

LOS CAMINOS DEL RAZONAMIENTO JURIDICO

OLSEN A. GHIRARDI
Argentina

1. *La seguridad*

No hace mucho tiempo un iusfilósofo europeo durante los diálogos que suelen seguir a la lectura de una comunicación presentada en un Congreso, al referirse a la justicia de las decisiones judiciales, con voz tajante, exclamó: “ ¡Por favor, no hablemos de los jueces!”

Es evidente que la expresión puede ser interpretada de muy diversa manera, pero, teniendo en cuenta el tema y la circunstancia durante la cual fue lanzada, no dejaba lugar a dudas sobre la opinión del filósofo con respecto a la justicia que se puede esperar actualmente de los tribunales.

Si ello fuera así poco podría esperarse del hombre. El juez, antes que nada, es un ser humano, que comparte con sus congéneres los mismos defectos y las mismas virtudes. Negarle autoridad moral *ab initio* para juzgar, es negársela a todo el género humano y, en este caso, bien podríamos callar y dejar de concurrir a congresos. Ni la soledad del suicida es tan horrenda como la angustiada increencia del escéptico.

En mi condición humana no he sido nunca pesimista, ni como docente ni como abogado. He creído en la razón humana porque he creído en el hombre y creo aún. Cuando a mi estudio de abogado llega un cliente con el caso concreto, con su caso concreto y humano, que exige ser llevado a tribunales e interponer una demanda, me he hecho primero una pregunta: “¿Es viable?” Dicho en otras palabras: “¿Fallará el juez a favor de mi cliente?” Y la respuesta que me había dado a mí mismo con anterioridad había sido: “Sí, porque creo que es de justicia lo que planteo en tribunales.” Aparte de los albueros naturales de las cosas humanas, he creído que existían muchas y buenas probabilidades de que el fallo me fuera favorable. Es decir, he predicho un resultado.

Las ciencias físicas en general permiten pronosticar los aconteci-

mientos. Pueden preverse los fenómenos muchas veces con un alto grado de probabilidad y hay quien afirma que casi con certeza. Precisamente, pareciera que un área nueva de un saber determinado adquiere la jerarquía que permite calificarla como científica cuando logra prever los acontecimientos a partir de determinadas condiciones. Empero, en las cosas humanas, el panorama tiende a cambiar. La certeza se desvanece entre los intersticios de lo incierto, de lo eventualmente posible o de lo meramente probable.

2. *Dos caminos*

Para predecir lo que puede ocurrir en tribunales, desde el punto de vista de la observación y de lo empírico, caben dos caminos. El primero es bastante reciente y ha sido abierto por un saber que lleva el nombre de *Etología*. Esta, en su actitud actual, estudia el comportamiento de los seres animales en general.¹ Se ha investigado, por ejemplo, el comportamiento de los primates² para comprender mejor la conducta del hombre. Y, en lo que nos interesa, se estudia el comportamiento de los jueces: qué hacen y cómo se conducen cuando deben resolver un caso determinado en ciertas circunstancias.

Es obvio que, desde este punto de vista, la *Etología* no tiene nada que ver con la *Ética*. Es más bien la observación de la conducta del juez desde un punto de vista *externo*. Se fijan parámetros que, en principio, nada tienen que ver con la moral, con los fenómenos de conciencia, ni con la prudencia con que el magistrado resuelve las causas. El científico observa al juez como lo hace quien estudia el comportamiento de la rata en el laberinto cuando va en busca de su comida. Es evidente que el juez es “cosificado,” deshumanizado, para —desde esa perspectiva reduccionista— demasiado halagüeño, pero también es verdad que —dentro de ciertos límites legítimos— esta disciplina podrá hacer aportes, sobre todo, si recibe una buena ayuda de ciencias auxiliares y, entre ellas, de las ciencias matemáticas.

El segundo camino es el viejo camino aristotélico. Tiene a su favor el hecho de considerar al hombre como un ente que, en el ámbito que nos interesa, se gobierna racionalmente. Pretende —sobre todo—

¹ En las obras de Desmond Morris tenemos buenos ejemplos de lo que se pretende con esta disciplina que, en síntesis, quiere estudiar la conducta del animal en su vida natural y en el caso del hombre desentrañar los mecanismos innatos que desencadenan su comportamiento en sociedad. La perspectiva es notoriamente evolucionista, la base es indudablemente empírica y colma las aspiraciones del positivismo en su acercamiento al misterio del problema moral, desacralizándolo totalmente.

