

COMENTARIOS

LA TÓPICA Y JURISPRUDENCIA DE THEODOR VIEHWEG

1. Enfoque preliminar

Toda obra de cultura, y muy especialmente de filosofía, es una creación de la mente individual de su autor. Pero claro que la producción individual está condicionada e influida por múltiples factores sociales de la historia de la cultura, así como también por las direcciones intrínsecas del desenvolvimiento de las ideas, y por lo que pudiera llamarse ambiente intelectual de una determinada situación. Sin la aportación de las mentes geniales de Newton y Leibniz, el cálculo infinitesimal no habría surgido en el siglo XVII. Por otra parte, sin embargo, no debemos tener como casualidad el hecho de que aquella nueva conquista matemática se realizara por los dos genios mencionados, independientemente, en la misma época. Los desarrollos anteriores de la matemática habían abierto los caminos para aproximarse a la zona del cálculo infinitesimal. Por otra parte, la situación socio-histórica del siglo XVII en Europa, ofrecía las condiciones y los acicates para esa clase de investigaciones.

Los últimos 80 años han propiciado el desarrollo de las investigaciones en materia de lógica jurídica, y ciertamente en dos campos de ésta, no sólo independientes el uno del otro, sino además con esenciales diversidades de estilo intelectual: el campo de la lógica material (de los contenidos) del Derecho; y el campo de la lógica formal.

En el primero de los campos mencionados, el de la lógica material, es decir, en el campo de la producción y de la interpretación de los contenidos de las normas jurídicas, la atención y el interés empezaron con los trabajos de Rudolf von Ihering. Más tarde, en 1897, el famoso magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes hizo aquella observación, que tuvo resonancia mundial, de que "la lógica no lo es todo, ni siquiera el factor más importante, en la vida del Derecho". Sucesivamente han ido produciéndose a lo largo de 65 años críticas cada vez más agudas y decisivas contra la aplicabilidad de la lógica formal clásica, de la llamada lógica físico-matemática, a la gestación, el desarrollo, la interpretación y la aplicación de los contenidos de las normas; y, al mismo tiempo, han surgido múltiples ensayos —de diverso carácter, pero todos ellos relativamente paralelos— encaminados a descubrir otro sector del *logos*, la lógica de la acción humana, la lógica de la razón histórica, la lógica de lo razonable, la lógica de la argumentación, que es la única que tiene sentido aplicar al estudio teórico y tratamiento práctico de los contenidos jurídicos. Recordemos como etapas muy señaladas en el desarrollo de esas meditaciones los siguientes pensadores y escuelas: Ehrlich, Kantorowicz, Cruét, Morin, Dilthey, Dewey, Jurisprudencia Sociológica Norteamericana (Cardozo, Pound), Jurisprudencia Alemana de Intereses (Heck, Ruemelin), Movimiento Realista Norteamericano (Llewellyn, Frank), Cossio, Recaséns Siches, Husson, García Bacca, Perelman, Viley. Y, ahora, la obra cimera del ilustre profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Maguncia (República Federal de Alemania) Theodor Viehweg, a la cual está dedicado el presente comentario.

Aunque éste se refiere a la lógica material del Derecho, enriquecida hoy por la obra de Viehweg, de pasada recordaré que en otro plan por entero diferente del de éste, en los últimos 20 años han florecido eminentes investigaciones de lógica jurídica formal, es decir, sobre lógica y ontología de las formas jurídicas *a priori*. A este respecto, baste con recordar entre otras, las contribuciones valiosísimas de Von Wright, Bobbio, Miró Quesada, Klug, y, sobre todo, los trabajos decisivos, los más profundos y rigurosos, de García Máynez.

De nuevo, aparecen en la obra de Viehweg, sólo que en otra clave, en la clave de la ilustración histórica que prepara conclusiones teóricas, los siguientes temas: la lógica formal clásica tiene sólo muy escasa aplicación a la jurisprudencia; la jurisprudencia no maneja un tipo sistemático de pensamiento, antes bien, un pensamiento tópico, retórico, argumentativo; todos los intentos de convertir la jurisprudencia en una ciencia sistemática deductiva han fracasado por completo; no hay solución de continuidad entre la labor legislativa y la tarea jurisdiccional; todo pensamiento jurídico, teórico y práctico, es valorativo; la elección de las premisas es influida decisivamente por factores sociológicos y por juicios estimativos.

Ahora bien, Viehweg con su análisis pone de manifiesto que todas estas observaciones pertenecen a lo más noble en la historia de la jurisprudencia, con excepción de los fracasados devaneos de intención sistematizante, engendrados por el espíritu cartesiano en algunos juristas de los siglos XVIII, XIX y comienzos del XX.

2. Características de la aportación de Theodor Viehweg a la lógica jurídica

La obra de Viehweg, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Maguncia, se propone investigar los fundamentos de la ciencia jurídica. Se ocupa de la estructura de la jurisprudencia, desde un punto de vista que hasta ahora no había sido tomado muy en cuenta. Cierto que Gian Battista Vico subrayó que la estructura del espíritu antiguo preponderante, que creó la jurisprudencia, corresponde a la tópica. Y cierto también que Aristóteles y Cicerón se preguntaron qué cosa sea propiamente la *tópica*, tema hoy casi olvidado. Cierto también que Leibniz intentó en su *Ars Combinatoria* una tópica matematizada para la jurisprudencia.

La tópica es una *técnica del pensar sobre los problemas*, la cual se desarrolló en el seno de la retórica. La tópica desenvuelve una estructura espiritual que se diferencia unívocamente de la estructura espiritual con carácter deductivo sistemático.

Ahora bien, hallamos la tópica asimismo en el *ius civile*, en el *mos italicus*, en la civilística contemporánea, y probablemente en otros sectores. Aunque en la Edad Moderna hubo muchos esfuerzos para descartar la tópica del campo de la jurisprudencia, esos propósitos se lograron tan sólo en muy escasa medida. Tales esfuerzos se encaminaban a desenvolver la jurisprudencia mediante una sistematización deductiva. Se suponía, gratuita e infundadamente, que los problemas de la ciencia jurídica pueden ser despachados mediante ese modo deductivo. Pero si las cosas no son así, como en efecto no lo son, entonces la jurisprudencia tiene que ser entendida como un procedimiento de consideración de los problemas prácticos. La obra de Viehweg se propone aclarar este procedimiento. Para ello toma como estímulos los estudios mencionados, antiguos y modernos, sobre la tópica.

3. Planteamiento e incitaciones de Vico

Vico clasifica los métodos científicos en dos tipos: el *retórico* y el *crítico*. El método retórico constituye un legado de la Antigüedad, sobre todo de Cicerón. En cambio, el método crítico es el que pudiera llamarse cartesiano.

Vico caracteriza el nuevo método crítico en los términos siguientes: el punto de partida es una verdad primaria, que no puede ser aniquilada por la duda. Su ulterior desarrollo se produce conforme al método de la geometría.

El método antiguo, es decir, la tópica, es caracterizado por Vico de este modo: el punto de partida está constituido por el *sentido común*, que va tanteando el camino en el campo de las verosimilitudes, que cambia los puntos de vista según las pautas de la tópica retórica, y que, de preferencia, trabaja con una abundancia de silogismos.

Las ventajas del método crítico, según Vico, consisten en la precisión y la exactitud. Sin embargo, en el método crítico predominan las desventajas, a saber: la pérdida o disminución de la visión prudente, la atrofia de la fantasía y de la memoria, la pobreza del lenguaje, la inmadurez del juicio, en suma: la depravación de lo humano.

Todas esas desventajas del nuevo método crítico son impedidas precisamente en el viejo método retórico, y especialmente en la pieza medular de éste, en la tópica retórica. Sucede que la tópica retórica proporciona prudencia humana, adiestra la fantasía y la memoria, y enseña a considerar las circunstancias desde muy diversos aspectos y, por lo tanto, enseña a encontrar gran abundancia de puntos de vista. Vico consideró que es necesario adaptar el pensamiento tópico antiguo a las nuevas circunstancias.

Vico subrayó de modo especial la aplicación de la tópica a la jurisprudencia. Viehweg examina si la jurisprudencia desenvuelta desde la Antigüedad Romana corresponde en su estructura a la tópica.

4. La tópica en Aristóteles

Aristóteles se ocupó del arte de la disputa, desenvuelto por los retóricos y los sofistas. Este arte había sido combatido ácidamente por Sócrates y Platón. Hasta cierto punto, Aristóteles sigue una línea similar, en la medida en que se esfuerza en separar el campo de lo *apodíctico*, frente al amplio dominio de lo meramente *dialéctico* (es decir, del dominio de lo retórico). Pero, sin embargo, Aristóteles dedicó un serio estudio a la tópica.

