusión al contexto histórico social como parte fundamental del método interpretativo. Estas directrices pueden ser cualquier tipo de argumentos aceptados con generalidad, que permitirán -gracias al hecho de ser compartidos por la mayoría de los miembros de una comunidad- un nivel óptimo de consenso, posibilitando la resolución de los conflictos en un marco de entendimiento común. Si se prescinde de la tópica, se nublaría la “aporía fundamental” de la jurisprudencia y por ende, se terminaría por abstraer el derecho de la realidad humana y social, alejándolo de los problemas concretos. Por esta sola razón, la orientación de Viehweg es muy oportuna para el derecho, porque lo devuelve a su verdadera función. Rescatar al derecho y reconducirlo a su fin exige de una tópica que enriquezca y flexibilice la cultura jurídica actual, dominada por una concepción del Estado como “creador del derecho” que ha terminado por invertir la teoría de fuentes del derecho. En este sentido, suscribimos enteramente la opinión de Villey, quién hace notar que con la instauración del Estado moderno “el derecho ya no será la solución justa sino el conjunto de las leyes”⁸⁵.

Por tanto, desde una sistematización axiomática-deductiva, podemos afirmar que la justicia se concibe en los términos del contractualismo social, donde la falta de atención a la justicia en relación con el derecho obedece a la preferencia que obtiene la interrelación entre el derecho, la ley y el Estado, como queda patente en la presente cultura jurídica. Esta posición de partida, acusa una marcada contradicción respecto del sentido clásico o tradicional de la justicia (particular), como objeto fundamental de la ciencia del derecho, en los términos en los que se recoge en Aristóteles o en la jurisprudencia romana, y que confirma y reivindica Viehweg, apoyándose en las aportaciones contemporáneas a la civilística, principalmente de Von Hippel, Esser y Wilburg⁸⁶.

8. ESTADOS DE LA CUESTIÓN

El presente trabajo ha intentado demostrar la importancia que la obra Viehweg ha tenido para la reivindicación de la tópica como instrumento jurídico frente a los excesos racionalistas, positivistas, dogmáticos,

⁸⁴ Ahí se ubicaría entre otras, la vía defendida por la teoría discursiva de la argumentación jurídica elaborada por Alexy a partir de presupuestos de Habermas, así como las correcciones contextualistas de la misma llevadas a cabo por Klaus Günther. Sobre este particular, VELASCO ARROYO, cit., págs. 49-68.

⁸⁵ Cfr. VILLEY, cit., pág. 97.

⁸⁶ Cfr. RECASENS-SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico*, cit., pág. 1079.

conceptualistas y formalistas. Sin ánimo de cerrar una conclusión al respecto, nos limitamos a apuntar una serie de reflexiones sobre los estados de la cuestión planteada.

i. Más allá de las observaciones críticas antes referidas, coincidimos con gran parte de los autores que han tratado esta cuestión en señalar que uno de los méritos de Viehweg no ha sido construir una teoría sino el hecho de haber abierto un nuevo campo para la investigación jurídica⁸⁷. Además de este mérito, la teoría de Viehweg representa un alegato contra una rígida sistematización del razonamiento jurídico moderno. Esta rigidez ha terminado por internar su objeto en el sentido clásico -la aporía fundamental de la búsqueda del derecho como lo justo ("aquí y ahora")- en favor de los principios de legalidad y de seguridad jurídica. Principios informadores del ordenamiento jurídico que son propios de una concepción racionalista y positivista del derecho basado en un modelo axiomático-deductivo. Así pues, el recurso de la tónica puede contrarrestar algunos de sus efectos y deficiencias. Es en este contexto donde hay que ubicar la contribución de la obra de Viehweg y su especial interés para mejorar el derecho y el modo de pensarlo y aplicarlo.

ii. De la lectura y análisis de la obra *Tónica y jurisprudencia* se infiere que es una investigación que no es propiamente histórica, sino sobre todo de fundamentos, para resaltar una perspectiva pocas veces observada por los teóricos del derecho moderno. Viehweg defiende que la jurisprudencia no es ni debe ser una ciencia en sentido físico-natural pero que no por ello su científicidad ha de verse mermada. Por tanto, en derecho no puede hablarse de verdadero o falso, como en las ciencias físicas y matemáticas sino de justo o injusto, razonable o no razonable. Las decisiones o conclusiones exigen partir de enunciados ciertos, aceptados como válidos y susceptibles de servir al fin del derecho que es la solución justa.