² *L'ethologie des primates*. Desmond Morris y otros autores. Editions Complexe, Bruselas, 1978.

conducirlo por el sendero de la razón práctica (prudencia), que tiene como objeto resolver el caso concreto para que la acción sea canalizada por la vía jurídica, forma sustancialmente. Se preocupa por la naturaleza del razonamiento en el derecho e investiga los posibles hitos que nos pueden guiar con más seguridad al destino prefijado. Esto es lo que nos interesa aquí.³

II. Tópica y premisas

1. Premisas demostrativas y premisas dialécticas

Se ha dicho con fundamento que hay ciencias primordialmente deductivas y ciencias primordialmente inductivas. Entre las primeras, contamos la filosofía y las matemáticas; entre las segundas, las llamadas ciencias particulares. Esto en lo que atañe al saber especulativo, pero este distinción puede aplicarse también al saber práctico.

Pero, sea cual fuere la materia de que tratamos, a la Lógica le interesa una distinción que, no por repetida, debemos obviar. La razón humana *hace pie* en el juicio, hace pie en las premisas. Desde que infiere, deduce, argumenta. Quiere decir que dos cosas son de fundamental importancia: a) la verdad de la premisa (juicio o proposición) de la cual partimos; b) la corrección (o validez) de las inferencias, deducciones o argumentaciones, a partir de las premisas. Verdad de las premisas y corrección del discurrir posterior son dos *requisitos independientes*. Es esta independencia la que posibilita a la Lógica su labor instrumental. Constituye su grandeza y su punto débil a la vez.

Sabemos, por lo demás, que el punto de partida del conocimiento es la experiencia. Desde ahí procuramos elevarnos a la universal y desde aquí —sobre todo en el saber práctico— retornamos a lo singu-

³ Ese viejo camino debe velar por la seguridad, seguridad que se logra cuando puede ser *predicha*, en el diagnóstico jurídico, la decisión judicial. No parece eso posible en períodos de profundas crisis y, sobre todo, cuando los problemas económicos socavan los puntales de la estabilidad social. Por ello, ha podido decir Omar U. Barbero: “La lectura de las Conclusiones de Mar del Plata (IV Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, Mar del Plata, set. 1980), asombra al observador atento. Si bien no tenían los participantes en ese encuentro carácter representativo respecto a los jueces de todo el país, y así aquéllas recomendaciones no comprometen colectivamente a la *Justicia argentina*, de algún modo reflejan la confusión, el desconcierto reinante en los diversos ambientes tribunales de la Patria, *iUn* despacho en mayoría y *seis* minorías!; *isiete* criterios distintos!” (“Reajuste del saldo de precio con fundamento en el abuso del derecho,” Revista “La Ley,” martes 12 de mayo de 1981, año XLVI, No. 91).

¿Qué diagnóstico seguro podrá efectuar el abogado, qué predicción podrá formular ante el cliente en su despacho, ante un cliente que clama por su caso concreto? Y esto es característico de los giros jurisprudenciales cuando la cambiante realidad impulsa la confrontación de la norma con el sentimiento de equidad.

lar. Hay algo de circular, de manera permanente, en el proceso de conocimiento. Por eso, necesitamos lograr premisas verdaderas, para hacer pie. Según sean las premisas aceptadas, así será la conclusión que se logre lógicamente. Ya decía Aristóteles que existen *premisas demostrativas* y *premisas dialécticas*; las primeras son verdaderas y necesarias y las segundas no es forzoso que lo sean, antes bien, generalmente, ofrecen mucho campo a la discusión y se presentan como un problema.

El Estagirita nos decía que “los elementos constitutivos de los razonamientos son las premisas”.⁴ Por consiguiente, de premisas demostrativas —razonando correctamente, de acuerdo a las reglas lógicas— llegamos a conclusiones verdaderas; de premisas dialécticas, que no se sabe si son o no verdaderas, se llega a conclusiones de igual género. En este último caso, si se ha procedido correctamente y se ha argumentado prudentemente, hay un acertamiento a la verdad.

Nos preguntamos, ¿qué ocurre en las ciencias respecto de las disquisiciones que estamos haciendo? Pues, el verdadero paradigma de la argumentación demostrativa lo tenemos en las ciencias matemáticas. De igual manera ocurriría con la metafísica. En la época aristotélica el problema era más simple y podía ser esquematizado así:

a) Saber *demostrativo* (apodíctico): ciencias matemáticas y filosofía. El razonamiento modelo era el de las matemáticas y más especialmente el de la geometría, donde los géneros y especies, sistematizados, hacen fluir las demostraciones con más facilidad. De las proposiciones generales se pasa a las proposiciones relativas a géneros de las figuras y así sucesivamente.