Según Aristóteles, la tópica no pertenece solamente a las disputas de los sofistas, sino también al campo de lo dialéctico, en tanto que ese campo queda diferenciado de lo apodíctico. Pero Aristóteles quiere que su ciencia de la lógica abarque *no sólo el sector de lo apodíctico, sino también el dominio del viejo arte de la disputa*, es decir, el área de la tópica. A este respecto dice Aristóteles que su labor apunta a encontrar un método, gracias al cual podamos sacar conclusiones sobre cualquier problema planteado, de tal manera que no caigamos en contradicciones. Se trata, con referencia a cualquier problema, de derivar conclusiones partiendo de opiniones que parezcan adecuadas.

Ahora bien, Aristóteles acentúa que las conclusiones que se buscan y se sacan mediante la tópica son solamente conclusiones dialécticas y no constituyen un pensamiento apodíctico. Aristóteles establece la siguiente clasificación: 1) Tenemos una *apodíctica* cuando la conclusión se obtiene partiendo de proposiciones verda-

deras y primarias, o de proposiciones cuyo conocimiento, a su vez, se ha derivado de proposiciones verdaderas y primarias. 2) Una *conclusión dialéctica* es aquella que se extrae de opiniones. 3) Una *conclusión erística o sofística* es aquella que se basa sobre meras apariencias de opiniones que no lo son efectivamente. 4) Finalmente, hay *conclusiones erróneas*, sobre la base de proposiciones peculiares de determinadas ciencias.

El análisis de las conclusiones dialécticas, que son objeto de la tópica, muestra lo siguiente: tales conclusiones no se diferencian de las apodícticas desde el punto de vista formal. Tales conclusiones son correctas en su aspecto formal —lo cual desde luego no puede aplicarse ni a las conclusiones erísticas ni a los sofismas. Las conclusiones *dialécticas* se diferencian de las otras clases de conclusiones más bien por *la índole de sus premisas*. También con respecto a esto, Aristóteles clasifica las conclusiones según la índole de sus premisas. Conclusiones dialécticas son aquellas que tienen como premisas opiniones respetables que parecen verdaderas y aceptables (*endoxa*). Estas opiniones, o *endoxa*, son aquellas proposiciones que parecen verdaderas a todos, a la mayoría, o a los sabios, o entre éstos a los más conocidos y respetables. La tópica estudia las conclusiones sacadas de premisas que parecen verdaderas según la opinión famosa o conspicua.

Aristóteles procede a clasificar las premisas. Toda discusión surge de proposiciones en torno a problemas; y toda proposición y todo problema se refiere o a un *accidente*, o al *género*, o a lo *propio*, o a la *definición*.

Naturalmente, como modos de fundamentación, la dialéctica dispone de la inducción y del silogismo. Ahora bien, para poder encontrar conclusiones adecuadas, hay cuatro importantes métodos auxiliares: *a*) el hallazgo y la determinación de las premisas; *b*) la diferenciación de la equívocidad de las expresiones lingüísticas, y la diferenciación entre las varias determinaciones categoriales; *c*) el hallazgo de las diferencias genéricas y específicas; *d*) el hallazgo de las similitudes entre diversos géneros.

Dice Aristóteles que hablamos de *topos* (*topoi*) en relación con las conclusiones dialécticas y retóricas. Los *topos* (*topoi*) o tópicos se refieren a objetos jurídicos, físicos, políticos y de muchas clases. En los *topos* se da el *más* y el *menos*. De los tópicos puede obtenerse un silogismo o un entimema, si bien esto ocurre de modo particular en cada una de las disciplinas. Para Aristóteles, son *topos* también los puntos de vista empleables plurilateralmente, aceptados en todas partes, que pueden ser usados en pro o en contra de las opiniones, y que pueden conducir a lo verdadero.

Aristóteles estudia la técnica del debate. Comienza con el arte de la pregunta: “Cuando se quiere preguntar, se tiene ante todo que descubrir el *topos*, el tópico, por el cual debe seguirse la conclusión dialéctica. En segundo lugar se tiene que establecer la pregunta particular, y ponerla en un orden determinado; y, finalmente, presentarla al otro en forma adecuada”.

También Cicerón dedicó a la tópica una obrita, que por cierto fue muy apreciada en la Edad Media, obrita de menos rango que el estudio de Aristóteles, y que fue dedicada precisamente a un jurista, C. Trebatius Testa. En esa obra de Cicerón no hallamos la distinción aristotélica entre lo apodíctico y lo dialéctico. Pero, en cambio, encontramos otra distinción, debida a la influencia estoica, y que hizo escuela, a saber: “toda teoría fundamental de la exposición de un asunto tiene dos partes: la primera trata de la *invención*; la otra, de la *formación del juicio*”. Mientras que Aristóteles se ocupó de las dos partes, en cambio los estoicos trataron sólo la segunda, pero con especial precisión y bajo la denominación

de "dialéctica" (es decir, lógica, en este contexto). Cicerón ofrece una reelaboración de esa segunda parte, pero se dedica también ante todo a la consideración de la primera, puesto que ella constituye algo previo.

Así como es fácil encontrar o descubrir los objetos que están ocultos cuando se conoce el lugar donde se hallan, así, cuando queremos investigar cualquier materia, hay que conocer los topoi (*topoi*), los tópicos, es decir, los lugares desde los cuales podemos extraer el asunto que nos ocupa. Cicerón procede a una ordenación teórica de los topoi y además establece un catálogo para facilitar la utilización de éstos.

Hay varias clases de tópicos: 1) los que se encuentran íntimamente ligados con la cosa de la que se trata; 2) los que son traídos desde fuera. Los primeros son los propiamente "científicos", los adecuados al arte o a la técnica. Los segundos son los que carecen de arte o de técnica. Cicerón despacha rápidamente esa segunda clase de tópicos, aunque reconozca que son muy importantes desde el punto de vista práctico, pues se refieren a la *autoridad*. Los tópicos de la primera clase toman en consideración: A) o la totalidad; B) o determinadas relaciones. Si toman en cuenta la totalidad, entonces atienden o bien a ésta, en tanto que un *todo* (definición), o bien toman el punto de vista de sus *partes* (análisis), o se refieren a su *designación* (etimología). Si toman en cuenta determinadas relaciones, entonces o bien atienden meramente a los vínculos lingüísticos (afinidad verbal), o bien atienden a las siguientes relaciones: a) género; b) especie; c) similitud; d) diversidad; e) oposición; f) circunstancias acompañantes (antecedentes, subsecuentes, contradictorias); g) causas; h) efectos; i) comparación.

Aristóteles desarrolló en su tópica una teoría de la dialéctica, entendiendo ésta aquí como *arte de la persuasión*. Cicerón entiende por tópica una *práctica* de la argumentación, que proporciona y maneja un catálogo de tópicos, bastante esquematizado.

5. Análisis de la tópica

El punto más importante en la consideración de la tópica es el advertir que aquí se trata de aquella técnica del pensamiento que se orienta hacia el *problema*. Se trata, en suma, de lo que se ha llamado *aporias* o *pensamiento aporético*. La palabra *aporía* caracteriza precisamente al problema que asedia y resulta inescapable; caracteriza la "ausencia o carencia de camino", la situación problemática que no se puede hacer a un lado, aquella que Boecio tradujo con el término *dubitatio*. La tópica quiere hacer señales o sugerencias, dar consejo, respecto de cómo deba uno comportarse en una situación tal, para no quedar varado sin salvación. Por eso, la tópica es la técnica del *pensar sobre los problemas*, o sea del pensamiento problemático.

Es el problema real el que visiblemente desencadena el juego de consideraciones y ponderaciones que se llama *tópica* o *arte del hallazgo* o *invención*. Se trata del arte de representarse o imaginarse las razones en pro o las razones en contra.

Es preciso reconocer el problema mismo como algo *dado*, y como algo que *nos dirige*. Ahora bien, tal proceso mental no es posible llevarlo a cabo cuando se parte de un *sistema* explícito. Nicolai Hartmann ha descrito estas oposiciones entre el pensamiento problemático y el pensamiento sistemático. Claro que, en todo caso, no se puede desconocer que entre problema y sistema existen algunos entrelaces esenciales.

Desde el punto de vista que interesa aquí, se puede decir que se llama problema

toda cuestión que en apariencia admite más de una respuesta, y que presupone necesariamente una comprensión preliminar y provisoria, por virtud de la cual parece que se trata de un problema que debe ser tomado en serio. Ahora bien, para ese problema o cuestión se busca una respuesta que sirva como solución al mismo. Mediante una transformación adecuada, el problema es llevado a una derivación más o menos explícita y más o menos comprensiva, desde la cual se investigará la respuesta. Ahora bien, si llamamos *sistema* a una conexión de derivación, entonces se podría decir, en términos más breves, que el problema es insertado en un sistema con el fin de hallar su solución.

Si se acentúa el punto de vista sistemático, se obtiene el siguiente cuadro: si se supone el caso extremo, de que no hubiera nada más que un solo sistema, por ejemplo, el sistema *A*, entonces todos los problemas serían clasificados dentro de tal sistema y, por éste, en solubles e insolubles, desechando los segundos como meras apariencias de problemas. La adopción de un sistema produce una selección de los problemas.

