

## UN DIÁLOGO ENTRE JURISTAS: LA REIVINDICACIÓN DE LA TÓPICA PARA LA INEXCUSABLE BÚSQUEDA DE LO JUSTO Y RAZONABLE EN DERECHO\*

por Jerónimo Corral Genicio \*\*

---

### Parte primera. Introducción a la tópica.

La reivindicación del método tópico como instrumento del razonamiento jurídico se produce en el siglo XX gracias al éxito de la obra *Topik und Jurisprudenz* de Theodor Viehweg<sup>1</sup>. La 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. El antiguo método de Aristóteles, de Cicerón y de los juristas romanos es invocado frente a los excesos logicistas del modelo axiomático-deductivo que proviene del iusnaturalismo racionalista. Frente a la lógica deóntica generada por una concepción racionalista y legalista del Derecho se propone una lógica de lo humano o lógica de lo razonable. Esta dirección se encuentra en Recaséns, García Bacca, Villey<sup>2</sup>, Struck, Kriele, Perelman<sup>3</sup>, Levi, Esser<sup>4</sup>... quienes juzgan insuficiente el criterio deductivo-sistemático; falta una orientación teleológica, una preocupación casuística y de búsqueda de lo justo en cada problema jurídico planteado.

Si el Derecho aparece como un conjunto de proposiciones, cabe un estudio lógico de las normas jurídicas. Pero éstas, al ser utilizadas por los prácticos del Derecho -quienes razonan, argumentan y aplican de manera diversa dichas proposiciones-, hacen insuficiente la lógica deóntica, por la

---

\* Publicado en la RTFD el 26 de marzo de 2002.

\*\* Abogado (España) jero\_corral@yahoo.com

<sup>1</sup> T. Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, traducción de Luis Díez-Picazo y prólogo de Eduardo García de Enterría, Ed. Taurus, Madrid 1986 (Título del original: *Topik und Jurisprudenz*, 1963).

<sup>2</sup> Para el profesor francés es imposible obtener una verdadera resolución jurídica mediante la deducción en virtud de un razonamiento lógico-formal de los textos de las leyes. Vid. Michel Villey, *Compendio de Filosofía del Derecho*, vol. II, EUNSA, Pamplona 1981, págs. 237 y ss.

<sup>3</sup> Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, traducción de Luis Díez-Picazo, Ed. Civitas, Madrid 1988. El autor belga propone una teoría argumentativa basada en la retórica que responda a la pregunta siguiente: "¿Por qué procedimientos intelectuales llega el juez a considerar una decisión como equitativa, razonable o ejemplar, cuando se trata de nociones eminentemente controvertidas?" (Op. cit., pág. 136).

<sup>4</sup> En *Grundsatz und Norm* (1956) 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 jurídica debe ofrecer medios racionales de obtención del Derecho. En opinión de Larenz, éstos son los tópicos de Viehweg y las consideraciones jurídico-rationales de Kriele (vid. Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción de M. Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, Barcelona 1994, en especial págs. 151-156 y 160-166).

especialidad del objeto<sup>5</sup>. Al lado de la lógica formal hay un estudio del lenguaje del jurista que, en opinión de estos autores, se mueve en un marco dialéctico: de una parte, la analítica permite obtener conclusiones generales (*definitiones, regulae*), y de otra, mediante el arte retórico se determina prudencialmente lo justo y lo injusto; el proceso que media es el dialéctico, que será el adecuado para obtener las **oroí** (definiciones o resoluciones), a través del esquema clásico de *ponere causam, disputatio y conclusio*<sup>6</sup>.

Este sistema argumentativo responde más a la naturaleza del razonamiento jurídico que el demostrativo. Pero ambos deben coexistir: la lógica jurídica, como *organon*, debe incluir, en opinión de Kalinowski<sup>7</sup>, elementos lógicos, paralógicos y extralógicos; y sólo para los primeros - que además pueden ser normativos y no normativos- juegan las reglas de la lógica formal; para los demás se hace necesario un sistema de razonamiento que no responda exclusivamente al método matemático-cartesiano y que ponga más el acento en la premisa que en el proceso deductivo o en la conclusión. Para la construcción de este sistema se parte de la tópica aristotélica, como teoría de la dialéctica, y de la ciceroniana, que es más práctica, ya que ofrece un catálogo de tópicos para su uso argumentativo<sup>8</sup>. Descartes y el método de la geometría euclidiana han de integrarse con los antiguos *scientiarum instrumenta*, según propuesta de Vico<sup>9</sup> que recoge Viehweg como punto de partida: del nuevo método, la agudeza y la precisión -siempre que el *primum verum* desarrollable mediante el *mos geometricus* del que parten sea efectivamente un *verum*-, y del tópico, la penetración en el caso y el desarrollo de la fantasía y la retentiva.

El leitmotiv metodológico es el problema y no la respuesta obtenida formalmente del sistema. La tópica es "una técnica del pensamiento problemático", donde las conclusiones giran alrededor de los problemas (Arist., *Top.*, 1, 4, 2, 2), entendiendo por problema "la cuestión que aparentemente permite más de una respuesta, que requiere necesariamente un entendimiento preliminar conforme al cual toma cariz la cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución"<sup>10</sup>. Tales problemas, en razón de su

---

<sup>5</sup> Dice expresivamente Perelman: "En la lógica judicial hay bastante poco de lógica formal" (Op. cit., pág. 14).

<sup>6</sup> Vid. Alberto Montoro Ballesteros, *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1986, págs. 126 y ss.

<sup>7</sup> Georges Kalinowski, *Introducción a la lógica jurídica*, Universidad de Buenos Aires, 1973. Vid. también el artículo de Luis Legaz Lacambra, "El problema de la lógica jurídica en algunas obras recientes", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo II, Madrid 1954.

<sup>8</sup> De hecho, la obra fue escrita en atención a un jurista, llamado Trebacio, quien interesado en disponer de argumentos para las discusiones, lee la Tópica de Aristóteles y pide a Cicerón un tratado más comprensible y práctico, "una suerte de recetario" (T. Viehweg, op. cit., pág. 46).

<sup>9</sup> *De nostri temporis studiorum rationae*, 1708.

<sup>10</sup> T. Viehweg, op. cit., pág. 55.

ineludibilidad en Derecho, se pueden considerar como aporías, de donde surge la expresión **pensamiento aporético** que Nicolai Hartmann<sup>11</sup> contrapone a **pensamiento axiomático**, nomenclatura que considero más adecuada que la ofrecida por la dicotomía sistemático-problemático, pues el problema no niega el sistema, sino que trae causa de él y es en él donde ha de buscarse su resolución.

El pensamiento lógico-axiomático se rechaza en cuanto que las leyes, escritas con palabras, al tener sentidos diversos, y tomando sólo en consideración uno de los sentidos para la construcción del axioma, elimina numerosas conexiones de problemas: la jurisprudencia, si quiere cumplir su misión -que es decir qué es lo justo aquí y ahora-, ha de proceder tópica y no deductivo-sistemáticamente<sup>12</sup>. Subyace a esta concepción una creencia en la insuficiencia de la lógica de la subsunción como derivación deductiva de normas jurídicas desde otras normas jurídicas de contenido más general<sup>13</sup>.

Se trata ahora de descubrir la **conexión comprensiva** en la que está imbricado el problema. El jurista sistemático-deductivo intenta aprehender la conexión de una manera derivativa o lógica, dado un sistema global; sin embargo, el jurista tópico busca el sistema que resuelva el problema, guiado por los *topoi*, derivados de los problemas prácticos y esclarecedores de los diferentes puntos de vista que se argumentan en torno a uno de ellos. Son así "posibilidades de orientación o hilos conductores del pensamiento"<sup>14</sup>. En afortunada frase de García de Enterría, que prologa el libro de Viehweg, "la aportación conceptual y

---

<sup>11</sup> *Diesseits von Idealismus und Realismus*, en *Kant-Studien*, XXIX, 1924.