En principio no hay referencias, en geometría, a casos singulares. Lo que decimos del círculo lo decimos de todos los círculos. Y aquella geometría —por lo menos la que nos llega a través de Euclides— pretende ser la que coincide con la realidad natural.⁵

La ciencia filosófica (con su entraña metafísica) procede de igual manera. También el razonamiento parte de premisas demostrativas. No existían, en la antigüedad, estrictamente hablando, las ciencias particulares. Para ser más claros es menester recalcar que no existió entre los griegos una ciencia experimental propiamente dicha. La filosofía aglutinaba, así, a todas las ciencias, ya que las ciencias particulares formaban, en verdad, parte de aquélla. La Física, por ejemplo,

⁴ Cfr. *Topiques*, I, 4, 101, b. En la traducción que ofrece *Les Belles Lettres*, París, 1967, se duda entre traducir “premisa” o “proposición” y se decide (Jacques Brunschwig) por el primer vocablo. Reza el párrafo: “En effet, les éléments constitutifs des raisonnements sont les prémisses, les objets sur lesquels portent les déductions son les problèmes. . . ” (pág. 5).

⁵ Cfr. nuestra *hermenéutica del saber*, Gredos, Madrid, 1979, 1a. parte. cap. II.

era una ciencia cualitativa (cuantitativa comienza a manifestarse más contundentemente con Galileo) y algunos temas (Libro VIII de la *Física de Aristóteles* sobre el movimiento) son virtualmente metafísicos. Es natural, pues, que la ausencia de experimentación haya dejado este discurrir totalmente subordinado a la filosofía. No obstante, la observación, en cuanto método empírico, dio nutrido alimento a la inducción.

b) Saber *dialéctico*: discusión política, social y forense. Es en virtud de los problemas planteados en este sector, que Aristóteles escribe su *Tópica*. Aquí las proposiciones versan menos sobre lo universal y más sobre lo contingente.

Pero los tiempos modernos y contemporáneos han ensanchado enormemente el horizonte de los conocimientos, fruto del desarrollo de las ciencias particulares (ciencias experimentales, por excelencia) y ello ha producido un fenómeno muy especial: los juicios constituyen, en este campo, toda una gama que Kant ha graduado, desde el punto de vista gnoseológico, en la división conocida (categóricos, asertóricos y problemáticos) que nos aproxima cada vez más a lo dialéctico.

Es decir, el saber se hace cada vez más dialéctico a medida que nos acercamos a lo particular y contingente. Y esto ocurre también con la prueba de las teorías científicas. El positivismo se ha desinteresado, especialmente, de la esencia de las cosas y ha pretendido retornar a la universidad tratando de hallarla a través de las relaciones entre los fenómenos y entre las cosas, merced a la ayuda de las ciencias matemáticas. Porque es una ley del pensamiento que todo saber primordialmente inductivo —y el de las ciencias particulares lo es— necesita subordinarse a uno primordialmente deductivo. De ahí que las ciencias particulares modernas y contemporáneas hayan elegido a las ciencias matemáticas como subalternantes. Los antiguos se habían decidido por la metafísica.

Y es también dialéctico el saber teórico de las ciencias particulares cuando trata de probar las teorías científicas. Pero lo es más aún el saber práctico cuando juzga del caso particular. Es aquí, donde confluye lo histórico y lo contingente, cuando la vida cotidiana genera ese discurrir dialéctico sobre las cosas humanas. Tratar de elevarlo a las proximidades de la ciencia demostrativa (apodíctica) es tarea propia de la Lógica no formal, en cuanto procura forjar una herramienta segura (relativamente segura), tarea que emprende la *Tópica*.

2. Los lugares

Aristóteles fue muy consciente del lugar y de la importancia de la *Tópica*. Si nos atenemos a lo meramente cuantitativo veremos que ella ocupa 64 páginas de la edición Bekker (es la parte más extensa del *Organon*) contra 15, por ejemplo, de las Categorías y 46 de los Primeros Analíticos.

Los *tópicos*, los *lugares*, “son reglas o recetas de argumentaciones, destinadas a proveer instrumentos eficaces” para la discusión dialéctica. “Es un método seguro para una actividad abandonada hasta entonces a la inspiración o la rutina”.⁶

El *lugar* es “una máquina para hacer premisas a partir de una conclusión dada”.⁷ Es la “práctica —en la concepción aristotélica— del diálogo razonado, el arte de argumentar por interrogantes y respuestas sobre el modelo socrático.” “Lograr buenos técnicos de la discusión, buenos artesanos de la palabra dialogada” es uno de los objetos del cultivo de esta disciplina. Es una luz que ayuda a culminar el viaje en el oscuro mundo de la opinión, cimentada también en la aprobación de otros. De lo verdadero y lo falso de la ciencia demostrativa, arribamos a un aceptado o rehusado.⁸

Y, fuera de toda duda, su fin es guiar la acción humana, es cuanto el método se aplica al razonamiento jurídico. El método dialéctico avizora en su horizonte, de manera permanente, el elemento práctico que le hace avanzar en el mundo de la convivencia humana tomando decisiones.