Pero, si, a la inversa, se acentúa el punto de vista del problema, entonces sucede lo siguiente: desde el punto de vista del problema se busca, por así decirlo, un sistema que ayude a la solución de aquél. Si se encontrara tan sólo un único sistema *A*, que declarase como insoluble el problema, como una mera apariencia de problema, entonces sería necesario encontrar otros sistemas que proporcionasen una solución. La adopción del punto de vista del problema produce una selección de sistemas y conduce habitualmente a una pluralidad de sistemas, sin buscar la compatibilidad entre éstos, apoyada en un sistema superior más comprensivo.

Nicolai Hartmann ofrece la siguiente descripción: el modo de *pensar sistemático* parte de la totalidad. En él la concepción es lo primero; y sigue siendo lo dominante. Desde el punto de vista del sistema son seleccionados los problemas. Los problemas que no resultan compatibles con el punto de vista de ese sistema son rechazados. Se los considera como problemas mal planteados. Ahora bien, el modo de *pensar aporético* se comporta en todo a la inversa. El modo de pensar aporético no duda de que haya un sistema, y de que acaso en su propio pensamiento ese sistema sea en forma latente lo determinante, pero no llega a concebir o captar tal sistema; pues el pensamiento aporético, problemático, o tópico, puede contar sólo con conocimientos fragmentarios.

Claro es que se puede abordar un problema tratando de seleccionar a voluntad discrecionalmente un número mayor o menor de puntos de vista. De este modo se buscan premisas adecuadas y fecundas para poder extraer de ellas conclusiones que nos proporcionen algo que arroje luz sobre el problema. La observación enseña que en la vida cotidiana casi siempre se procede así. A este procedimiento podemos llamarlo *tópica de primer grado*.

Ahora bien, a primera vista se percibe la inseguridad de ese procedimiento. Por esto es comprensible que se busque un apoyo que de modo fácil se halla en un *repertorio de puntos de vista* ya preparado. Así surgen los catálogos de tópicos. Al procedimiento que utiliza tales catálogos lo llamamos *tópica de segundo grado*.

Kästner, en un libro que escribió en 1816, menciona no menos de 26 topoi, tópicos, que él llama lugares comunes: unos proceden de la gramática (por ejemplo, etimología, sinonimia, homonimia, etcétera); otros proceden de la lógica (por ejemplo, definición, género, especie, diferencia, propiedad y cualidades); otros proceden de la metafísica (por ejemplo, todo, parte, causa, finalidad, etcétera); y otros proceden de la historia (testigos y ejemplos).

Ahora bien, esta doctrina tenemos que concebirla todavía con alguna ampli-

tud mayor, para entender la espiritualidad que alberga en toda su comprensión. Pues no hay tan sólo los tópicos usados por doquier, de los cuales se ocuparon Aristóteles, Cicerón y sus sucesores, sino que hay también tópicos que están *aprobados para una rama determinada*. Aquellos tópicos estudiados ya desde antiguo valen para todos los problemas pensables y representan generalizaciones de largo alcance. En cambio, los tópicos relacionados con una rama determinada quieren servir a un cierto círculo de problemas. Ahora bien, la función de los tópicos es la misma en ambos casos. Matthaeus Gribaldus Mopha, jurista del siglo XVI, ofrece un catálogo de lugares comunes jurídicos que toma del *Corpus iuris* y que ordena tan sólo alfabéticamente.

El humanista alemán contemporáneo E. R. Curtius ha mostrado la enorme importancia, antes no advertida, que los tópicos tuvieron para la literatura de la Edad Media latina.

La función de los tópicos consiste, pues, en servir para la consideración de los problemas. Por eso, los tópicos han de tener especialmente gran importancia allí donde se trata de determinados círculos de problemas, en cuya índole radica que nunca pierden su carácter de problemas. Al cambiar las situaciones y los casos singulares, hay que encontrar, una y otra vez, nuevas indicaciones o referencias para el intento de solucionar los problemas.

Un catálogo de tópicos, como el ofrecido por Gribaldus Mopha no puede satisfacer nuestra comprensión sistemática, pues, por así decirlo, nos sentimos urgidos en seguida a afrontar la labor deductivo-sistemática. Sucede empero que si intentásemos emprender una tal labor deductivo-sistemática —con el propósito de determinar conceptos fundamentales mediante definiciones en cadena, etcétera—, entonces alteraríamos con esto los tópicos en cuanto a la intención propia de ellos. Si hiciéramos tal cosa, disolveríamos poco a poco la orientación de los tópicos hacia el problema. Las conclusiones a que llegásemos resultarían extrañas a la situación, y a pesar de su corrección aparente tendríamos que considerarlas como inadecuadas. Al fin nos daríamos cuenta de que entre el sistema que hubiésemos desarrollado y el mundo de los problemas, los cuales no habrían perdido por virtud de nuestra labor su carácter problemático, existiría un visible abismo.

Este curioso resultado se producirá siempre y dondequiera que la problemática, que deseamos dominar, no pueda ser despachada en cierto alcance sin dejar residuos, antes bien, surja de nuevo y otra vez con nuevas finuras. La vinculación constante a los problemas impide el tranquilo desarrollo lógico hacia atrás o hacia adelante, por consiguiente, impide el reducir y el deducir. Permanentemente nos vemos perturbados por el problema. No conseguimos liberarnos del problema, y, por tanto, tenemos que dedicarnos de nuevo una y otra vez a la búsqueda de premisas, y con ello al *ars inveniendi*, es decir, a la tópica.

Precisamente se trata de un proceso mental que consiste en buscar premisas, como lo subrayó ya Cicerón, al separarlo como *ars inveniendi* frente a la lógica demostrativa, en tanto que *ars iudicandi*. Esto es correcto, porque resulta posible, sin más, diferenciar entre una reflexión que tiene a la vista el buscar los materiales del pensamiento, por una parte, y, por otra, la reflexión que se orienta hacia lo lógico. También resulta claro que en el proceso práctico la segunda, la lógica, tiene que posponerse a la primera (la de buscar materiales para el pensamiento). Vistas las cosas así, la tópica es una meditación prologar, pues entendiéndola como tarea, la invención es lo primario, y la conclusión lo secundario. Ante todo la tópica tiene que mostrar cómo se hallan las premisas. Después, la lógica toma esas premisas y las reelabora.

Con esto se relaciona el hecho de que el modo de hallar las premisas influye sobre la índole de las formas de la conclusión; y viceversa, la índole de las formas de la conclusión suministra indicaciones para el hallazgo de las premisas. Aunque se puede empezar con cualquiera de estos dos términos, sin embargo, lo más adecuado parece dedicarse primeramente a esclarecer cómo el pensamiento que investigamos crea sus premisas, y de qué manera se atiende a éstas. Lo que sigue después se desprende muchas veces por sí mismo.

El hecho de que frecuentemente se acuda a conclusiones analógicas, suele explicarse indicando que falta un sistema lógico perfecto. También sucede que los nombres de las conclusiones que se producen muy frecuentemente, revelan cuál es la clase de espiritualidad a la que éstas sirven. Por ejemplo: *argumentum a simili*, *a contrario*, *a maiore*, *ad minus*, etcétera, conclusiones que valen como especiales argumentos ciertos de la lógica jurídica material, y que proceden de la tópica.

Los topos o tópicos, y los catálogos de éstos, tienen, por consiguiente, una significación o importancia de largo alcance: sólo ellos establecen y construyen una comprensión determinada de ese procedimiento mental, que tanto se usa en el campo jurídico.

Así pues, de tal modo los tópicos y los catálogos de éstos ofrecen un deseable apoyo. Ahora bien, el dominio del problema requiere por otra parte movilidad y capacidad de ampliación o extensión. Adviértase que el repertorio es elástico. Puede ser ampliado o disminuido. En el segundo caso, tiene que suceder que los puntos de vista antes admitidos resulten después ya no válidos. Sin embargo, la observación muestra que la disminución resulta mucho más difícil y rara de lo que podría suponerse. De ordinario no se viola a gusto aquello que fue establecido ya una vez. Pero respecto de esto el pensamiento tópico halla también un camino satisfactorio mediante la *interpretación*. La interpretación se preocupa de hallar nuevas posibilidades de comprensión sin lesionar las anteriores. Esto se produce de modo que, aun cuando se mantengan las fijaciones preestablecidas, éstas son consideradas desde nuevos puntos de vista, los cuales han surgido en conexiones diferentes. De esta guisa se ofrece la posibilidad de dar un nuevo giro a las fijaciones anteriores. No toda interpretación hace esto; pero toda puede hacerlo. Y cuando lo hace, la interpretación constituye un sector de la tópica y resulta superlativamente adecuada para las modificaciones mencionadas.