<sup>12</sup> Vid. K. Larenz, op. cit., págs. 152 y ss. La negación de la sistematización como finalidad primera de la Ciencia jurídica en Viehweg es contestada por Legaz Lacambra de la siguiente manera: "El ordenamiento jurídico constituye un todo sistemático. Constituye un punto de vista sobre la justicia, que se realiza en una multitud de vivencias y valoraciones de la comunidad en que rige. Destacar la unidad de ese punto de vista, la unidad sistemática a través de la variedad vivencial y valorativa, mostrar cómo el sistema integra la misma realidad jurídica concreta, es misión de la ciencia jurídica (...) ahora bien, la interpretación, construcción y el sistema no pueden ser el todo de la ciencia jurídica, si con eso se quiere hacer prevalecer una dimensión puramente teórica sobre la dimensión práctica que le corresponde. La ciencia jurídica no puede olvidar que si bien está condicionada por la lógica y presupone los conceptos jurídicos fundamentales y opera con los conceptos normativos, unos y otros son la **reducción formalista** y la **objetivación conceptual** de una realidad que es teleológica y está transida de valores" (Op. cit., pág. 88. La negrita es mía).

<sup>13</sup> La subsunción es un silogismo teórico que ya no es aceptable para la **comprensión** de los fenómenos sociales. Von Wright propone un **silogismo práctico** capaz de ofrecer una explicación teleológica en la línea reactiva contra el positivismo de Hempel y Popper. Vid. Georg Henrik von Wright, *Explicación y comprensión*, trad. de Luis Vega Reñón, Ed. Alianza Universidad, Madrid 1971, donde dice en la pág. 49: "El razonamiento práctico reviste gran importancia para la explicación y comprensión de la acción. Es un principio del presente trabajo la tesis de que el silogismo práctico provee a las ciencias del hombre de algo durante mucho tiempo ausente de su metodología: un modelo explicativo legítimo por sí mismo, que constituye una alternativa definida al modelo de cobertura legal teórico-subsuntiva".

<sup>14</sup> T. Viehweg, op. cit., pág. 61.

sistemática es que la ciencia jurídica ha sido siempre, es, y no puede dejar de ser una ciencia de problemas singulares, jamás reductible -frente a intentos ingenuos, siempre fallidos- al esquema mental axiomático-deductivo expresado en las matemáticas"<sup>15</sup>.

### **Parte segunda. Un diálogo entre juristas.**

- Me presentaré. Soy un jurista convencido de la brillantez y corrección del método axiomático-deductivo.

- Yo soy el jurista tópico. Aquí conversaremos sobre la necesidad de la argumentación racional en el Derecho y de sustituir la impersonal lógica formal por una lógica de lo razonable para una disciplina que, en definitiva, se basa en la intersubjetividad humana y en la justicia que ha de guiar toda alteridad. De lo que se trata, y en esto ningún práctico del Derecho ha de negarnos razón, es que nuestras leyes solucionan los problemas de la convivencia; y por eso nos corresponde a los teóricos elaborar una técnica que se oriente a solucionar de la manera más justa, más razonable y más acorde con el orden positivo, tales problemas.

- Bien. Si vamos a reflexionar sobre nuestros respectivos métodos, estaremos haciendo metodología. ¿No estás de acuerdo?

- Lo estoy.

- ¿Y cómo es posible que una teoría del método olvide lo conceptual y se convierta en tópica? Porque afirmo que no hay método sin sistema.

- Es que la sistemática propia del Derecho es ser intrínsecamente problemática. O, si lo prefieres, el problema vive enraizado en el sistema, de manera latente, y es la vida, con sus intereses, valores, necesidades, quien lo pone de manifiesto.

- Veo que hablas conjuntamente de problema y de sistema. ¿No son irreconciliables los métodos de pensamiento sistemático y problemático? Porque en el primero las respuestas se hallan por derivación lógica de los elementos del sistema, rechazando aquellas cuestiones que no se ajustan a él, mientras que en el segundo el centro de gravedad gira en torno al enunciado, relativizando la importancia del sistema en tanto sea capaz o no de ofrecer una solución.

- Los tópicos no somos tan ingenuos o tan devotos del sentimiento jurídico de los jueces como para darles una libertad asistemática en la aplicación de los *topoi*. Ya advierte Cicerón que la disertación se compone de una fase inventiva u otra formativa del juicio. La primera responde a la tópica, al *ars inveniendi* o de búsqueda de premisas; y la segunda es dialéctica y responde al *ars iudicandi*.

---

<sup>15</sup> Ibid., pág. 14.

- No lo veo muy claro. ¿Dónde queda el sistema en este esquema de la *disertatio*?

- Te lo mostraré utilizando un contemporáneo. No es misión del juez realizar la justicia de manera inmediata...

- ¿Cómo? ¿Que no es misión del juez plasmar la justicia en sus resoluciones? ¿Quién puede sostener tal cosa?

- Karl Larenz<sup>16</sup>. Creo que te has precipitado al oír la palabra *inmediatamente*. Cuando dice que la realización inmediata no es su misión, deberías alegrarte, pues en contra del sociologismo y del Freirecht, se afirma la importancia del sistema; a saber, de las leyes positivas, de las aportaciones dogmáticas y de los precedentes judiciales. El juez no puede basarse arbitrariamente en un *topos* para administrar justicia, sino que ha de buscar una resolución de acuerdo con las reglas positivas, con los principios valorativos que subyacen en dichas reglas y con las pautas que ofrecen anteriores sentencias. Es misión de la Ciencia del Derecho mostrar todo esto. No basta una colección de puntos de vista, unos al lado de otros: insisto en que no se puede dejar a la libre elección del juez el *topos* aplicable. La Ciencia del Derecho, en opinión de Larenz, tiene que hacer visibles las **conexiones de sentido** y la **contextura espiritual del orden jurídico**, para lo cual tiene que proceder sistemáticamente, lo que no quiere decir que todas las reglas y conceptos jurídicos se obtengan necesariamente mediante la lógica.

- ¿Y si surge un problema nuevo, es decir, sin respuesta para la actual Ciencia del Derecho?

- Pues no se puede obviar. El sistema debe modificarse para poder dar una respuesta satisfactoria. La tópica y el sistema abierto no se excluyen; por el contrario, se exigen y complementan. Así lo afirman Wieacker, Zippelius, Kriele y Coing, entre otros.

- Tanta flexibilidad del sistema y tanta adecuación a los nuevos problemas, ¿no merma en alguna manera la seguridad jurídica? Me parece que es el precio a pagar por el afán casuístico y particularista.

- Tal es el afán del common law, extraordinariamente fecundo, y también fue el de la jurisprudencia romana clásica. ¿Se puede reprochar a estos sistemas falta de seguridad jurídica? Además, la legitimidad del *topos* radica en el consenso, y aunque éste no sea garantía absoluta de racionalidad en la decisión jurídica<sup>17</sup>, sí tiene la virtualidad de

---

<sup>16</sup> Op. cit, págs. 155-156.

<sup>17</sup> Es opinión de Juan Antonio García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, Ed. Civitas, Madrid 1988, págs. 341 y ss., donde dice que 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

salvaguardar la seguridad jurídica, pues las premisas se legitiman en función de la aceptación del interlocutor, y no llevan directamente a la decisión final -pues se caería en un puro decisionismo-, sino que existe un proceso selectivo y dialéctico, que se desarrolla sistemáticamente para seleccionar la opción justa y, a la vez, formalmente correcta. Claro que entender la tópica como búsqueda de premisas lleva a afirmar su insuficiencia como teoría metodológica, al quedarse en el primer estadio del razonamiento jurídico.