A poco que avancemos en el camino jurídico, el *silogismo práctico* nos espera en el primer recodo del razonamiento dialéctico. La *Tópica*, aplicada al derecho, no pierde de vista los objetivos que le asignara Aristóteles en el tratado que escribiera, pues ya el Estagirita se proponía encontrar un método que nos diera la capacidad para razonar dialécticamente, apoyándonos sobre ideas admitidas.⁹

6 Prólogo de Jacques Brunschwig, en la edición citada en la nota 4, pág. IX.

7 *Ibid.*, pág. XXXIX.

8 *Ibid.* pág. X y XI.

9 *Tópica*, I. 1. Según la concepción aristotélica los tópicos se clasifican en: lugares comunes (genéricos) y lugares específicos. En la *Tópica* (II, 2, 109, b) puede leerse: “un primer lugar común consiste en examinar si una de las partes ha asignado como atributos accidental una determinación que pertenece al sujeto de otra manera.” El ejemplo que se muestra es el error que se comete cuando se dice que la blancura está afectada por un color, ya que se habrá aplicado al género una forma derivada, pues los géneros se predicen literalmente de las *especies*. Pero, quizá, lo más importante, con relación al lugar común es que se aplica a cualquier tipo de saber.

Los lugares específicos se refieren a un particular tipo de saber. Por ejemplo, los tópicos jurídicos son específicos porque se utilizan en un saber especial, de una naturaleza definida y determinada.

3. La Tópica y la determinación de las premisas

En la discusión dialéctica tenemos: a) un *caso* (problema) sometido a la discusión; b) dos partes (una oposición binaria); c) un árbitro y un auditorio; d) y ciertas reglas de la discusión que deben respetarse. En verdad, éste es el admirable marco que los romanos y el Occidente tomaron como referencia para introducir este método en el foro y sentar las bases del proceso judicial.¹⁰

El problema, en este ámbito, debe ser planteado con premisas muy simples para que sea posible arribar con facilidad a una conclusión. Vayamos, pues, a un ejemplo.

Tomemos el caso de uno de los *precepta iuris* del derecho romano, admitido como principio del derecho natural y que el Digesto receipta en la fórmula *alterum nos leadere* (no dañar a otro) (D. 1.2.10S.1.)

Este principio está inferido de un principio metafísico según el cual todo ser tiende a lograr su *plenitud óntica*; por consiguiente, el hombre que daña a otro ejecuta una acción reprobable pues impide que algún hombre pueda obtener su plenitud humana en forma objetiva.

¹⁰ El proceso moderno y el romano, incluso en la medida en que fue influido por los griegos, reconocen una indudable deuda en su concepción, en la modalidad helénica de las discusiones forenses y filosóficas en general. Así como la demanda y la contestación expresan los límites de una litis, y en este punto todo debe ser muy diáfano, así exigía también la tópica aristotélica que se plantease el problema (*).

(*) Aulo Gello relata un caso en sus *Noches Aticas* (Ejea, Buenos Aires, 1959, págs. 68/69) que se cita como ejemplo de argumento que puede retorcerse contra el que lo empleó y del que tiene su origen en un deficiente planteo del problema. El caso se produjo con motivo de un proceso por el cual el sofista Protágoras le exigía el pago de sus clases a su discípulo Evathlo. Este contrató con Protágoras lecciones para aprender elocuencia que le pusieran en condiciones de defender causas contra el pago de una elevada cantidad. Recibidas las lecciones, Evathlo no defendía causas y tampoco pagaba el saldo. Demandado por Protágoras, éste planteó así la causa: "Ten entendido, insensato joven, que de cualquier manera que sentencie el tribunal, se contra mi o en favor, de todos modos quedarás obligado a pagarme lo que reclamo. Porque si te condenan, tendrás que pagarme, en virtud de la sentencia, mi estipendio, puesto que habré ganado mi causa; y si los jueces deciden en tu favor, quedará obligado por nuestro convenio, a solventar la deuda, puesto que habrás ganado una causa ante los tribunales." A lo que Evathlo respondió: "Si en vez de hablar yo mismo, hubiese encargado a otro mi defensa, fácil me sería desprenderme del lazo que me has tendido; pero contestándote yo mismo, gozo de una ventaja más que aumenta mi confianza; en efecto, no solamente estará asegurado el triunfo de mi causa, sino que, para ganarla, no necesito más que de tu propio reciocinio. Ten entendido a tu vez, tú, que eres el más hábil de los oradores, que de cualquier manera que sentencien los jueces, sea contra ti, sea contra mí, no quedaré obligado a darte lo que pides; porque si los jueces sentencian a favor mío, no te deberé nada en virtud de la sentencia, puesto que habré ganado mi causa, y si me condenan, nada te deberé en virtud de nuestro convenio, puesto que la habré perdido."