En el proceso aquí descrito, las premisas fundamentales son legitimadas mediante la aceptación de quienes intervienen en el debate. Uno se orienta hacia la oposición efectiva o previsible del adversario. Por consiguiente, vale todo aquello que es admitido por todas las partes; vale como algo fijado, como incuestionado, y como algo que, por lo menos en ese círculo, aparece como evidente. De tal suerte, en relación con el problema planteado, las premisas son calificadas como "relevantes", "irrelevantes", "admisibles", "inadmisibles", "aceptables", "inaceptables", "defendibles", "indefendibles", etcétera; e incluso son clasificadas en grados intermedios, así como "apenas defendibles", "todavía defendibles". Todo eso aparece aquí lleno de sentido.

Obviamente la discusión permanece como la única instancia de control. Se trata de lo que Aristóteles llamó lo "dialéctico". En el debate, lo que queda justificado por aceptación, es admitido como premisa. Por de pronto, a primera vista, esto parece muy delicado y peligroso. Sin embargo, la fijación parece menos temible, si se toma en cuenta que los disputantes disponen sobre un saber, sobre un conocimiento, que experimentó ya en otro tiempo una comprobación, de la clase que sea, y que precisamente sólo entonces puede contar con la aceptación de gente

razonable; y entonces, en esta medida, parece tener peso. Adviértase que, incluso dentro del marco de lo juzgado por opiniones, se aspira a conseguir conocimientos reales y verdaderos, y no tan sólo un mero opinar fortuito. No es lo mismo justificar o comprobar unas premisas, que probar o fundamentar tales premisas. Lo segundo constituye una pura tarea lógica; y requiere un sistema deductivo. Por el contrario, la tópica presupone que no existe un tal sistema. La constante vinculación de la tópica al problema impone mantener dentro de límites modestos la reducción y la deducción.

Adviértase que cuando se consigue establecer un sistema de derivaciones, entonces la tópica queda descartada. La deducción, en el mejor de los casos, determina que se pueda prescindir por entero de toda invención. Entonces el sistema asume la función directiva. Entonces, sólo el sistema es el que decide sobre el sentido de una cuestión. Sus proposiciones son en conjunto verificables rigurosamente desde el punto de vista lógico; y entonces en el sentido estrictamente lógico resultan o “falsas” o “verdaderas”. Entonces resultan carentes de sentido los valores aludidos en las siguientes expresiones: “defendible”, “todavía defendible”, “apenas defendible”, “indefendible”, etcétera. Sólo un tal sistema lógico puede conceder y garantizar la verificación lógica unívoca de sus proposiciones. Ahora bien, la tópica no puede realizar esto. Las proposiciones con las cuales opera pueden ser verificables desde un punto de vista lógico tan sólo en un dominio y con un alcance *insuficiente*. En todo caso las proposiciones de la tópica son discutibles; y dentro del dominio de la tópica existe gran interés en configurar esa discutibilidad del modo más claro y simple que sea posible.

6. Tópica y “*ius civile*”

Es bien sabido que, para el sistemático, el *ius civile* constituye una gran decepción, pues en el campo del *ius civile* apenas se puede encontrar conexiones derivativas de gran alcance.

Viehweg toma como ejemplo en el campo del Derecho Romano el Digesto de Juliano, en los textos dedicados a la *usucapio*. En cuanto a la adquisición del hijo de una esclava robada, Juliano aprueba que no sólo el comprador de buena fe, sino también todos los que poseen con algún título, hecho al cual suele seguir la *usucapio*, se apropien el hijo de una esclava hurtada. Apoya su opinión en el siguiente razonamiento: lo que se ha decidido de un modo general de que nadie puede por sí mismo alterar el título de su posesión sigue siendo cierto, si uno sabe que no posee de buena fe, y se apoya sobre esto, para poseer, con el fin de conseguir una ganancia. Esta frase concebida de un modo bastante abstracto, es ilustrada en cuanto a su sentido y alcance con varios ejemplos relativos a la situación del comprador, del heredero y del arrendatario. Si el propietario de un inmueble cree que unos hombres que se acercan están armados, y por eso huye de su fundo, esto vale como si hubiera sido expulsado de éste violentamente, aun cuando nadie haya traspasado los linderos de su predio. El poseedor del fundo, antes de que éste revierta a las manos del propietario, puede usucapir de buena fe; pues la usucapión estaría prohibida sólo cuando el fundo hubiese sido tomado violentamente; mientras que aquí alguien había sido expulsado por la fuerza. Otro caso: si Ticio, a quien yo quería reclamarle un fundo, ha abandonado la posesión de ese fundo, entonces yo tengo un título para usucapir. Lo mismo sucede si yo quería reclamar un fundo que me había sido estipulado y obtuve la posesión de éste para pago de la deuda. Pero más adelante, en otro párrafo del mismo texto,

Juliano emplea otro punto de vista enteramente nuevo, a saber, el punto de vista de la interrupción. Quien pignora una cosa, la va usucapiendo mientras tanto que la cosa esté en poder del acreedor pignoraticio. Pero si el acreedor pignoraticio ha trasladado la posesión de esa cosa a otra persona, entonces la usucapión por el deudor pignoraticio queda interrumpida; y, por lo que se refiere a la usucapión se halla en una situación similar a la de aquel que ha depositado o prestado algo. Pero si yo te pignoro a ti una cosa de tu propiedad que yo poseía de buena fe, pero que tú no sabías que fuese tuya, entonces ceso de usucapir, porque no se acepta que alguien pueda contraer un derecho de prenda sobre cosa propia. Ahora bien, si la prenda se contrajo por mera convención (*nuda conventione*), entonces yo no dejaré en lo más mínimo de usucapir, porque se considera que una prenda no puede contratarse en absoluto mediante tal procedimiento. En otro párrafo, Juliano plantea el siguiente caso: si un esclavo del acreedor hurtó una cosa pignorada, que estaba en la posesión del acreedor, entonces la usucapión del deudor no se interrumpe, porque el esclavo propiamente no priva de la posesión a su dueño.

Indudablemente los textos referidos presentan una conexión llena de sentido; pero indudablemente también este sentido no es de carácter sistemático, antes bien, constituye meramente una pura conexión de problemas. Se ofrecen y ponderan soluciones para un complejo de problemas, buscando y fijando puntos de vista (buena fe, interrupción), que surgen no solamente aquí, sino que proceden de otras conexiones similares, en las cuales obtuvieron reconocimiento y protección. De esta suerte se va elaborando una estructura jurídica en una forma muy viviente.

Claro es que siempre se ha diferenciado entre el pensamiento más o menos casuístico, por una parte, y, por otra, un pensamiento más o menos sistemático. En suma, se ha distinguido siempre entre el pensamiento predominantemente práctico y el predominantemente teórico. Pero asombrosamente el concepto de la práctica no ha sido aclarado de un modo suficiente. De ordinario se emplea ese concepto de la práctica tan sólo en el sentido de negación de la teoría. Sería conveniente aclarar la índole de la casuística. Pero respecto de esto habría que hacer a un lado un especial tipo de casuística: la casuística cuyo propósito consiste tan sólo en ilustrar un sistema. La casuística que viene en cuestión es aquella que surge precisamente por virtud de la índole de los problemas, es decir, aquella que piensa aporéticamente, y que en esto puede naturalmente desenvolver diversificaciones esenciales. Lo que importa, sobre todo, es darse cuenta de que por debajo de una casuística tal se halla esencialmente un pensamiento de problemas, un pensamiento problemático que se caracteriza por requerir una técnica determinada, cuyos componentes (conceptos y proposiciones) tienen que mostrar una peculiaridad de la cual no se puede prescindir. Es necesario darse cuenta también de que por lo menos resulta cuestionable si se puede decidir voluntaria y libremente la aplicación, al problema planteado, ora de un enfoque casuístico ora de un enfoque sistemático.

También en Ulpiano encontramos textos que resultarían insatisfactorios desde el punto de vista sistemático; pero que no sería lícito juzgar desde este punto de vista sistemático.

El jurista romano se atiene a un problema y se dirige por él, buscando respecto de éste los argumentos adecuados. En consecuencia, el jurista romano se halla precisado a desenvolver una técnica correspondiente. Sin más, presupone una conexión que él no trata de demostrar, antes bien, se mueve dentro de ella. Ésta es la actitud fundamental de la tópica.

Savigny caracterizó el encanto peculiar de la jurisprudencia romana en los siguientes términos: sucede como si el caso planteado —cualquiera que este caso sea— constituyese el comienzo de toda la ciencia, la cual tuviese que ser inventada y desenvuelta a partir de ese punto. Ésta es una característica del pensamiento problemático, el cual requiere una eterna investigación dialéctica, un “sistema abierto”.

Un método tal de trabajo tiene la característica de que permite al jurista tomar el Derecho no como algo que simplemente le es dado, antes bien, como algo que debe ser continuado y reelaborado responsablemente. En tal tarea participa la personalidad entera del jurista, cuyo orgullo consiste en practicar un arte no sólo meramente intelectual, sino también moral.