- Decías antes que el método tópico fue usado en Roma. ¿Quiere resucitar Viehweg la tópica basándose en que los juristas romanos -y también los medievales- estuvieron más ocupados en la búsqueda de argumentos que en la construcción de un sistema conceptual?

- En realidad, lo que Viehweg se pregunta es si la jurisprudencia romana ha seguido el modo de actuar tópico; pero su investigación no es propiamente histórica, sino de fundamentos. reconoce por ello que su estudio constituye una empresa incompleta, y que su pretensión era resaltar un ángulo pocas veces observado.

- Pues a mí me sigue interesando saber si los romanos fueron tópicos. Me resulta difícil creerlo, ya que todas nuestras sistematizaciones provienen de las Instituciones, del Digesto, del Código, de las Novelas. No puede ser que todo el Corpus Iuris no responda a una mentalidad sistémica.

- Hagamos, entonces, un poco de historia<sup>18</sup>. Que la compilación justiniana responde a un plan coherente e integrador es innegable. Pero al recoger en su mayor parte la herencia de los clásicos -sólo los fragmentos de Ulpiano representan un tercio del Digesto-, hemos de volvernos a éstos para indagar en su actividad.

- No olvidemos a los juristas republicanos<sup>19</sup>. Con Mucio Escévola, Sexto Aelio Cato -que en sus *Tripertita* comenta y completa las XII Tablas-, Aquilio Galo, Servio Sulpicio, Alfeno, Tuberón y Trebacio -el destinatario de la *Tópica* de Cicerón-, el Derecho deja de ser un cúmulo desordenado de conocimientos jurídicos y se convierte en una verdadera ciencia (*iurisprudentia*) o en técnica (*ars*) que se organiza científicamente, *ius civile in artem redigere*, en expresión de Cicerón.

- Convendrás conmigo en que la profunda formación helenística de los *iuris peritus* es en buena medida responsable de la sistematización de

---

esa y no otra de las soluciones en disputa" (pág. 342). Sobre la racionalidad en la argumentación jurídica volveré posteriormente.

<sup>18</sup> Para las observaciones que siguen, vid. Juan de Churrua, *Introducción histórica al Derecho romano*, Universidad de Deusto, 4ª ed., Bilbao 1987.

<sup>19</sup> La jurisprudencia de la época preclásica se corresponde con los últimos tiempos de la república (siglos II y I a. C.). Vid. VV. AA., *Manual de Historia universal, vol. IV (Roma)*, Ed. Nájera, Madrid 1983.

los conocimientos acerca del Derecho. La dialéctica que conocen de la gramática, retórica y filosofía griegas es aplicada a la ciencia jurídica, y es en la época clásica cuando el método se desarrolla plenamente. En el siglo I, con Labeón, Casio, Sabino, Proculo, Javoleno; en el II d. C. con Gayo, Celso, Juliano, Pomponio; en el III d. C. con Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino. Tal desarrollo ocurre desde una acusada orientación práctica. Los grandes juristas no fueron teóricos sino asesores de magistrados, de políticos y de particulares en sus problemas diarios, que solucionaron con gran realismo y sentido jurídico. No pretendieron hacer una ciencia. El método dialéctico importado de Grecia fue usado en tanto ayudaba a la clarificación de sus *quaestiones*, de ahí que sus construcciones doctrinales fueran escasas, poco rigurosas lógicamente y con un bajo grado de abstracción, si las comparamos con las derivadas del moderno Derecho continental. Será en el período postclásico, siglos III-VI d. C., carente de grandes figuras creadoras, donde se avanza hacia una estructura dogmática, pero que viene a ser una reelaboración del Derecho clásico.

- Y el que los romanos no dispusieran de un sistema abstracto y conceptual de raigambre, ¿permite calificar de tópico a su método?

- Sí, pero no como contrapuesto al método deductivo. Si bien no siguieron un sistema lógico cerrado y sí un eclecticismo metódico, en sus argumentaciones, al lado del argumento de autoridad que solía acompañar a los *topoi*, se encuentran analogías, reducciones ad absurdum, soluciones lógicas, ficciones, análisis gramaticales para las declaraciones de voluntad,...

- Un gran sincretismo, ciertamente. Pero, ¿qué utilidad tiene ahora para nosotros traer a colación el sistema ponderativo y casuístico romano?

- Frente a los excesos conceptualistas, a las ansias constructoras y a la veneración del axioma que los sistemático-deductivos profesáis, es saludable recordar que la Ciencia del Derecho sirve a la vida, y que históricamente el científico ha sido más práctico que teórico. La jurisprudencia no es una ciencia en sentido fisiconatural y su cientificidad no es inferior por ello.

- Cierto. La concepción mecanicista ya ha quedado superada. No hay problema en admitir al Derecho dentro de la categoría de las ciencias humano-sociales.

- Entonces convendrás conmigo que su método cognitivo es un comprender y no un explicar.

- ¿Qué quieres decir? Yo puedo explicarte la *bona fides*, el fideicomiso y la convalidación en el negocio jurídico. También puedo explicar cómo una resolución particular proviene de una norma general, y

se hace así concordante con el sentido lógico del sistema. No se trata de que comprenda una norma jurídica, sino que pueda explicar su procedencia y sus relaciones sistemáticas. El contenido es irrelevante, en tanto su obtención se deba a un procedimiento correcto.

- Estoy contigo en que la explicación forma parte del bagaje cognitivo del Derecho, pero sólo respecto al ámbito docente. Si te digo que la explicación debe ser tal que permita la comprensión, o la reflexión, o una posterior explicación, me meto en la senda de la psicología del aprendizaje, donde soy lego. Sin embargo acuérdate de la expresión de Puchta *Derecho de juristas*, que se contraponía a *Derecho popular*, que en una acepción más particular se llamó *Derecho de profesores*, como un Derecho de conceptos universitarios, desvinculados de la vida real.

- Creo recordar que Jhering decía al respecto de este Derecho que "su finalidad práctica había sido completamente perdida de vista", pero también aseguraba que "al práctico podrán bastarle los conocimientos y concepciones que posee y que domina de tal modo que en cualquier momento pueda sacar del arca de su saber lo que necesita para el caso. El maestro, en cambio, tiene que dar a la suma del saber que quiere comunicar a su alumno la forma adecuada para que pueda ser aprendida"<sup>20</sup>. Y también: "Para el desarrollo de la ciencia jurídica romana fue de extrema importancia una forma de enseñanza tomada de los griegos. A la exposición puramente práctica de las leyes y edictos en forma de comentarios, se le suma la exposición didáctica, que dió lo que hasta entonces había faltado: la sistemática interna"<sup>21</sup>.

- Yo no niego la importancia de tal sistemática. Pero enseñar el Derecho sólo como sistema puede acarrear aquella desvinculación con la vida que Jhering también denunciaba. El propone un sistema de enseñanza donde al lado de la evolución histórica, del espíritu, de las fuentes, se pueda poner el Derecho en **condiciones de utilización en la vida**. Y para lo primero bastan las explicaciones sesudas y eruditas, pero para aplicar el Derecho no basta elucubrar ni hacer dogmática; hay que comprender los textos y comprender las necesidades e intereses de la vida. Por eso propone para los exámenes un sistema en que el aspirante demuestre conocimientos teóricos suficientes y también habilidad, gracias a su comprensión, o a su asimilación comprensiva, como ahora se dice, para aplicarlos correctamente: "se sirven confites de erudición, pero falta el pan nuestro de cada día"<sup>22</sup>.

- Bien. Admitamos esto que dices como cierto. Pero no alcanzo a ver la diferencia entre conocer por comprensión y conocer por explicación,

---

<sup>20</sup> Rudolf von Jhering, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, trad. de Tomás A. Banzhaf, introd. de J. Vallet de Goytisolo, Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid 1987, pág. 273.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pág. 275.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pág. 287.



siendo el primero el paradigma gnoseológico que tú reclamas para el Derecho.