Los ingenieros argumentos se destruyeron unos a otros por la falta de claridad de las estipulaciones previas en el planteo de la cuestión.

Hay proposiciones primeras, por otra parte, que expresan también principios importantes (fundamentales) y que no son inferidas o concluidas de otras porque son analíticamente evidentes. Por ejemplo: “Todo hombre es moralmente bueno en la medida en que la humanidad esté desarrollada en él.” O bien: “Toda acción conforme a una inclinación natural del hombre es moralmente buena.” De ahí se infiere que la acción del hombre que daña a otro es mala porque obstaculiza el logro natural de cada hombre que tiende a perfeccionar su propio ser.

En la medida en que este principio natural se hace positivo e ingresa al mundo jurídico, se debe contemplar la posibilidad de su inobservancia y, para corregir la acción, se acude al medio reparador de la sanción.

El principio de derecho natural, tamizado en la ciencia jurídica, entra al mundo del derecho. No entra “en bruto,” como no entra en bruto ningún ente, ni ningún fenómeno físico a la ciencia física. La depuración se cumple —ya que se trata de encauzar una acción— en el sentido de impedir o corregir su violación. De ahí, que en el caso práctico, el transgresor deberá hacer algo que repare el daño en miras a que la plenitud óptica que estaba realizándose en el hombre que sufrió el daño sea, si no total, al menos en parte, recompuesta. Así, toma forma la norma jurídica en el derecho positivo y asume la característica deontológica: “El que daña a otro debe reparar el daño.”

Pues bien: nadie discute la justicia del principio que manda reparar el daño. Deberá observarse que hemos partido de un principio universal, sin determinaciones precisas. Su precisión positiva “El daño debe ser reparado,” exige, evidentemente, “fijar los límites de la reparación” en general, en la norma legal primero, y, en un segundo momento, en el caso concreto.

Tendríamos, así, los siguientes niveles:

- a) Principio natural: “No dañar a otro” (porque el daño es malo).
- b) Primera determinación: “El daño debe ser reparado.”
- c) Segunda determinación: “El daño debe ser reparado de tal o cual manera.”
- d) Tercera determinación: “Juan debe reparar el daño causado a Pedro de tal o cual manera.”

Es a partir del nivel b) donde alcanzamos las estribaciones del razonamiento dialéctico. La elaboración de esa premisa (el daño debe ser reparado) nos sume en una actitud que nos coloca en las puertas del pensamiento jurídico. Mientras estábamos en la mera prohibición (no dañar a otro), si bien ya nos habíamos colocado en el plano del eslabón práctico, aún no habíamos franqueado aquello que hace que una

norma se transforme en norma jurídica y ésta, a su vez, sea norma jurídica positiva. El sistema se torna jurídico en cuanto se coloca en el punto de equilibrio que hace que una acción merezca una sanción. Pero no estamos muy seguros acerca de cuál es el remedio adecuado. He aquí, en este caso, el nudo central de la dialéctica jurídica.

Y es así. Cuando estudiamos la naturaleza el saber es aún demostrativo porque hacemos discursos sobre las cosas. El ejemplo que nos da Aristóteles en I, 4, 100, b, cuando nos dice que “el hombre es animal terrestre bípedo,” aunque la premisa pueda ser tratada dialécticamente, lo cierto es que lo natural es que no sea así, es decir, se llega a ese conocimiento por vía demostrativa.

En el orden que estamos tratando, el razonamiento se hace dialéctico cuando, al margen de las cosas, ponemos en cuestión los discursos sobre las cosas. Sería adecuado decir, en forma breve, que “la dialéctica tiene por objeto formal los discursos sobre las cosas y no las cosas mismas.”¹¹ El silogismo es *demostrativo*, entonces, cuando sus premisas son intrínsecamente verdaderas. Es *dialéctico* cuando sus “premisas son *aprobadas* por todos los hombres o por casi todos los hombres o por aquéllos que representan la opinión esclarecida, y, entre estos últimos, por casi todos, o por los más conocidos.”¹²

En consecuencia, el problema surge cuando en el segundo nivel (primera determinación positiva) nos planteamos el caso. Por principio natural, “no debemos dañar a otro.” Pero he aquí que, frecuentemente, los hombres dañan a sus semejantes. ¿Qué corresponde hacer en este caso? La situación nos enfrenta y queda resuelta en el derecho positivo con una norma que dice: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio” (art. 1109 del Código Civil Argentino).

El caso asume su papel de problema cuando nos preguntamos: ¿El daño, debe ser reparado? La respuesta, por sí o por no, nos dará una premisa que, por ser aprobada por hombres esclarecidos, es probablemente verdadera.