La preeminencia del problema determina que los conceptos y las proposiciones desarrolladas en la tarea jurídica *no puedan fundarse sobre la base de la sistematización*. Se debe entender tales conceptos y proposiciones como componentes de un pensar tópico. La vinculación de tales conceptos y proposiciones al problema impide pensarlos desde un punto de vista lógico, desenvolviéndolos hasta sus postrimerías. E impide lo que conduce a un sistema deductivo. Precisamente cuando uno desea acercarse de veras al problema, tiene que evitar lo que lleva a un sistema deductivo. Ordinariamente los juristas romanos de los mejores tiempos evitaron generalizaciones, reducciones lógicas. De aquí la importancia de la famosa frase de Iavoleno, de que toda definición en Derecho civil es peligrosa. Ese aserto se entiende muy bien desde el punto de vista de la tópica; pero resultaría bastante incomprensible para un pensamiento sistemático.

Se percibe con especial claridad el hecho de que los grandes juristas romanos evitaron en la medida de lo posible los enunciados rígidos; y se comprende el hecho de que cuando tuvieron que establecer algunas fijaciones las llevaron a cabo sólo de manera titubeante.

Los grandes juristas romanos llevaban a cabo su tarea mediante un procedimiento de tanteo en el sentido de la tópica.

Ahora bien, con esto la investigación jurídica no llega aún a su estación terminal. Con esto ha alcanzado solamente su segunda fase y labora ulteriormente a partir de ésta, por así decirlo, en condiciones que se hacen cada vez más difíciles. Pues lo que se ha establecido una vez, debe conservarse fijo en el campo del Derecho de un modo tenaz. Ahora bien, esto determina que a la etapa del titubeo y la vacilación siga después un conservadurismo rígido. Pero, para salir de este atolladero, hay que pedir de nuevo auxilio a la tópica. Pues con respecto a los nuevos problemas que surjan se debe conseguir nueva modalidad mediante una interpretación que parezca adecuada a las nuevas circunstancias.

La tópica colecciona puntos de vista y los compendia finalmente en catálogos, los cuales no están regidos por una conexión deductiva y, por lo tanto, pueden ser fácilmente ampliados y completados.

Patentemente el *ius civile* contiene colecciones de este tipo. Los frutos de todo su esfuerzo son directrices que funcionan como tópicos. Los catálogos de tópicos tienen la forma de colecciones de reglas. Pablo expone cómo se debe emplear tales reglas y cómo deben éstas ser entendidas: *non ex regula ius sumatur sed ex iure quod est, regula fiat*.

Contemplado desde el punto de vista de la tópica, todo ese procedimiento se comprende suficientemente. Se trata de la tópica de segundo grado ya mencionada, de la tópica que trabaja con los catálogos de tópicos. Se trata visiblemente de un repertorio muy importante, que se tiene a la mano y que consta de pun-

tos de vista aceptados, los cuales se presentan en forma de citas de los textos de los juristas sin ningún propósito sistemático, y en un orden descuidado.

Claro que uno puede preguntarse si el procedimiento descrito cabe entenderlo como ciencia en algún sentido, o, por el contrario, como algo que debe ser comprendido de modo diferente.

Esta pregunta parece permitida porque Aristóteles introdujo ya una división conceptual entre la técnica y la ciencia. La ciencia es un hábito del demostrar por medio de últimas causas necesarias. En cambio, la técnica es un hábito del preferir mediante reflexión razonable. Los estoicos aceptaron esta diferencia.

En los juristas romanos no hallamos estas consideraciones gnoseológicas. Pero se podría tal vez extraer similares conclusiones de sus modos de expresión, tomando ante todo como punto de partida el hecho de que la técnica de los griegos suele traducirse en latín como *ars*, mientras que a la ciencia se la llama *disciplina*. Recordemos la definición de Celso "*ius est ars boni et aequi*", en la cual debiéramos entender arte en el sentido de técnica.

Si es correcto considerar que la jurisprudencia romana, por lo menos en cuanto a su estructura fundamental, no se diferencia de la sofística, de la retórica y de la aporética filosófica, entonces tiene sentido preguntarse si hay entre ella y estos campos, nexos genéticos. El romanista alemán contemporáneo Johannes Stroux ha hallado puentes genéticos entre la retórica y la jurisprudencia romana, especialmente en la doctrina retórica sobre el *status*. En los procesos se trata ante todo de hallar el *status* de la afirmación y de la impugnación, y entonces, el *status* de la discusión, y, por fin, el *status* del problema jurídico. Con respecto a esto interesan aquí especialmente los casos en los cuales resultan discutibles la ley y su interpretación. Estos casos la mayor parte de las veces suelen enumerarse en cuatro tipos: primero, discusión sobre si lo que debe decidir es el tenor literal de la ley o la llamada voluntad de la ley; segundo, antinomia de la ley, es decir, leyes contrarias; tercero, anfibología o ambigüedad de la ley; cuarto, lagunas de la ley, remediables por discurso, razonamiento, argumento.

No es cierto, como algunos han dicho frívolamente, que la dialéctica estoica no haya jugado el menor papel en la labor jurídica de los romanos.

Se dice que el método científico de los juristas procede del de los filósofos, y entonces se presupone que en aquél y en éste debe hallarse una estructura muy similar. Pero esto es correcto tan sólo por lo que se refiere a los nexos entre la aporética filosófica, por una parte y la jurisprudencia romana, por otra, en cuanto a sus respectivos fundamentos, porque en ambas domina un pensamiento tópico. Y en ambos campos hallamos un estilo mental que en conjunto y a grandes rasgos corresponde a la "dialéctica" aristotélica.

7. Tópica y "*mos italicus*"

Viehweg procede a examinar también el "*mos italicus*" que se desarrolló en conexión con la *Glōsa ordinaria* de Accursio, en Bartolo, su más famoso representante, y que dominó inatcada hasta el siglo XVI, persistiendo después bajo violentas contradicciones e impugnaciones hasta entrado el siglo XVIII. Pues bien, el *mos italicus* está caracterizado por un esquema mental de índole tópica, el cual durante largo tiempo constituyó el estilo jurídico propiamente dicho.

Este estilo fue considerablemente desenvuelto no sólo por los glosadores, sino también por los posglosadores o comentaristas.

El íntimo enlace fundamentalmente justificado entre retórica (tópica) y juris-

prudencia, corresponde a una firme tradición de las últimas épocas de la Antigüedad y del periodo de transición que estuvo especialmente bajo la influencia del pensamiento de Cicerón. Esta tradición fue seguida por Quintiliano, Casiodoro y San Isidoro de Sevilla, quien designa precisamente la retórica como *scientia iuris peritorum*.

No es correcto considerar "la ciencia jurídica sistemática" como una creación de la escolástica medieval. Por el contrario, la escolástica teológica convierte un pedazo de la retórica antigua (tópica) en la fórmula que le sirve de directriz, y liga ésta con una doctrina sobre la relación entre la fe y la razón.

Entre otros, hay dos problemas que especialmente tuvieron gran importancia en la literatura científica de la Edad Media, y en enorme medida en la literatura jurídica. Uno de esos problemas consiste en preguntar qué se ha de hacer si los textos se contradicen. El otro está suscitado más o menos por la conciencia de cómo se debe establecer una relación adecuada con la situación. Para el tratamiento de ambos problemas debe buscarse ayuda en el *ars inveniendi*, es decir, en la tónica.

En el caso de desacuerdo o divergencia entre los textos, las cosas se hallan del siguiente modo: las contradicciones o contrariedades de las fuentes suscitan dudas, dan ocasión a controversias, disensiones y ambigüedades científicas, y requieren una solución. La solución debe consistir en el establecimiento de la concordancia, para lo cual hay varios medios. El medio más simple es la llamada jerarquía de las autoridades. Si los textos que están en cuestión tienen igual dignidad, entonces hay que eliminar este criterio. Entre los medios restantes figuran la distinción y la división conectada con ésta. Así se va estableciendo un orden en el cual se otorga a cada uno de los puntos una especie de competencia limitada. Sin invención, por tanto sin tónica, esto no sería apenas posible, pues en este terreno los tópicos retóricos generales, de lo *similar* y lo *contrario*, son decisivos.

Ahora bien, las llamadas "distinciones" regularmente no son materiales constructivos de un sistema deductivo. Más bien pertenecen al *ars inveniendi*.

La oposición entre la distinción conceptual y la deducción lógica arroja enorme luz sobre la tónica. La tónica surge siempre dondequiera que en la operación lógica se introducen nuevos puntos de vista de contenido. En este caso emerge siempre una y otra vez, reiteradamente, la tónica. Juega la tónica también un importantísimo papel en la técnica de la concordancia, lo mismo para la elección del concepto que sirve como punto de partida, como para la elección de las distinciones. Paso a paso se va llegando a la invención lograda o feliz. Ahora bien, este procedimiento queda descartado en una deducción lógica.