- En efecto, como ciencia del espíritu que es. Permíteme que te haga una pregunta: ¿qué consideras más relevante en el Derecho, la causa o el fin?

- Déjame pensar. El Derecho regula comportamientos humanos, que siempre se pueden explicar causalmente. Desde diversas causalidades, por supuesto: física, psicológica,... Pero a la vez el Derecho cumple unos fines, o al menos su establecimiento trata de alcanzar unos objetivos sociales... No puedo darte una respuesta categórica.

- Seguramente conoces mejor que yo el debate del siglo pasado entre positivismo y hermeneútica<sup>23</sup>. Es uno de los antipositivistas, Droysen, quien formula la distinción entre Erklären (explicación) y Verstehen (comprensión), con el ánimo de fundamentar con sustantividad propia el método de las ciencias humanas, al que corresponde el segundo término, y quedando el Erklären como característico de la ciencia físico-matemática.

- Veo que se trata de un esfuerzo por superar a Galileo, haciendo entrar en la escena a Hegel y a Aristóteles, desde que Dilthey dice aquello acerca del Verstehen como comprensión del espíritu objetivo, ya que éste sólo puede comprender lo que ha hecho.

- Cierto, en Dilthey la identidad sujeto-objeto es propia de las ciencias del espíritu. Posteriormente la polémica continúa entre el racionalismo crítico y la Teoría Crítica.

- Un momento. Creí que habíamos venido a hablar de la tópica y no de filosofía de la ciencia.

- Un poco de paciencia. Quiero mostrarte cómo la dialéctica de la Escuela de Frankfurt puede ser aplicable a la Ciencia del Derecho.

- Difícil tarea. ¿Cómo vas a aunar el marxismo hegeliano y el psicoanálisis con el método tópico-problemático que pretendes para el Derecho?

- Mi propósito no es tan ambicioso. Sólo pretendo que el Derecho tome conciencia de su razón científica, que no puede basarse en la explicación causal sino en la explicación teleológica. Adorno dirá que la contradicción -y he aquí la dialéctica que tanto te preocupa-, como problema práctico, es lo que da origen a la Ciencia, y no el problema

---

<sup>23</sup> Para la exposición epistemológica que sigue, vid. José María Mardones, *Filosofía de las ciencias humanas y sociales: Materiales para una fundamentación científica*. Ed. Antrophos, Barcelona 1991, en especial págs. 30-57.

intelectual; de manera que al comienzo de las ciencias sociales están las contradicciones sociales.

- Eso suena al espíritu de 1789.

- Razón y revolución son dos palabras que me encantan unidas. De hecho, un libro de Marcuse se titula precisamente así. ¿Sabes qué opina del lenguaje? Que permite a un individuo tomar una posición contra sus compañeros y afirmar sus necesidades y deseos contra aquéllos de los otros individuos<sup>24</sup>.

- Conflictualismo social y lenguaje, con la consiguiente necesidad de un orden social. Muy interesante. ¿Y la dialéctica genera tal orden social?

- Más que eso, el orden social se puede expresar, en cuanto a sus fines, dialécticamente: a una situación de justicia sucede otra de injusticia, y sucesivamente. Se pretende una superación: éste es el interés por la supresión de la injusticia social, interés emancipador que impulsa la ciencia social<sup>25</sup>. No cabe la asepsia valorativa. El interés de la ciencia es antropocéntrico.

- Pues yo siempre he defendido una ciencia pura. El científico debe atenerse a lo que obtenga de su probeta o de sus encuestas. Si dejamos a los moralistas adueñarse de la ciencia, ésta se convertirá en una disciplina inútil y renqueante.

- A pesar de eso, parece que la ciencia ya no puede ser neutral axiológicamente. Parece evidente desde que la Física perdiera su inocencia en Hiroshima y la Medicina en Auschwitz. El científico no sólo trata con hechos, tal como en 1919 pretendía Weber en *La ciencia como*

---

<sup>24</sup> Para la exposición del pensamiento de Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Leo Lowenthal, Friedrich Pollock, Karl A. Wittfogel, Walter Benjamin, Herbert Marcuse y Erich Fromm hay una excelente monografía de Martin Jay, *La imaginación dialéctica. Una historia de la Escuela de Frankfurt*. Trad. de J. C. Curutchet, Ed. Taurus, Madrid 1984.

<sup>25</sup> Para la Teoría Crítica la ciencia es medio, para entender o comprender el todo social o realidad, *tō on*; para el racionalismo crítico la explicación de fenómenos es el fin de la actividad científica. Mi postura es intermedia. Conocer las leyes causales que son responsables de los fenómenos no debe ser el fin último, tal conocimiento debe llevar a poder entender mejor el todo real. La ciencia debe ser un instrumento de la razón para hacer una metafísica seria y útil. No se trata de comprender un *tō on* estático, sino hacerlo de manera emancipadora e incluso beligerante. Hay que *hacer memoria* - expresión de José Antonio Marina- de la sociedad que queremos. Es un camino ético, porque tras la teoría de la ciencia se lucha por un determinado modelo de hombre y de sociedad. El método ético no puede ser otro que el de justicia-injusticia; esto supera la razón instrumental y la razón crítica: es una razón ética. En esto sigo a Aristóteles, que cultiva la ciencia para "ser más y mejores hombres en una buena sociedad o vida buena, pros to eu shen holos" (J. M. Mardones, op. cit., pág. 49). Y es que la razón debe llevar a la revolución (ética), en caso contrario, existe por alguna parte un reduccionismo interesado de esta razón.

*vocación*, sino con valores e intereses. Ya no hay hechos "puros", ni la *epistemé* es buena y bella por buscar la verdad.

- Recuerda al intelectualismo moral socrático.

- Así es. Hoy puede parecer un poco ingenuo. El hombre no es necesariamente bueno por buscar la verdad. La ciencia no es necesariamente buena por buscar la verdad de cualquier manera. *Buena* es un calificativo moral y no científico.

- Parece que la moral siempre tiene algo que decir.

- En todo lo humano, sí. Lo moral es un constitutivo ontológico de la persona. Por eso, el hecho aislado o puro ya no es aceptable como objeto de conocimiento; queda incompleto si no se incardina en un sistema idiosincrásico. La actual filosofía de la ciencia, de Popper a Feyerabend y de Kuhn a Lakatos, se ha visto en la necesidad de relativizar la idea de hecho, y considerarlo como una construcción compleja, con presupuestos empíricos y lógicos, pero también axiológicos. Hecho y valor son inseparables.

- No nos desviemos del tema. Hablábamos de la dialéctica en la Escuela de Frankfurt.

- Sí. La reivindicación de la explicación teleológica para las ciencias sociales continúa en la segunda generación de la Escuela. Habermas y Apel introducen la necesidad de dar argumentos como presupuesto ineludible en lo que se ha dado en llamar **ética dialógica**. La razón es comunicativa, se trata de dar razón de la realidad en un proceso de diálogo racional, que es inacabable. Apel dice en este sentido que *nunca desaparecerá la opacidad*. Algo de esto hay en Rawls cuando dice que en la sociedad los hombres deberían poderse explicar los unos a los otros el fundamento de sus acciones de manera que tales fundamentos fueran racionalmente aceptados por los demás<sup>26</sup>.

- Así que la necesidad de diálogo es inherente a la sociedad y, por tanto, al Derecho.

- Justamente. Los excesos conceptualistas contra los que acaba lanzando sus diatribas Jhering empiezan todos por "c": construcción, concepto, clasificación, creación. Pero es que las *ces* son parte del alfabeto, y el alfabeto se comprende sólo desde el fin que le es propio: la posibilidad de comunicación. ¿Recuerdas el *Eutifrón* platónico?<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> John Rawls, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1993.

<sup>27</sup> Platón, *Diálogos*, vol. I, trad. e introd. de Juan B. Bergua, Ed. Ibérica, 7ª ed., Madrid 1962, págs. 115-137.