En una primera determinación positiva llegamos a formular una norma universal y la respuesta es afirmativa. Nos dice que, efectivamente “el daño debe ser reparado.” Y, en una segunda determinación positiva la norma dirá: “el daño debe ser reparado de tal o cual manera.” Finalmente, la norma será un juicio singular y dirá: “Juan deberá (o no deberá) reparar el daño.”

¹¹ En el citado prólogo de J. Brunschwig, pág. L.

¹² *Ibid.*, págs. XXXIV y XXXV. El comentarista dice que la premisa es endoxal, vocablo antónimo de paradójal y que significa “idea admitida.”

Pero volvamos a nuestro problema, situándonos en el punto de partida. Una norma está a punto de ingresar en el derecho positivo. Esa norma constituirá un principio del mencionado derecho. Según el método aristotélico de la *Tópica*, corresponde examinar en primer lugar, los predicables de la proposición, lo que nos lleva a analizar la proposición en sí misma.

No avanzaremos al pie de la letra de los cánones aristotélicos y nos permitiremos muchas libertades.¹³ Mas, pareciera elemental preguntarnos qué es el daño. Y lo advertimos desde ya: pasaremos del saber especulativo al saber práctico, de la ontología a la deontología. Daño supone una acción por la cual una persona interfiere en la esfera espiritual o física de otra y provoca una disminución en la posibilidad de lograr su plenitud óptica. El daño, pues, no es una cosa, no es un ente. Es el fruto de una acción (u omisión) mala causada por una persona. Después del daño, notamos que algo le ha acaecido a un ente, que significa mengua o disminución.

En el derecho positivo, para precisar el daño, se requiere todo un sistema de normas, pues será menester ponernos de acuerdo sobre qué es la persona, en qué medida acciona libremente y qué acciones son hábiles para producir, en casos determinados, un impedimento en la realización más o menos plena de ser hombre de un individuo singular.

Como se ve, la definición del daño encierra una enorme cantidad de problemas. En el saber especulativo, dentro de sus complejidades, la situación es más simple y, así, por ejemplo, podemos definir al hombre enunciado la siguiente proposición: “El hombre es un animal racional,” donde hemos empleado una fórmula que significa lo esencial de la esencia. La fórmula implica géneros y especies e implica previamente nominar todo lo existente y clasificarlo. Nos referimos, lógicamente, a todos los seres que existen en la naturaleza y que el conocimiento especulativo ha puesto de manifiesto en forma de clasificación natural. Los seres son y pueden ser definidos, mostrados en sus esencias y clasificados. Todo ente, todo individuo natural (desde el más humilde unicelular hasta el hombre) encuentra ubicación en el esquema clasificatorio porque forma parte de una especie y ésta está incluida en un género. El saber tiende a ser demostrativo en este terreno y toda una gama de proposiciones pueden ser enunciadas según los predicables posibles. Así, “el hombre es animal” (género); “el hombre es racional” (diferencia); “el hombre es mortal” (propiedad).

¹³ Sabemos que, cuando Aristóteles analizaba estos problemas, no tenía en su mente los casos jurídicos de manera especial. Por otra parte, sus silogismos no llevaban consigo conclusiones singulares sino universales o particulares.

Pero, para definir el daño, aparte de la acción que deviene jurídica en un sistema positivo determinado, tenemos que considerar no sólo las personas, las cosas, el fenómeno jurídico, sino que descubrimos que, en la base judicial de la proposición, hay un juicio de *valor*. Por éste, establecemos que una acción es buena o mala. Esto es, el juicio implica siempre un juicio de valor referido al hombre, en cuanto éste es sujeto de acción.

Los predicables, a su vez, no pueden ser extraños a la connotación valorativa que conlleva el sujeto. El ser es o no es; la acción debe ser o no debe ser. Del plano ontológico nos hemos deslizado, casi imperceptiblemente, al plano deontológico, aunque éste no puede darse sin aquél.

En otras palabras, el análisis del sujeto de la proposición y de sus posibles predicables, para minimizar la posibilidad de un error, debiera ser exhaustivo. Y aquí radica la dificultad.

El mundo de las esencias naturales es estático. Queremos decir que, en la concepción aristotélica, aun en la hipótesis de una teoría evolucionista, es o puede ser supuesto estático a los fines de su clasificación natural e inmutables, por cierto, las esencias (géneros, especies). Este —lo recordamos— es el plano del saber especulativo. Una vez lograda la clasificación natural, la tarea de dividir y definir —digna de los dioses, según Platón— fluye por sí sola. En el mundo natural de la antigüedad (e inclusive de la Edad Media) esta tarea parecía ser sólo una cuestión del tiempo el hombre.