El segundo problema fundamental mencionado, el problema de establecer una relación adecuada entre una situación de hecho y el pasaje de un texto, constituye claramente un tema de la tónica, que es habitual en toda jurisprudencia. Se busca y se halla puntos de vista que puedan justificar un texto como aplicable o no aplicable. Este procedimiento es tanto más necesario, cuanto mayor sea el prestigio de los textos que vengan en cuestión, y cuanto mayor sea la diferencia y la distancia entre las situaciones previstas por aquellos textos, y la época de la aplicación que presenta nuevas situaciones. Este procedimiento de la tónica contiene necesariamente contradicciones lógicas. Sin embargo, esto no impide que tenga una importancia y significación eminentes. Pues de este modo, gracias a la tónica, se hace posible la continuidad y el desarrollo ulterior de un mundo de formas jurídicas. Fue sólo gracias a este procedimiento, que la jurisprudencia medieval pudo desenvolverse ulteriormente al Derecho Romano y preparar un Derecho Romano común. Esto constituye un mérito de la tónica. La sistemática habría ope-

rado como una especie de bloqueo o de barrera que habría impedido tal desenvolvimiento.

En el pensamiento medieval se dio a la tópica una forma muy adaptada a la práctica y utilizable en ésta. El método escolástico de comenzar buscando las premisas ofrece un esquema tópico. Así, la forma clásica de Santo Tomás de Aquino: 1) *utrum*... fijación del problema); 2) *et videtur quod*... (puntos de vista que se aproximan al problema); 3) *sed contra*... (puntos de vista contradictorios); 4) *respondeo dicendum*... (solución); y, 5) análisis y crítica de las objeciones que se han dirigido o pueden dirigirse contra la solución. El esquema de Bartolo es muy similar a éste.

8. Tópica y "ars combinatoria"

Sin duda alguna la tópica alcanzó grandes méritos al servicio de la jurisprudencia. Sin embargo, por otra parte, la tópica impide que la jurisprudencia pueda convertirse en un método riguroso. Pues se llama *método* tan sólo el procedimiento que es verificable rigurosamente desde el punto de vista lógico, es decir, que entraña una conexión unívoca de fundamentación, y que, por tanto, crea un sistema deductivo. La jurisprudencia descrita hasta aquí no es un método, antes bien, por el contrario, es un *estilo*. Ahora bien, ese estilo, al igual que cualquier otro, constituye un arbitrio que no tiene una configuración unívoca y que no puede ser sometido a una rigurosa verificación. Ciertamente que la actitud de la tópica merece un alto grado de confianza. Pero sólo el proyecto de un sistema deductivo puede convertir ese estilo en método.

Leibniz, cuando en su juventud estudiaba el *mos italicus*, en lugar de propugnar los principios que más tarde sostendría en su *Nuevo método para enseñar y aprender jurisprudencia*, de 1667, se atiene a la tópica. Así, en su disertación sobre el *arte combinatoria* (1666), con especial relación a la jurisprudencia. En vez de buscar, como lo haría más tarde, un fundamento deductivo sistemático, aunque sin excluir éste, aplica también puntos de vista de la tópica. Leibniz desea poner en concordancia el espíritu matemático de su época con la tradición medieval. Sin embargo, no cree que se pueda despedir, sin más, la tópica, en favor de un propósito sistemático. Por el contrario, acepta que el *ars inveniendi* tradicional, puede ser puesto bajo el control aritmético, sin que por esto se haga a un lado su peculiar estructura fundamental. Leibniz se propone concebir el *ars inveniendi* como *ars combinatoria*. En suma, se propone matematizar la tópica.

Leibniz quiere, tomando la base de la aritmética, construir la *doctrina de las complicaciones y transposiciones*, y, mediante ello, ofrecer nuevas sugerencias para el arte de la meditación, o sea para el arte lógico de la invención.

El origen de este pensamiento se halla en Raymundo Lulio, quien hacia 1300 desarrolló un *Ars magna*, que constituye un juego de 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 sumamente simple, que en su opinión debe representar la *scientia generalis*. Los cinco círculos tienen las siguientes denominaciones y abarcan los conceptos que se expresan a continuación: *circulus subiectorum: deus spiritus corpus, homo, sensitivum, vegetativum, instrumentale, possessiones, acciones; circulus praedicatorum absolutorum: bonitas, duratio, capacitas, forma, localitas, motus, potentia, principium, quantitas. Círculos praedicatorum respectivorum: differentia, concordantia, contrarietas, ordo, aequalitas,*

inaequalitas, figura, signum, relatio. Circulus praedicatorum negativorum: annihilatio, diversitas, impotentia, contradictoria, malitas, nihil, privatio, remotio, falsitas. Circulus quaestionum: an?, quid?, cur?, ex quo?, quantum? quale?, quando?, ubi?, quocum?

Leibniz informa que su maestro Bernardo Lavintheta enseñaba a coleccionar "terminos in iure simplices", en el sentido de aquel arte luliano. Y, a este propósito, Leibniz justifica tal empresa, mediante un pensamiento que le impresionó desde el primer momento, y que no abandonó jamás: la idea de convertir la relación del todo con la parte en un medio mental. Tal idea era ya muy antigua; se la transmitía como tópico en la instrucción retórica; y recibió una reelaboración que la convirtió en teoría de enorme calibre en la filosofía de Hegel. Leibniz la enlaza con la idea de la aritmetización. Así pues, a sus veinte años de edad, en el proyecto de una casuística jurídica general, Leibniz hace el ensayo de matematizar la tópica jurídica. Pero fracasa, porque tropieza con la multivocidad del idioma, hecho que finalmente le lleva al propósito de fundar un lenguaje preciso, y, desplazando el acento hacia la axiomática, lo lleva también a la logística.

9. Tópica y axiomática

Cuando uno se encuentra en un cierto campo con un estilo de pensamiento, con un estilo mental, se dan, entre otras, dos posibilidades para el punto de vista científico-teorético.

Se puede intentar la conversión de ese estilo en un método deductivo. Si se tuviese éxito, entonces se obtendría una disciplina que llenaría el ideal de una ciencia, es decir, el ideal de que sus conceptos y proposiciones se hallasen en una conexión unitaria de definiciones y de fundamentación.

Pero cabe también otra posibilidad, la de prescindir de ese intento, y emplear el estilo en cuestión tal y como está, en lo que es, y tomarlo, en tanto que tal, como objeto de una ciencia. Una razón para esta segunda posibilidad podría consistir en que el "método" que hiciese a un lado el estilo mental tópico, no estaría en condiciones de sustituir a éste en el campo que viene en cuestión.

Si se aplicase la primera posibilidad a la disciplina jurídica, esto significaría científicar la técnica del Derecho. En cambio, si se aplicase la segunda posibilidad, esto significaría convertir la técnica jurídica en objeto de una ciencia especial. Por mucho que esos dos casos se diferencien entre sí, sin embargo, en ambos tendría sentido hablar de una *ciencia jurídica*.

Viehweg examina ante todo la primera de las posibilidades. Ese proyecto de científicar la ciencia jurídica correspondería a una tendencia de la cultura occidental moderna, a la tendencia de entender la jurisprudencia como ciencia, y, por consiguiente, se opondría a la tópica.

Ahora bien, si se tiene en cuenta el fracaso del intento emprendido por Leibniz, de conservar la estructura de la tópica y al mismo tiempo tenerla bajo el control de la lógica, entonces, para lograr la científicación de la jurisprudencia, sería necesario descartar la tópica y sustituir ésta por la sistematización. Entonces se debería proceder a una sistematización del catálogo de topos jurídicos, con el fin de conseguir el sistema jurídico que permitiese obtener los fallos unívocamente por vía estrictamente deductiva.

Aunque en principio la sistematización no constituye una tarea muy difícil, sin embargo, en la realización efectiva de la misma puede tropezar con considerables obstáculos. Sería necesario encontrar una o varias proposiciones que, en última

instancia, resultarían apropiadas para funcionar como la cima de la cual pudiesen deducirse todas las demás proposiciones. Esto requeriría que las proposiciones básicas o los axiomas del sistema constituyeran el punto de referencia de todas las demás proposiciones, o bien, que todas éstas pudiesen ser deducidas de aquellos axiomas. Pero adviértase, en todo caso, que esos axiomas que pertenecerían al sistema no podrían, sin embargo, ser fundamentados partiendo de ese sistema. Pero, además, resultaría imposible deducir un axioma de otro axioma, pues entonces el primero sería superfluo. Más bien habría una especie de independencia entre esos axiomas o conceptos fundamentales. Si se asegurara la plenitud, la compatibilidad y la independencia de los axiomas, entonces se podría deducir de ellos una serie de conclusiones en cadena. Con eso se podría, por ejemplo, sistematizar únicamente un determinado Derecho civil. Y si más allá de esto se pudiese situar los demás campos del Derecho bajo axiomas y conceptos fundamentales unitarios, entonces se podría hablar de una total fundamentación lógica del Derecho, de un sistema jurídico en sentido lógico. Ahora bien, hasta ahora nunca se ha tenido éxito en la realización de tal propósito, a pesar de que la existencia de ese sistema suele darse por supuesta en el pensamiento jurídico de la Edad Moderna.