- Claro. Un precioso diálogo donde se busca la naturaleza de lo piadoso y su relación con lo justo, en el que Sócrates antepone la naturaleza y la razón a la mitología y a las creencias tradicionales.

- Tanto Sócrates como Eutifrón tienen causas pendientes a dirimir delante del Arconte-Rey. El primero ha sido acusado por Meletos de *asebeia* o impiedad y el segundo corre con la penosísima tarea de acusar a su padre de homicidio. Se debaten, pues, cuestiones de honor, de respeto a los dioses, de piedad; aspectos no mensurables como las cantidades, los pesos o las longitudes; son cuestiones que provocan disentimientos. Para tratar de lo justo y de lo injusto, de lo hermoso y de lo feo, del bien y del mal, no basta acudir a una opinión autorizada. Los propios dioses guerrean entre sí, defendiendo sus convicciones. Si hemos de tomar esta orientación de Sócrates como cierta, y así volvemos a la tópica, los *topoi* no pueden bastar al juez para fundamentar su decisión, por mucho argumento de autoridad que se invoque.

- Entonces, ¿cómo se completan? Y en diálogo, ¿cómo se solucionan esta clase de disputas?

- Más adelante dirá Sócrates que "es sobre cada hecho particular sobre lo que se discute cuando hombres o dioses discuten", con lo que te ofrezco una primera referencia del pensamiento orientado a problemas, y confiesa que lo que más quiere "antes y con mucho que los tesoros de Tántalos, es hacer razonamientos estables y sólidos", para poder disertar con todos los puntos de vista al alcance del entendimiento, y llegar así a una conclusión justa y razonable.

- Con lo que el problema, ese hecho de discusión de hombres y dioses, es el desencadenante de los razonamientos. ¿Y no pertenecen éstos al sistema?

- Así es. Pero no pueden dejar de estar orientados al problema y a la solución en que han de concluir. La sola corrección de los razonamientos y de los argumentos no lleva necesariamente a afirmar su veracidad o su justicia. Déjame volver al maestro ateniense, que en las primeras líneas de su Apología sostiene que en los correctos y persuasivos discursos de sus acusadores -Meletos, Anitos, Licón- "no se encuentra una palabra que sea verdadera".

- Me parece que tu exposición es contradictoria. Ahora te preocupas por la veracidad, cuando desde tu asistemática tópica el discurso apofántico es irrelevante.

- No me has entendido bien. Por una parte, la tópica no es asistemática por ser problemática. Y por otra, sostengo que en Derecho no se puede hablar de verdadero o falso, como en la ciencia físico-matemática, sino de justo e injusto, o de razonable o no razonable.

- Es decir, que la decisión judicial o la conclusión dogmática admiten juicios de justicia o de razonabilidad, y a la vez hay una cierta preocupación por la cuestión de la veracidad.

- No una cierta preocupación. Las decisiones o conclusiones exigen partir de **enunciados ciertos**, aceptados como válidos y susceptibles de servir a los fines que el Derecho se propone realizar mediante la conducta de los particulares, cuando decimos que obran conforme a Derecho, o mediante las resoluciones de los jueces.

- Todo esto está muy bien. Pero, ¿el enunciado cierto proviene del sistema? ¿Es que no puede ser un axioma? Me cuesta trabajo creer que niegues la posibilidad de formular axiomas. Los juristas sistemático-deductivos nos sentimos orgullosos cuando lo conseguimos. Dime una cosa: ¿Quid de la justicia? ¿No es un irrenunciable jurídico?

- Desde luego, pero no un axioma. Es un *omega*, no un *alfa*. La justicia no está predeterminada de antemano, sino que hacia ella se camina en cada decisión, en cada norma, en cada institución. Dice Legaz que "es un horizonte en el paisaje del Derecho, horizonte que pertenece al paisaje mismo (...) sin confundirse, empero, con él: el horizonte es límite para el paisaje y gracias al horizonte podemos, propiamente, hablar del paisaje, distinguir los objetos y establecer las perspectivas"<sup>28</sup>.

- Bien, y si el juez ha de caminar hacia la justicia en cada decisión, ¿cómo se sirve de los *topoi* en tal búsqueda? Frente a la perfección de un aparato abstracto, sistemático, de gran peso dogmático, contraponen un catálogo de lugares comunes, de índoles variadas, de procedencias dispersas y sin jerarquía. ¿Es que queréis liberar al juez del principio de legalidad y del respeto a los precedentes?

- En absoluto. No se puede desconocer que existe un legislador, un Derecho positivo, unos precedentes judiciales, y una dogmática que ayuda a conocer y comprender todo lo anterior. En esto la tópica no rompe con el método sistemático que profesas, sino que lo completa, **orientándolo hacia el problema**. Viehweg no ha pretendido presentar la tópica como un modo particular y cerrado de Ciencia del Derecho. Esto sería traicionar su propia idea de jurisprudencia, en continua evolución. El sistema de Viehweg es cambiante, y vive en función del problema que ha de resolver; sin embargo, el pensamiento axiomático lleva a la preterición de los problemas que no tienen cabida en él. Es la dicotomía entre el flujo incesante de Heráclito frente a la inmovilidad de Parménides; la regla de Lesbos frente al lecho de Procusto.

- Bueno, bueno, dejemos la literatura.

---

<sup>28</sup> Luis Legaz Lacambra, *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona 1951, pág. 443.

- Disculpa. El propio Viehweg, al decir que su empresa es incompleta, añade a continuación que debe ser completada mediante una "sistematización deductiva". El método es integrador. El juez "no puede considerarse satisfecho por haber podido motivar su decisión de una manera aceptable, debe apreciar también el **valor** de esta decisión y decidir si le parece justa o, al menos, **razonable**"<sup>29</sup>.

- Es decir, que se exige una referencia valorativa junto con la adecuación formal.

- Efectivamente. Esser califica la tarea del juez como una síntesis, "en la que se tenga en cuenta el valor de la solución y su conformidad con el Derecho"<sup>30</sup>. Para esto último basta el sistema, pero no es suficiente: queda el juicio de valor.

- Y por otro lado el juez debe adecuar su decisión a los parámetros del sistema, que ha de ser abierto, adaptable, según dices.

- Eso es. En caso contrario nos abandonaríamos a la irracionalidad. Donde no es posible una fundamentación concluyente el campo no puede quedar abandonado a la decisión irracional. Esta es la tesis de Alexy, quien sostiene que la teoría de la argumentación jurídica es parte de la teoría del discurso práctico racional general, de donde se sigue la exigencia de racionalidad en el discurrir y aplicar jurídicos<sup>31</sup>. Te gustará este Alexy, porque busca los criterios de racionalidad mediante una postura analítico-normativa. En su opinión, el fundamento de la decisión jurídica es el problema central de la metodología jurídica, que debe proporcionar reglas o procedimientos para pasar del complejo norma-enunciado empírico a la decisión jurídica. Estos procedimientos son fundamentalmente los cánones hermeneúticos, pero en caso de indeterminación o disenso entre los intérpretes, hay que buscar un sistema de enunciados de donde se deduzcan las premisas normativas.

- Veo que se trata de construir un sistema de reglas de fundamentación. Los partidarios del sistema axiomático-deductivo estamos de enhorabuena.

- Alexy reconoce que los argumentos desarrollados desde un sistema tienen un peso específico tanto en la praxis judicial como en la ciencia jurídica, pero no concede carácter definitivo a esta argumentación, porque "hay supuestos en los que la decisión de un caso singular no se sigue lógicamente de las normas presupuestadas, ni de enunciados sólidamente fundamentados de un sistema cualquiera"<sup>32</sup>. En este caso, el decisor se inclinará por la alternativa que considere como **mejor**.

---

<sup>29</sup> Ch. Perelman, op. cit., pág. 97.