Empero, en el caso del saber práctico, una clasificación de las acciones humanas, aun en el reducido marco de los tres *precepta iuris* del *Digesto* —a la manera de la clasificación de los seres naturales— se reveló prácticamente imposible. Las valoraciones, aplicadas al obrar humano, siguieron el camino del hombre prudente, del saber práctico, de la *phronesis*, y, para una mayor seguridad, Aristóteles, quiso darle al hombre una herramienta de análisis para razonar correctamente, en este azaroso mundo de lo *opinable*. Así surgió la *Tópica*, como una sistematización del pensamiento dialéctico. Pero la misma *Tópica* —podríamos decir todo el *Organon*— no se concibe absolutamente separada de la *Ética*.

Mas, ¿cómo sistematizar en este terreno? El análisis del concepto encerrado en el sujeto, ¿puede seguir los mismos lineamientos que se siguen en el caso de los seres naturales? En principio, si bien la tarea es dificultosa, nada impide una clasificación de las acciones y de las acciones dañosas, pese a la tremenda dificultad que ello implica. La labor del hombre prudente hará el resto en la medida en que sea auxiliado por una buena herramienta.

El concepto “daño,” en primer lugar, es un concepto elaborado compositivamente, generado sobre la base de una valoración. En su tarea co-creadora el hombre entifica, en el plano de la acción para clarificar un obrar que causa un menoscabo a otro, de tal manera que conceptualiza y comunica con un vocablo aquello que disminuye la posibilidad del semejante para lograr la plenitud óptica que la especie humana delimita dentro de su esfera.

“El menoscabo (daño) debe ser reparado” fluye de una inferencia que está implícita en el propio concepto del daño. Este, como una mengua del ente, provocada por otro, tiene una forzosa contrapartida: la reparación. La elaboración del concepto “daño” trae consigo aquí una ínsita referencia a su contrario: la reparación. A una acción negativa corresponde, como una restauración del equilibrio natural, la acción positiva. Es imposible pensar la nada sin pensar el ser. Así, es imposible pensar el daño sin la reparación. La pareja de conceptos “daño/reparación,” es tan propia como la de “ser/no ser,” “verdadero/falso,” “bueno/malo,” “luz/oscuridad.” No obstante, aquí el análisis nos coloca primero frente a lo negativo, ya que la acción daños lo es, y, precisamente, la acción recta (jurídica) ordena volver al buen camino natural.

Las parejas de conceptos mencionadas más arriba son muy frecuentes en el ámbito jurídico. Son *oposiciones deontológicas binarias* que se presentan en lo axiológico, así como otras lo hacen en lo ontológico (“acto/potencia,” por ejemplo).¹⁴

El derecho positivo, precisamente, manda reparar lo que la acción negativa ha destruido o menoscabado. Es el dique de contención que coadyuva en la tarea del hombre, que vive en sociedad, para que pueda permanecer dentro de su esencia y pueda ser cada vez más perfectamente hombre.

Daño implica, pues, la necesidad de restaurar. Es inconcebible ese concepto sin el de reparación. Pero, ¿cómo, de qué manera se repara? Y, aquí, el razonamiento dialéctico campea por sus fueros. De la ley del talión (reparación específica) a la pecuniaria (reparación inespecífica) hay un paso muy grande. Es un esfuerzo verdadero, ingente, el del hombre, en procura de su perfección. Para lograrlo se ha llega-

¹⁴ Existen oposiciones binarias, quizá muchas de ellas extraídas del lenguaje común, pero que tienen especial significación en un sistema y, a veces, ocultan una postura filosófica. La pareja de conceptos “ser y devenir” sustituida por algunos autores por la de “apariencia y realidad,” es otro ejemplo. Los juristas adoptaron algunas oposiciones binarias como “derecho subjetivo y derecho objetivo.” Pueden citarse también “derecho y obligación,” “letra y espíritu,” etc. Lo que conviene analizar siempre en estas migraciones semánticas es el desplazamiento del sentido y qué es lo nuevo y qué es lo que permanece oculto, luego de haber concluido su asentamiento en la disciplina de adopción.

do a una mutación del concepto de “daño” y, por ende, en el de “reparación.”

La ley del talión pretendió reparar por vía de un nuevo daño. En la imposibilidad de reparar el ojo perdido, era causado otro daño igual. La razón humana no salía aún de lo específico: a un daño debía corresponder otro igual. Con los tiempos, el concepto de daño absolutamente irreparable (en sentido físico y espiritual) es rectificado. La tarea compositiva de la razón elabora un nuevo concepto que le permite acuñar una otra valoración: el de una reparación pecuniaria (reparación de otra especie).