iii. Como se ha tratado en la presente reflexión, la tónica es una técnica del pensamiento que tiene como fin la resolución de un problema (aporía fundamental de lo justo "aquí y ahora"), el análisis de las distintas alternativas de solución (*topoi*) y como fundamento la legitimación por vía de reconocimiento general sobre la base del sentido común. Pero Viehweg no pretende presentar la tónica como un método cerrado e inamovible. Si el derecho vive en función del problema que trata de resolver, la tónica ha de ser flexible e integradora, intentando orientar el sistema hacia el problema, o la respuesta hacia la pregunta en los términos del binomio cetética-dogmática presente en la ciencia del derecho. Viehweg insiste en que a pesar de su postura acritica, la dogmática jurídica es racional dentro de los límites que representan las premisas del sistema, pues no debe obviarse que en la dogmática jurídica se encuentra ausente una crítica a los fundamentos de la norma, pero no una renuncia a los métodos desarrollados por la ciencia jurídica que en su conjunto tiene la función de desarrollar y ensanchar, por así decirlo, los contenidos del

⁸⁷ Cfr. ATIENZA, cit., pág. 63.

mismo sistema dogmático-jurídico particular⁸⁸. La tópica no rompe pues con el método sistemático porque no desconoce que existe un legislador, unas normas positivas, unos precedentes judiciales y una dogmática que ayuda a conocer y comprender lo anterior. En palabras de López Jacoiste, la tópica, “no opone a la sistemática jurídica como tal, sino a la sistemática cerrada, de suerte que en modo alguno abdica de visiones omnicomprendivas; lo que sucede es que las busca a través de vivaz apertura argumental y no por vía de cerrada deducción; pone en juego principios mediante los cuales da razón de lo particular, y por ese camino llega a síntesis fecundas dotadas de valor general”⁸⁹.

iv. La búsqueda de la verdad no corresponde al derecho sino a la filosofía⁹⁰. Pero esto no significa que el jurista pueda incurrir en juicios relativistas o arbitrarios. Efectos que serían inadmisibles por razones de justicia y seguridad jurídica. El derecho se ubica en el campo de lo razonable, no de la certeza, entendiendo que las normas jurídicas no son más que las estimaciones del legislador sobre lo justo en un momento concreto. Por tanto, la función de la tópica es buscar proposiciones normativas razonables para que la decisión sea justa.

v. El pensamiento problemático no altera el sistema de fuentes del derecho. Los tópicos son puntos de vista, signos pragmáticos que se refieren a un contexto situacional, pero no pueden suplantar a la norma legal. En este sentido, coincidimos con García de Enterría en señalar que los tópicos operan como principios generales del derecho: “los *topoi* en que se concentra la experiencia jurídica han de ser normalmente los puntos de condensación del mundo de valores superiores que en el Derecho viven (...) que se concreta no en un orden abstracto, lejano, evanescente, de preceptos o de directivas, sino en unos principios generales del Derecho perfectamente singulares y específicos, operantes en ámbitos problemáticos concretos (...) son verdaderamente principios en sentido ontológico que informan la institución en que se manifiestan, y no meras máximas o reglas heurísticas; son generales, en cuanto, en cuanto procedentes de una estimativa objetiva y social (...) Razonar en Derecho, interpretar las normas o los actos jurídicos, aplicar el Derecho, no es más que operar con esos principios, alrededor de los cuales se ordena todo el particularismo de las reglas y de los actos concretos”⁹¹. Por tanto, los tópicos podrían asimilarse a los principios generales del derecho a que hace referencia el art. 1 del Código Civil español en sus apartados 4º y 6º como principios informadores de la institución en que se manifiestan, “perfectamente singulares y específicos, (...) y que están configurados en orden a círculos problemáticos concretos, obedientes a la estructura tópica y no axiomática”⁹².

⁸⁸ Cfr. CABRERA HERMOSILLO, D., cit., pág. 4.

⁸⁹ LÓPEZ JACOISTE, cit., pág. 1064.

⁹⁰ Cfr. VILLEY, cit., pág. 166.

⁹¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, prólogo a *Tópica...*, cit., págs. 16-19.

⁹² Art. 1 CC. “1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto

vi. El pensamiento problemático no niega la idea de sistema sino que opera como contrapeso ante la aplicación rígida e inflexible del derecho. Su recuperación podría contrarrestar la deriva del método sistemático en el marco de un Estado de Derecho cada vez más normativista e intervencionista, ayudando a flexibilizar la tarea del juez, ampliándole su horizonte interpretativo para buscar soluciones justas y razonables. Viehweg no contrapone tónica-sistema o tónica-lógica. Que Viehweg critique o rechace los excesos del sistema jurídico axiomático-deductivo no implica que el derecho deba prescindir de una lógica deductiva: "la deducción como es natural es imprescindible en todo pensamiento, pero aquí no juega de ningún modo un papel directivo (...) decisiva es más bien la elección de premisas, que se produce como consecuencia de un determinado modo de entender el derecho"⁹³.