<sup>30</sup> Citado por Ch. Perelman, ibid., pág. 114.

<sup>31</sup> Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, págs. 21-47.

<sup>32</sup> Ibid., pág. 27.

Wieacker dice en este sentido que todos los problemas de aplicación del Derecho pueden ser formulados como **decisiones entre alternativas valorativas**.

- Supongo que de aquí no se deduce que existe un espacio libre para el desarrollo de las convicciones morales desde la subjetividad del juez.

- Nada de eso: las valoraciones han de ser objetivadas. Esto se ha intentado haciendo referencia a un sistema interno de valoraciones generalizadas de la colectividad, e incluso a un intuicionismo ético que buscaría unos principios suprapositivos.

- ¿Cuál es la vía propuesta por Alexy?

- Como antes decía, sigue una postura analítico-normativa. El objetivo es buscar las reglas del discurso, para poder calificar como justas las normas y las decisiones que satisfagan los criterios determinados por tales reglas. Estas las obtiene estudiando a Stevenson, Hare, Toulmin y Baier -en el campo de la ética analítica-, la teoría consensual de la verdad de Habermas, la teoría de la deliberación práctica de la Escuela de Erlangen (ética constructivista) y la teoría argumentativa de Perelman.

- Y tales reglas serán, seguramente, axiomas de los que parte para deducir conclusiones normativas.

- Pues no. Los status lógicos de las reglas varían. Además no determinan el resultado de la argumentación, sino que califican los enunciados como discursivamente necesarios o imposibles. La virtualidad de las reglas del discurso es alumbrar un proceso de decisión en el que no se predetermina la base de la decisión ni la particularización de los pasos del proceso. Como ves, no responde a un sistema de lógica racional que trabaje con axiomas predeterminantes.

- He vuelto a perder a la tópica en este bosque.

- Nunca ha dejado de estar presente. Tanto Viehweg como Perelman, Kriele o Habermas rechazan la existencia de un abismo infranqueable entre la racionalidad lógica y la irracionalidad de la decisión valorativa. Hay una zona intermedia, ocupada por formas racionales de clarificación discursiva y por posiciones valorativas. La de la tópica es considerar el consenso como fundamento de validez de los *topoi*.

- ¿Un consenso meramente fáctico? Me parece insuficiente para fundamentar una decisión. La racionalidad exige el respeto del Derecho positivo.

- Esta objeción es muy seria. Un lugar común jurídico no puede suplantar a la ley. Ante todo hay que respetar el orden de prelación de

fuentes, y los *topoi* no pueden ser sino principios generales del Derecho<sup>33</sup>. Cuando Struck dice que la ley es un *topos* entre otros, sólo que más importante, sin duda exagera. La tónica no debe ir tan lejos. Se limita a recordarnos, con acierto, que entre la búsqueda del enunciado verdadero, que en Derecho no tiene sentido por su carácter de ciencia humano-social, y el enunciado arbitrario, que resulta inaceptable por elementales razones de seguridad jurídica, hay que partir de un **enunciado razonable**. La diferencia aristotélica entre apodíctico y dialéctico nos lleva a imbricar el Derecho en el campo de la razonabilidad como plausibilidad, no de la certeza. Partimos de proposiciones opinables<sup>34</sup>, pues las normas no son más que la estimación del legislador sobre lo adecuado en un momento dado.

- ¿Y dónde se llega? ¿Qué proceso hay tras intuir el enunciado?

- El *topos* no lleva, como hemos dicho, a la conclusión. Necesita de un aparato deductivo. Alexy acepta aquí la propuesta de Viehweg de elaborar una **tónica formal**, cuyo objeto serían las **reglas de la pragmática del lenguaje**<sup>35</sup>. Perelman lo expresa de manera excelente: "El Derecho se desarrolla equilibrando una doble exigencia: una de orden sistemático, que es la elaboración de un orden jurídico coherente, y otra de orden pragmático, que es la búsqueda de soluciones que sean aceptables por el medio, porque son conformes con lo que le parece justo y razonable"<sup>36</sup>.

- Es decir, que se deben buscar proposiciones normativas razonables para que el resultado sea, por racional, justo.

- En efecto. Cuando se induce el tónico no hay arbitrariedad, sino contraste, variabilidad, litigiosidad. Lo característico del fenómeno jurídico. Que esto esté presente en la proposición problemática en la que se genera el *topos* es una exigencia de racionalidad para la posterior argumentación jurídica. Se puede partir de un presupuesto irracional y

---

<sup>33</sup> Así los identifica García de Enterría en el prólogo a Viehweg, donde dice que "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 verdaderos principios en sentido ontológico que informan la institución en que se manifiestan, y no meras máximas o reglas heurísticas; son generales, 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" (E. García de Enterría, *Prólogo a Tónica...*, op. cit., págs. 16-19).

<sup>34</sup> Aristóteles exigía que la opinión fuera acreditada y verosímil, y que contara con *endoxa* (aceptación) de los sabios. Del *topos* aceptado se podía obtener un silogismo o un entimema. Vid. *Retórica*, trad. e introd. de Antonio Tovar, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990.

<sup>35</sup> R. Alexy, op. cit., pág. 42, nota 72.

<sup>36</sup> Ch. Perelman, op. cit., pág. 228.



hacer -lo que en cualquier caso es necesario- un esquema deductivo-formal correcto. ¿Dirías que el resultado es correcto?

- No puede ser de otra manera.
- Sin embargo repugna al Derecho, no es razonable.
- Luego no es justo.

- Efectivamente. Imagínate partir de un principio irracional: digamos que se admite ir contra los propios actos en el ámbito negocial. Nuestro enunciado empírico nos muestra un comprador cuyas expectativas han sido defraudadas por un actuar irresponsable y anticonsecuente del que parecía en un principio vendedor. ¿Qué tendríamos como resultado? Pues que el daño del comprador es fortuito, que la ruptura de la *bona fides* contractual es irrelevante,... soluciones a todas luces injustas.

- Entonces ese tópico sería inadmisibile.

- Claro. No es razonable, no cuenta con consenso, no puede apoyarse en un argumento de autoridad y, lo que es definitivo, es incapaz de orientar el pensamiento hacia una solución justa. Ni siquiera tiene en cuenta las razones a favor y en contra. Digamos que el proceso ha sido sólo sistemático.

- ¿Cómo operaría el procedimiento tópico?

- Una vez acaecido un problema, hay que formularlo con concreción, y teniendo a la vista todas las implicaciones que puedan resultar, para lo que nos ayudará el tópico aplicable, como orientador del pensamiento. Más tarde se introducen las deducciones: ésta es la fase sistemática, que desembocará en una respuesta. Hay más sincretismo metódico de lo que parece a simple vista. Denominar tópico a este estilo de pensamiento puede traer consigo el peligro de identificar la parte con el todo. Personalmente pienso que la nomenclatura quiere resaltar la parte olvidada por el sistema axiomático-deductivo, a la vez que mostrar que se trabaja con enunciados probables y razonables, sin lugar para el apriorismo.

- Con lo que la tónica no se entiende si no se admite como incluida dentro de un orden.

- Enhorabuena. Acabas de parafrasear a Viehweg<sup>37</sup>, que distingue una tónica de primer grado, asistemática, que selecciona arbitrariamente puntos de vista más o menos ocasionales, para buscar premisas "fecundas e iluminadoras". Es como se suele actuar en la vida. Pero su

---

<sup>37</sup> Op. cit., pág. 57.

inseguridad, dice, salta a la vista, y se hace necesario un procedimiento sistemático para elaborar catálogos de tópicos. Esta es la de segundo grado. Gracias a ella la conclusión podrá girar alrededor del problema (Arist., Top. 1, 4, 2, 2) y no derivar lógicamente de unos axiomas predeterminados.

- Aun así, un catálogo de tópicos no me resulta muy fiable. Imagino que puede haber tópicos en contradicción. Y en ese caso, ¿de qué premisa razonable parto?