Pero admitamos que efectivamente hubiese un sistema jurídico tal. Sin embargo, incluso en ese caso, surgiría la pregunta respecto hasta qué punto dicho sistema podría excluir la tópica. Desde luego no podría excluir la tópica en la selección de los axiomas. Pues cuáles sean las máximas fundamentales con contenido que se elijan, *constituye algo discrecional que no se halla regido por la lógica*. Lo mismo puede decirse respecto de los conceptos fundamentales. Se trata, en fin de cuentas, de un problema de la *invención*, del hallazgo.

Ahora bien, si después examinamos dentro del sistema en cuestión el campo de las deducciones, parece que tampoco aquí se ha logrado eliminar la tópica. Sin embargo, incluso esto sería discutible, porque las conclusiones o derivaciones llevarían consigo la posibilidad de diferentes y variables interpretaciones tácitas. Ahora bien, si se quisiera descartar esas mezclas suscitadas por la posibilidad de interpretaciones diferentes cubiertas por las mismas expresiones lingüísticas, entonces sería necesario pasar a una formalización más rigurosa, para lo cual haría falta dar otros dos pasos. En primer lugar, habría que considerar que conceptos jurídicos como "usucapión", "pretensión", "declaración de voluntad", etcétera, serían por entero indiferentes en cuanto a la genuina interpretación de estas palabras. Serían considerados simplemente como "*relaciones jurídicas*". Sería imposible atribuirles ningún significado concreto con referencia a la vida, al lenguaje y al problema que se planteara. En suma, aquellos conceptos perderían todo sentido eficaz con relación a los problemas prácticos.

Pero, al llegar a una radical formalización, todavía haría falta dar otro paso. Este paso consistiría en transcribir las estructuras de relaciones mediante una especie de fórmulas de cálculo. Ese cálculo significaría un arte combinatorio que permitiese, arrancando de un determinado punto de partida, sacar ulteriores fórmulas, según ciertas reglas operativas lo más simples que fuera posible. Por consiguiente, la calculización exigiría lo siguiente: 1) que a las proposiciones fundamentales (relaciones tomadas como punto de partida) correspondan las fórmulas que constituyen el punto de arranque; 2) que a los conceptos correspondan las variables en estas fórmulas; 3) que a la extracción de conclusiones correspondan los preceptos operativos de carácter combinatorio. Para asegurar el curso liso y llano de la combinatoria descrita, se introducirían signos simbólicos, que se pareciesen a los matemáticos.

Ahora bien, cuando se aplica, por ejemplo, este procedimiento para la sistematización de un determinado Derecho civil, lo que sucede es que éste queda en gran parte vaciado de contenido significativo. Esto es así, porque la matematización opera con signos que carecen de significación material. Y si se quiere obtener consecuencias efectivamente prácticas, entonces hay que dotar al cálculo con un precepto interpretativo, que naturalmente resulta arbitrario desde el punto de vista lógico.

En suma, Viehweg considera que este procedimiento lleva a convertir la ciencia jurídica en logística. Cree además que para cumplir el propósito de apartar del sistema todo influjo de la tópica, tienen que realizarse violentos esfuerzos, extraordinarios, superlativamente astutos. Y opina, finalmente, que, en fin de cuentas, esos ensayos de sistematización por la línea de la logificación o de la matematización, al fracasar, ponen en evidencia que *no es posible en absoluto apartar la tópica en el estudio de los temas jurídicos prácticos*. Los que se dejan llevar por ese propósito de logificación o matematización dan por supuesto que hay una unidad sistemática en el campo de lo jurídico. Ahora bien, tal cosa no es correcta. Por el contrario, nos encontramos con una multiplicidad variada de áreas jurídicas, las cuales no pueden ser unificadas sistemáticamente en un solo dominio, si es que no se quiere forzar arbitrariamente las cosas. La estructura jurídica de conjunto con la que nos encontramos *no constituye un sistema en el sentido lógico de esta palabra*. Es más bien una multiplicidad indeterminada de sistemas, cuyas extensiones son muy diferentes.

Ahora bien, como quiera que la multiplicidad de sistemas, la cual no podemos abarcar por completo, hace posible que se produzcan colisiones, entonces es necesario un instrumento para resolver tales conflictos. Tal instrumento es suministrado por la interpretación. A este respecto la tarea de la interpretación se propone obtener alguna concordancia que en cierta medida sea aceptable. La interpretación tiene que establecer conexiones en el caso planteado, mediante aclaraciones que resulten admisibles. Estas operaciones interpretativas pueden representar pasos hacia un sistema lógico de conjunto, pero no tienen necesariamente que constituir tales pasos. Más bien nos vemos precisados a constatar que hay ocasiones en las cuales la operación interpretativa puede disminuir la pluralidad de sistemas, pero que, en cambio, otras veces contribuye a aumentarla.

En todo caso, se pone muy en claro que *la interpretación, la cual es indispensable*, introduce muchísimas veces el punto de vista de la tópica en el sistema jurídico. Pues el pensamiento interpretativo tiene que moverse dentro del estilo de la tópica.

Recuérdese que el orden jurídico experimenta constantemente ciertos cambios a lo largo del tiempo. Por eso, el papel de la interpretación y, consiguientemente, de la tópica, como fundamentante de la coincidencia de los opuestos, se hace patente de un modo todavía más perentorio.

Pero hay más todavía: hay un segundo camino de irrupción de la tópica en la llamada aplicación del Derecho. Incluso presuponiendo, lo cual es incorrecto, que exista un determinado sistema jurídico —por ejemplo, de un cierto Derecho civil—, nos encontramos con que a la luz de ese sistema hay una multitud de casos jurídicos que resultan solucionables; pero encontraremos otro número de casos que no pueden ser resueltos según tal criterio. En estos últimos casos será necesario acudir a interpretaciones adecuadas, las cuales modificarán el sistema, en la medida en que utilizarán la extensión, la restricción, la equiparación, etcétera.

Todavía hay un tercer modo de irrupción de la tópica en el sistema jurídico, a

saber: el uso del lenguaje o idioma cotidianamente aceptado. Hay conceptos y clases que se expresan en el lenguaje habitual y que aparecen inseguros desde el punto de vista sistemático. Ahora bien, en un sinnúmero de casos la jurisprudencia no tiene más remedio que atenerse a la significación que esas voces y frases tienen en el lenguaje corriente y cotidiano.

Y, finalmente, hay todavía un cuarto campo de acción de la tópica: se trata de un campo que está situado fuera del sistema jurídico, pero que influye sobre éste. Se trata de la interpretación de la situación de contenido, interpretación que es necesaria en algunos casos para el tratamiento jurídico del problema planteado. Para tener acceso al problema jurídico y poderlo manejar correctamente, hace falta muchas veces una determinada comprensión de esa situación de hecho, lo cual requiere de nuevo el empleo de procedimientos que pertenecen a la tópica. La audiencia de las partes litigantes, la audiencia de los testigos y de los peritos, ponen en claro el hecho de que a través de tales procedimientos aprendemos a menudo nuevos horizontes de comprensión, no previstos en el sistema. Y, así, sucede muchas veces que sólo después de tales preparaciones es posible poner en relación la situación de contenido y el Derecho positivo, de modo recíproco. Lo que de un modo supersimplificado suele mal llamarse aplicación del Derecho, consiste en una aproximación recíproca entre el contenido de una situación de hecho y el orden jurídico.

Después de haberse uno percatado de las observaciones que anteceden, resulta clarísimo que queda muy poco intacto de aquella ilusión de un sistema lógico del Derecho. Aquella supuesta dimensión sistemática aparece muy inadecuada y desproporcionada, para afrontar y resolver los problemas de la jurisprudencia. Resulta que aquella manía sistemática oscurece la contemplación del problema planteado de hecho. Lo que frívolamente suele llamarse "subsunción jurídica" resulta insuficiente para el enfoque, el tratamiento y la solución de muchos problemas jurídicos. Por tanto, aquella pretensión sistemática aparece como carente del alcance que indebidamente se le había atribuido. El centro de gravedad de las operaciones interpretativas radica patentemente en lo que la tópica llama "invención". Quien no tenga prejuicios verá claramente que el problema de la interpretación vuelve a hallarse en el estado que tenía antes de los intentos sistemáticos, que tan vanos se han mostrado. Viehweg reconoce que algún empleo de la lógica puede resultar indispensable en el campo jurídico; pero subraya enérgicamente que cuando se trata del meollo decisivo para enfocar y resolver el problema, la lógica queda relegada a un segundo plano. En el momento decisivo lo que ayuda es siempre el *ars inveniendi* de que hablaba Cicerón; es decir, la tópica tiene, debe tener, prioridad sobre la lógica.