vii. Compartimos con Vallet la convicción de que "el Derecho es algo inseparable de la vida, mientras que de una abstracción no puede deducirse con exactitud matemática sino conclusiones igualmente abstractas, descarnadas de toda circunstancia, y de las cuales, normalmente, el caso juzgado se hallará al margen, por escapar de la certidumbre lógico formal"⁹⁴. En consecuencia, una extensión tónica que atienda a los criterios de justicia (que exigen ponderar diversos principios, normas y circunstancias, sopesar argumentos y soluciones...), ayudará sin duda a que el derecho sea más abierto, más vivo y más justo⁹⁵. Esta convicción de que el criterio último del razonamiento jurídico es ético y no lógico hace necesario un estilo de argumentación retórico-dialéctico que consiga llegar a una solución justa y razonable, pues "en tal tarea participa la personalidad entera del jurista, cuyo orgullo consiste en practicar un arte no solo meramente intelectual, sino también moral"⁹⁶.

viii. Las palabras de las leyes pueden tener sentidos diferentes pero tomando únicamente uno de las significaciones para la construcción del axioma se eliminan múltiples conexiones de problemas. Por esta razón, el pensamiento lógico-axiomático no cumple óptimamente la misión del derecho ("decir qué es lo justo aquí y ahora") si no procede en última instancia tónicamente⁹⁷.

de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. 6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido".

⁹³ VIEHWEG, cit., pág. 149.

⁹⁴ Cfr. VALLET, cit., págs. 78-79.

⁹⁵ CORRAL GENICIO, cit., pág. 89.

⁹⁶ RECASENS-SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico*, cit., pág. 1069.

⁹⁷ En el mismo sentido CORRAL GENICIO, cit., págs. 91 y 105, quién considera que en la tónica de Viehweg hay más sincretismo metódico del que parece, por ello afirma que, denominar tónico a este estilo de pensamiento puede traer consigo el peligro de identificar el todo con la parte: "Personalmente pienso que la nomenclatura quiere resaltar la parte olvidada por el

ix. Todo proceso nace de una controversia y debe concluir mediante una sentencia bajo apariencia de silogismo. La premisa mayor en cualquier caso no es dada y es necesaria buscarla, inventarla, elegirla de entre una pluralidad de diversas fórmulas. En todo proceso no sólo se invocan normas positivas sino también principios generales del derecho, precedentes judiciales, equidad, oportunidad, esto es, factores que los jueces tienen en cuenta a fin de resolver la controversia jurídica de que trae causa el mismo proceso. Las partes se sirven del arte de la argumentación para refutar las razones del contrario, para demostrar su irrelevancia para el caso en litigio, desacreditar sus pruebas y hacer prevalecer su propia tesis. Al final, la victoria corresponderá a la mejor defensa del caso, a la parte que haya sabido encontrar en apoyo de su causa los lugares comunes más arraigados en el órgano jurisdiccional, argumentando de manera más convincente, persuasiva y elocuente. La solución del tribunal no será la más verdadera sino la más oportuna, razonable y aceptable, la que encuentre más adhesiones por consenso.

x. Por tanto, como una solución de derecho no puede ser verdadera o falsa, sino justa o injusta, razonable o no razonable, el instrumento intelectual que necesitan los juristas no es la demostración científica operada por lógica formal, sino la racionalidad práctica del método tópico⁹⁸. Coincidimos finalmente con la opinión de Figa Faura en el sentido de que Viehweg no ofrece en su ensayo ninguna metodología original, sino que se limita "a describir lo que los juristas hacen y han hecho siempre (...). Con su ensayo, Viehweg devolvía a los juristas la fe, la confianza en su quehacer anárquico, confuso, impredecible, intuitivo, amorfo e irracional; les permitió levantar la cabeza y no sonrojarse ante los cultivadores de las ciencias naturales"⁹⁹.

sistema axiomático-deductivo, a la vez que mostrar que se trabaja con enunciados probables y razonables, sin lugar para el apriorismo".

⁹⁸ Cfr. VILLEY, cit., págs. 165-166. Además, como afirma RAMÍREZ, cit., pág. 112: "En propiedad tampoco el científico en su trabajo está libre de tópica, pues una cosa es el razonamiento científico explícito y otra son los motivos inconscientes y culturalmente arraigados que hacen a un científico ocuparse de unos problemas y no de otros o tratarlos de una manera y no de otra". Igualmente, GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica jurídica*, cit., pág. 85 y sigs.

⁹⁹ FIGA FAURA, cit., pág. 20.