- Las contradicciones posibilitan precisamente el enfrentamiento dialéctico. Cada parte en litigio invocará el que mejor convenga a su derecho. Tomemos dos criterios interpretativos clásicos: el respeto a la voluntad del autor del documento objeto del debate, y el respeto a su literalidad frente a la voluntad presunta. Si se manifiesta un caso de discordancia entre la voluntad querida y la declarada, ¿cuál debe prevalecer?

- Es claro que la respuesta depende del tópico correcto o, si ambos son razonables, del que se tome como punto de partida, ya que son divergentes y dan lugar a soluciones opuestas.

- Pero no se trata de una contradicción, sino de una relación dialéctica. Ambos tópicos son válidos, son razonables, *pueden* llevar a soluciones justas, pero todo esto no ocurre de manera absoluta. El Derecho está lleno de estos problemas hermeneúticos: "uno se ve continuamente perturbado por el problema y no se libera de él, a menos que lo declare puro problema aparente, por lo cual se ve empujado a una constante búsqueda de premisas y, con ello, al *ars inveniendi*, es decir, a la tópica"<sup>38</sup>.

- ¿Puede decirse entonces que la tópica es una meditación **prelógica**?

- En tanto responde a la *inventio*, sí. Esquemáticamente la tópica es el **qué** del razonamiento, y la lógica el **cómo**. Ambos son necesarios para llegar a la *conclusio*. Un análisis puramente lógico del Derecho es, por tanto, insuficiente. Cuando Viehweg cita a E. R. Curtius, que dice de la tópica que es "el almacén de provisiones" de este mundo espiritual que es el Derecho, o a Lalande, para quien este tipo de razonamiento tiene por objeto ofrecer "un sorte de repertoire facilitant l'invention", remarca que la invención necesita posteriormente una deducción; mientras que el método axiomático-deductivo hace innecesaria la fase prelógica. También que la proposición puramente lógica admite juicios apodícticos, y no de razonabilidad, con lo que no se pueden identificar las proposiciones jurídicas con las lógicas. Lo que no significa que aquéllas no necesiten de una comprobabilidad lógica: la necesitan, y ésta es tarea del sistema.

---

<sup>38</sup> Ibid., pág. 62.

- Se ofrece a los juristas una vía superadora del axiomatismo y del problematismo o casuismo puro, según veo. ¿Cuál es la tendencia mayoritaria?

- La compatibilidad entre métodos es lo que se predica con carácter general<sup>39</sup>, aunque algunos abogan por la primacía de uno frente al carácter subordinado del otro. En el plano de estricta igualdad se colocan Rödiger, Müller, Garn y Esser, entre otros. La preminencia del problemático es sostenida por Horn y Schneider; y contrariamente, Canaris y Diederichsen.

- Dejemos por un momento la doctrina. ¿Puedes ofrecerme algunos ejemplos prácticos?

- Por supuesto. Un catálogo muy variopinto de *topoi* se encuentra en Digesto 50, 17 (*De diversis regulis iuris antiqui*), donde se encuentran las conocidas máximas -a título ejemplificativo- *Plus cautionis est in rem quam in persona*, *Nemo dat quod non habet*, *Quod initium vitiosum est non potest tractu tempore convalescere* y muchas otras. Un esfuerzo reciente lo ha realizado Gerhard Struck, que ha recogido sesenta y cuatro lugares en su *Topische Jurisprudenz*. Entre otros, *Audiatur et altera pars* (núm. 7), *In dubio pro reo* (núm. 9), Los actos de emulación están prohibidos<sup>40</sup> (núm. 33), La confianza merece protección (núm. 39), A lo imposible no está obligado nadie (núm. 50), obligación del uso de medios menos perjudiciales (núm. 43). Como ves, algunos afirman principios generales del Derecho, otros son máximas latinas y otros indican valores fundamentales protegidos por el ordenamiento.

- Creo que empiezo a entender. El recurso a los tópicos sólo niega la idea de sistema en tanto éste puede llevar a una aplicación rígida e inflexible de las reglas. Se trata de desarrollar la controversia desde los más variados puntos de vista, pero sin olvidar que la seguridad jurídica exige respeto a las proposiciones positivas. Se flexibiliza la labor del juez, pues se amplía su horizonte interpretativo, y la libertad que se le concede no debe llevar a la arbitrariedad sino a la búsqueda de soluciones más justas y razonables. Por otra parte, dogmática y práctica se acercan fecundamente. Y la metodología, que es la cuestión que aquí nos traía, combina la razón lógica con la búsqueda casuística de lo justo.

- Esta exposición es muy satisfactoria. ¿Crees ahora que se puede hablar de un método tópico?

---

<sup>39</sup> No es así en Arndt, quien sólo entiende como sistema el modelo axiomático, ni en Otto, que habla de una tensión que ha de llevar a desarrollar un "orden de órdenes", que sintetice las funciones diversas de ambos sistemas, para alcanzar un necesario equilibrio. Vid. J. A. García Amado, op. cit., págs. 159 y ss.

<sup>40</sup> La teoría del abuso del Derecho se reconoce por primera vez en España en la STS 14-2-1944, de la que fue ponente José Castán Tobeñas.

- No sé si aventurarme a responder. Sospecho que todavía has de sorprenderme.

- No creo que lo haga si te hago ver que esta jurisprudencia que acabas de describir no es un método, sino un **estilo** que tiene mucho de "arbitrio amorfo y poco de comprobabilidad rigurosa". Sólo el procedimiento que sea capaz de comparar mediante la lógica y cree un sistema de fundamentos puede calificarse de método.

- Es decir, que habremos todavía de construir un sistema deductivo adecuado para hacer un verdadero método jurídico de este estilo.

- En efecto. Algunas líneas ya han sido apuntadas: la necesidad de una fundamentación racional, el rechazo del axioma como cápsula quintaesenciada y la elaboración de las proposiciones desde el trabajo dialéctico propio de la tópica. Ya no podemos hablar de la axiomatización **del** Derecho, sino de la axiomatización **en** el Derecho, pero ¡ojo!, no se niega el elemento pragmático y técnico en la creación y aplicación del Derecho, ni se edifica el sistema divorciado de la praxis, ni se desconoce la función social del Derecho. No cabe construir un sistema que abarque omnicomprendivamente toda la complejidad del fenómeno jurídico.

- ¿Y para qué nos servirá ahora la axiomatización parcial?

- Para descubrir redundancias, carencias o lagunas e incongruencias en las premisas del razonamiento jurídico: controlar la racionalidad formal del método. Hay que evitar lo que Rödiger llama el *Zimentierungseffekt*, el efecto de cimentación que obstaculiza la movilidad del sistema que se axiomatiza<sup>41</sup>.

- Me alegro que no contrapongas alegremente tópica y sistema, tópica y lógica, lógica y hermeneútica, etc. Pese a la fiebre formalista y a los excesos de la jurisprudencia conceptual, el Derecho reclama un análisis lógico.

- Siempre que su función quede en lo instrumental y no se eleve a ciencia fundamentadora. Esto no lo puede pretender la lógica ni está preparada para ello. Pero tampoco pretendamos reducirla a pura teoría silogística, porque su virtud es la capacidad de "dotar **formalmente** de sentido a las operaciones intelectuales con tópicos"<sup>42</sup>. El rechazo del sistema jurídico axiomático-deductivo no conlleva el menosprecio de la lógica deductiva en el Derecho. No al axioma como tradicionalmente se ha venido entendiendo, y sí al tópico, y complemento, la deducción<sup>43</sup>. Así

---

<sup>41</sup> J. A. García Amado, op. cit., pág. 219.

<sup>42</sup> Ibid., pág. 222.

<sup>43</sup> "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" (T. Viehweg, op. cit., pág. 149).

creo que se debe interpretar a Viehweg cuando reclama para la jurisprudencia la categoría de **tópica formal**.