Sin embargo, Viehweg admite que puede ser aceptable que se trate de científicar la técnica jurídica, para convertir en método el estilo característico ante el cual nos encontramos. Ahora bien, en todo caso, hay que reconocer que hasta ahora tal propósito *se ha quedado tan sólo a mitad del camino*; y que no sabemos qué es lo que debería hacerse para conseguir un avance en ese intento. Se dice que tal vez se requeriría lo siguiente: rigurosa axiomatización de todo el Derecho, unida a una estricta prohibición de interpretación dentro del sistema, lo cual se habría de conseguir mediante la calculización; rigurosos preceptos interpretativos orientados exclusivamente hacia el sistema o cálculo jurídico; libre permiso para fallos "*non-liquet*"; la acción continuada de un legislador que, trabajando de modo exactamente sistemático o calculatorio, haga solucionables los nuevos casos que surjan, sin perturbar la perfección lógica del sistema o del cálculo.

Sin embargo, Viehweg considera que la realización de esos requisitos, que tal propósito llevaría consigo, *no es realizable, no es practicable*. En todo caso, los axiomas, en tanto que médula del Derecho, resultarán siempre *arbitrarios* desde el punto de vista lógico; y las operaciones mentales que eligen precisamente unos axiomas y desechan otros, permanecerán inevitablemente como funciones de índole tópica. No se olvide que los axiomas deben constituir las respuestas a los problemas de justicia.

Frente a los pruritos sistematizantes y logificantes, queda en pie la ciencia jurídica tradicional, la cual no intenta modificar sustancialmente la técnica del Derecho. Viehweg concibe esta técnica como un fenómeno de la *incesante búsqueda de lo justo*; búsqueda de la cual surge el Derecho positivo, y que se prosigue en el manejo práctico de ese Derecho positivo. Esta búsqueda, con todas sus características humanas, constituye el gran objeto de investigación para la ciencia jurídica. En fin de cuentas, necesitamos una teoría científica de la práctica jurídica. Ahora bien, tal teoría no puede ser desenvuelta si se parte del propósito de elaborar un sistema deductivo del Derecho.

10. Tópica y civilística

Una disciplina jurídica trabaja sobre la base de un conjunto de tópicos ya elaborados, pero no toma en cuenta otro conjunto de tópicos posibles. Esto puede explicarse en razón del cambio incesante, mayor o menor, de las situaciones reales. Al ir cambiando esas situaciones, se hace uso de nuevos tópicos, ora por la legislación, ora por la interpretación jurisdiccional. La constante reelaboración del Derecho toma en cuenta que todo el andamiaje de acciones jurídicas conserve su estabilidad, pero sin perder su flexibilidad. Servir a esas dos exigencias, estabilidad y flexibilidad, constituye el meollo del arte jurídico.

Desde Ihering, cada vez se ha ido reconociendo de un modo más explícito que el Derecho positivo no puede ser entendido sin utilizar la categoría del interés. Ahora bien, la constante reconfiguración de los intereses en la vida humana social suministra cada día un gran número de nuevos argumentos jurídicos.

El tratamiento jurídico de los intereses, y de los conflictos entre éstos, destaca superlativamente el fundamento aporético de toda la disciplina jurídica. Se trata, en suma, del problema de lo que sea justo aquí y ahora, o en otro tiempo y en otro lugar. Este problema no puede ser descartado de la jurisprudencia. Enfocarlo y resolverlo es precisamente la tarea esencial de la jurisprudencia.

Toda disciplina especializada se establece precisamente por la índole de la problemática que la suscita. Mientras que hay disciplinas que por virtud de su objeto son sistematizables, en cambio hay otras que se muestran como *insistematizables*, porque en su campo no hay proposiciones fundamentales que puedan servir de base para la sistematización. En este segundo caso lo único posible es la consideración de los problemas. El problema fundamental con el cual uno se encuentra, es permanente, lo cual sucede frecuentemente en el campo de la acción humana. Obviamente la jurisprudencia se encuentra en este sector y en esta situación.

Ahora bien, si es correcto considerar la tópica como la técnica del pensamiento problemático, entonces la jurisprudencia, en tanto que técnica, sirve para tratar una aporía, y tiene que corresponder en lo esencial a la tópica. Por eso, para entender la estructura que corresponde a la jurisprudencia, hemos de buscar iluminación en la tópica.

Viehweg señala a este propósito los tres requisitos siguientes:

1) La estructura total de la jurisprudencia puede ser determinada tan sólo *partiendo del problema*.

2) Las partes componentes de la jurisprudencia, sus conceptos y proposiciones, deben *permanecer ligadas de modo específico al problema*, y todo ello únicamente puede entenderse partiendo del problema.

3) Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia pueden ser llevados tan sólo a una *implicación que permanezca ligada al problema*.

Viehweg ilustra estos tres requisitos mediante referencias a sustanciosas aportaciones contemporáneas a la civilística, principalmente de Fritz von Hippel, Josef Esser y Walter Wilburg.

Hippel, en su propósito de una nueva ordenación del Derecho privado (1930), se refirió a la posición del legislador, estableciendo que en todo caso éste surge con la pretensión de ser justo. Este propósito, que entraña una elección, está afectado por las realidades concretas, de lo cual se sigue que la labor del legislador constituye siempre una *tarea histórica*. Claro que a través de la historia hay problemas inmanentes duraderos; pero la regulación de éstos constituye siempre una nueva tarea. Podemos ordenar, comprender, comparar el conjunto del conocimiento iusprivatista especializado, como una serie de respuestas a determinados problemas duraderos de una determinada conexión problemática; y, dentro de este marco, podemos juzgar sobre la intrínseca adecuación y justicia de esas respuestas. Ahora bien, esa ordenación propuesta no se busca en el campo del Derecho positivo. En el área del Derecho positivo se encuentra más bien una contrapartida que se presenta como una trama o complejo de problemas. Trátase de una conexión de problemas, que se mantiene ligada por virtud de la cuestión sobre la justicia, en tanto que cuestión fundamental. Consiguientemente, todas las regulaciones jurídicas aparecen como intentos de considerar esta cuestión dentro de las condiciones históricas concretas.

En opinión de Viehweg, esta obra de Hippel constituye un brillante e inteligentísimo testimonio de la índole esencial de la jurisprudencia, la cual se funda en la aporía básica planteada por el propósito de hallar soluciones justas a los problemas prácticos planteados. Esta aporía constituye la base primaria y constante a la cual son referidas una y otra vez, de nuevo, todas las cuestiones que se van planteando. La estructura de conjunto de la jurisprudencia se puede determinar tan sólo tomando como criterio el de los problemas planteados. Y la tarea de la jurisprudencia consiste en el tratamiento de esos problemas para encontrar la solución justa de los mismos.

En 1952, Esser, en un trabajo sobre *Elementos iusnaturalistas en el pensamiento jurídico dogmático y constructivo*, destacó el punto de que incluso los conceptos que en apariencia se presentan como puramente técnicos, tienen su sentido tan sólo desde el punto de vista de la justicia. Por ejemplo: el concepto de "declaración de voluntad" es comprensible tan sólo si se le interpreta como la fijación de los principios de justicia, en el problema de la vinculación u obligatoriedad, y de la confianza que se produce en los negocios jurídicos. Sin esta interpretación desde el ángulo iusnaturalista tal concepto resultaría incomprensible en muchos casos, como por ejemplo, en los casos en que no hubo efectivamente una declaración de voluntad real, y, sin embargo, se opera como si la hubiese habido a los efectos de la responsabilidad por daños y perjuicios. Viehweg relata otra serie de ejemplos presentados por Esser, los cuales resultarían una tarea irritante y de imposible solución si se tratara de aplicar a esos casos métodos lógicos puramente deductivos.

Wilburg, en un trabajo de 1950, señala que las nociones y máximas de la juris-

prudencia pueden ser entendidas tan sólo refiriéndolas al problema. Wilburg opina que *el Derecho civil se halla fosilizado en un sistema rígido*, mientras que por el contrario, *debiera ser convertido en algo móvil*. Muchas nociones de Derecho civil contemporáneo están ligadas a representaciones materializadas, que conducen a error; y señala asimismo que muchas máximas fundamentales civilísticas son mucho menos fértiles de lo que se cree, e incluso muchas veces actúan como obstáculos. Las máximas del Derecho civil no deben ser interpretadas como conceptos lógicos, antes bien deben ser sólo puestas en relación con las exigencias de justicia. Viehweg reproduce una serie de ejemplos producidos por Wilburg en el campo del concurso y de la quiebra, en el campo de la prenda, en el campo del enriquecimiento indebido, en el campo de la responsabilidad por daños, etcétera.

Según Wilburg, la fuente principal de perturbación consiste en haber absolutizado indebidamente conceptos que tienen sentido sólo desde el punto de vista de la justicia y en relación con las realidades concretas. Y, así, es necesario y obligado, muchas veces, pasar por encima de máximas reputadas como fundamentales, o restringir su alcance, o modificar éste. La preferencia de rango que corresponde al problema completo influye predominantemente sobre la configuración y el desenvolvimiento de la técnica aplicable a la cuestión.

LUIS RECASÉNS SICHES