- Con lo que se reconoce una estructura en la Ciencia del Derecho. Me alivia pensar que, después de todo, nuestra ciencia posee una sistemática propia.

- Que sólo se puede determinar desde la aporía o el problema vital de Derecho. Los conceptos, las proposiciones, el sistema deductivo, todo debe ir referido al problema, y su uso sólo es válido en cuanto estén vinculados al problema. Así dice Viehweg que es la estructura que, desde la tónica, conviene a la jurisprudencia<sup>44</sup>. Una estructura abierta, dinámica, que surge de la fecundidad de la dicotomía pregunta y respuesta. Cuando ciertas preguntas tienen una razón común, se agrupan alrededor de ellas los intentos de respuesta del Derecho positivo; así se van constituyendo las diversas disciplinas jurídicas. Sólo hay una aporía permanente y fundamental, la **búsqueda de lo justo**<sup>45</sup>. Viehweg sigue aquí a Fritz von Hippel<sup>46</sup>, que solicita del legislador la pregunta permanente e histórica de la justicia. Entre las diversas posibilidades de ordenamiento se tienen que descartar aquéllas que no cumplan esta pretensión; las restantes suponen una elección basada en la conexión con la realidad.

- Pero no se trata de una elección lógica, lo cual resultará desconcertante para quienes sostenemos posiciones lógico-sistemáticas.

- El problema de tales mentalidades es la creencia, tan peligrosa en Derecho, de que lo no formalizable no pertenece al mundo. Pero vamos a dar por válido que el Derecho es formalizable para ensayar una definición de lógica jurídica. Por Lógica entendemos "la ciencia de los principios de la validez formal de la inferencia o razonamiento"<sup>47</sup>. Si esas inferencias son de carácter jurídico, entonces esa lógica particular será jurídica. ¿No estás de acuerdo?

- Lo estoy. Pero el razonamiento bien se puede referir al acto pensante o al objeto material. ¿Cuál será el objeto de nuestro estudio?

- La tónica se dirige a orientar el pensamiento y a ofrecer posibilidades intelectuales en el proceso discursivo. Pero ahora la lógica se fija en el objeto: el razonamiento plasmado en el lenguaje. Lo que le importa es que el razonamiento sea válido. Esto es simplemente una cuestión de forma: "La idea de validez de un razonamiento es **independiente** de la verdad o falsedad de sus premisas y de su

---

<sup>44</sup> Ibid., págs. 141-142.

<sup>45</sup> Que resulta tan esencial que "es indudable que se tiene que dirigir la mirada hacia la aporía fundamental si se quiere comprender algo como jurista" (Ibid., pág. 149).

<sup>46</sup> *Zur Gesetzmässigkeit juristischer Systembildung*, 1930.

<sup>47</sup> Alfredo Deaño, *Introducción a la lógica formal*, Ed. Alianza Universidad, Madrid 1990, pág. 36.

conclusión"<sup>48</sup>. Acuérdate cuando hablábamos de la razonabilidad -y no de la veracidad- como propia del Derecho. Pues en lógica la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho. Que las premisas con las que trabaja sean **de hecho** verdaderas o no es una cuestión alógica y pertenece a otra ciencia. Voy a hacerte un razonamiento válido: Si Thomas Mann fue el autor de *El lobo estepario*, entonces Richard Wagner compuso *La flauta mágica*; es así que *El lobo estepario* fue escrito por Mann, luego Wagner compuso *La flauta mágica*.

- ¡Pero eso es una barbaridad!

- Desde un punto de vista lógico, no. La primera premisa es un condicional de antecedente y consecuente (Si *p*, entonces *q*). Como en la segunda premisa se da *p*, entonces *necesariamente* la conclusión es *q*.

- Bien, pero tanto *p* como *q* son falsos.

- ¡Ah, pero eso lo sabes por historia de la literatura y por historia de la música, pero en modo alguno por lógica de enunciados! Y es que hay en el razonamiento muchos más aspectos que la pura forma, otras muchas cosas que la lógica no busca. Si ésta fuera la ciencia del razonamiento en su sentido integral, los problemas de verdad y falsedad quedaban resueltos, con lo que la Estimativa jurídica (expresión de Recaséns Siches) depuraría -resolviendo, aunque no de manera definitiva, la aporía fundamental- lo razonable de entre lo cierto, pero sucede que la lógica sólo atiende al aspecto formal del razonamiento.

- Eso no impide el análisis lógico del Derecho y del lenguaje de los juristas. Hoy ya se trabaja con lógicas *no clásicas*, modales, polivalentes, presuposicionales. La deóntica es una de ellas, superando la dirección apofántica y bivalente propia de la lógica aristotélica; trabajando con valores, por ejemplo el de validez.

- Esa es una buena dirección. Como la que piensa que la lingüística es la formalización del lenguaje, y desde ahí se pretende un estudio de la Pragmática jurídica como análisis del lenguaje de los juristas, un lenguaje no abstracto y orientado por esencia hacia la aplicación o decisión jurídica. ¿Será suficiente lo que hasta aquí hemos expuesto? Como decía Cicerón, "creo que sí, sobre todo para un hombre como tú, de ingenio tan agudo y ocio tan limitado"<sup>49</sup>.

## **Bibliografía.**

ABBAGNANO, N.: *Historia de la Filosofía*, vol. I, Ed. Hora, Barcelona 1982.

---

<sup>48</sup> Ibid., pág. 39.

<sup>49</sup> Cic., *Top.* 5, 26, citado por T. Viehweg, op. cit., pág. 47.

ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989.

ARISTOTELES: *Retórica*, trad. e introd. de Antonio Tovar, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990.

ATIENZA, M.: *Introducción al Derecho*, Ed. Barcanova, Barcelona 1985.

CHURRUCA, J.: *Introducción histórica al Derecho Romano*, Universidad de Deusto, Bilbao 1987.

DEAÑO, A.: *Introducción a la lógica formal*, Ed. Alianza Universidad, Madrid 1990.

GARCIA AMADO, J. A.: *Teorías de la tópica jurídica*, Ed. Civitas, Madrid 1988.

HERNANDEZ-GIL, A.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, en Obras completas, vol. V, Ed. Espasa-Calpe, Madrid 1988.

JAY, M.: *La imaginación dialéctica. Una historia de la Escuela de Frankfurt*. Trad. de J. C. Curutchet, Ed. Taurus, Madrid 1984.

JHERING, R. von: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, trad. de Tomás A. Banzhaf e introd. de J. Vallet de Goytisolo, Ed. Civitas, Madrid 1987.

KALINOWSKI, G.: *Introducción a la lógica jurídica*, Universidad de Buenos Aires, 1973.

LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, Barcelona 1994.

LEGAZ LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona 1951.

- "El problema de la lógica jurídica en algunas obras recientes", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo II, Madrid 1954.

MARDONES, J. M.: *Filosofía de las ciencias humanas y sociales: Materiales para una fundamentación científica*. Ed. Antrophos, Barcelona 1991.

MONTORO BALLESTEROS, A.: *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1986.

PERELMAN, Ch.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Ed. Civitas, Madrid 1988.

PLATON: *Diálogos*, vol. I, trad. e introd. de Juan B. Bergua, Ed. Ibérica, Madrid 1962.

RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1993.

VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Luis Díez-Picazo e introd. de Eduardo García de Enterría, Ed. Taurus, Madrid 1986.

VILLEY, M.: *Compendio de Filosofía del Derecho*, vol. II, Ed. EUNSA, Pamplona 1981.

VON WRIGHT, G. H.: *Explicación y comprensión*, trad. de Luis Vega Reñón, Ed. Alianza Universidad, Madrid 1971.

VV.AA.: *Manual de Historia universal*, vol. IV (Roma), Ed. Nájera, Madrid 1983.