El concepto “daño,” en el derecho moderno, se ha tornado genérico, lo cual permite hacer lo propio con el de “reparación.” Recordemos, entonces, que la *mutación axiológica* se ha dado produciendo un *desplazamiento semántico* en el concepto.

La premisa deóntica “el daño debe ser reparado” no escapa, por otra parte, a determinadas leyes. Lo que ocurre es que, al ampliarse el horizonte conceptual de “daño” y producirse el desplazamiento semántico en el concepto, éste se ha tornado *equivoco* (o puede ser interpretado equivocadamente). En consecuencia, todo silogismo práctico (sin la determinación precisa del término) puede llevar a un silogismo con dos términos medios y conducirnos a una conclusión errada.¹⁵

¹⁵ La lógica no formal permite bosquejar, en el tránsito al que acabamos de referirnos, siguiendo los lineamientos del libro III de la *Tópica* (III, 1) un *lugar* que se denomina lugar de lo *preferible*. Dice el Estagirita: “De una manera general, los medios que tienden hacia el fin mismo de la vida son preferibles a aquéllos que tienden a un fin diferente.” “De dos agentes productores, es el más deseable aquél cuyo fin es mejor, mientras que entre un agente productor y un fin, podemos decidir por una suma proporcional, siempre que el exceso de un fin sobre el otro sea mayor que el del último sobre sus medios productivos.” Brunschwig, en el prólogo que ya hemos citado (pág. 156, nota 2) sostiene el razonamiento ha sido extraído de la ciencia matemática. Aplicando este mismo itinerario a nuestro caso y utilizando el primer argumento diríamos que el fin de la reparación, en el análisis de la ley del talión, no tiende hacia el fin mismo de la vida. Por tanto, es preferible la reparación pecuniaria porque tiende a paliar el daño mediante un medio no específico que coadyuva o puede hacerlo hacia el fin mismo de la vida. Y, en el argumento matemático, parafraseando a Brunschwig, tendríamos:

Sean dos fines de distinto valor: reparación pecuniaria (superior) y reparación taliónica (inferior), F1 y F2.

Sean, además, dos agentes productores de estos dos fines A1 y A2.

Si comparamos los valores respectivos de A1 y F2, esto es, el agente del fin superior y el del fin inferior, tenemos el siguiente teorema (116, b, 28/30):

(T) La hipótesis $F1/F2 > F2/A2$, implica la conclusión $A1 > F2$, que se demuestra así:

Relación proporcional entre fines y agentes productores

(1) $F1/F2 = A1/A2$.

Combinando la hipótesis (T), supuesto realizado, y la igualdad se obtiene:

(2) $A1/A2 > F2/A2$

Y simplificando la desigualdad (2) se obtiene:

(3) $A1 > F2$.

Por consiguiente, debemos ser conscientes para redefinir el nuevo concepto “daño,” a la luz de otra concepción valorativa para dejar precisado el sentido que deberá tener en la argumentación.

4. *Derecho natural y derecho positivo.* *La técnica y sus fronteras*

Veamos ahora un aspecto más general del problema. Hasta este momento nos mantuvimos atados a una línea histórica del problema. En la exposición, si bien se mira, hay una consecuencia con el título “*Tópica* y Principios generales del derecho,” es decir, se ha dado primacía a la *Tópica* (lo instrumental) sobre lo sustancial (Principios generales del derecho). El eje del tema pareciera mostrar, desde el punto de vista lógico, que la preocupación imperante en el derecho de nuestros días es reestructurar la concepción del derecho, su formulación, su interpretación y su inserción en el caso concreto a través de la instrumentación de una técnica para lograr la mayor precisión posible de la seguridad de las relaciones jurídicas y la previsión de los pronunciamientos judiciales.

No obstante, el problema no parece limitado sólo al saber jurídico, antes bien, lo desborda y se vuelca sobre las diversas provincias del saber en general. En efecto, si meditamos sobre todo el conjunto del saber, de acuerdo a los parámetros ya señalados, nos encontramos con que las ciencias matemáticas están en un extremo, mostrando su portentosa contextura de saber demostrativo y, a medida que recorremos las regiones que corren desde las ciencias especulativas (dejando provisoriamente al margen las ciencias filosóficas) hacia las ciencias prácticas (donde incluimos al saber jurídico) el saber se hace cada vez más dialéctico. Y esa perspectiva horizontal se complica cada vez más aun si contemplamos los diversos niveles, en una línea vertical, que nos conduzca, dentro del saber jurídico, desde lo universal hasta lo singular y concreto. Las proposiciones se tornan cada vez más dialéctico cuando avanzan en procura de determinaciones más nítidas.

Lo opinable alcanza mayor uniformidad y consentimiento general en el nivel universal. El no dañar a otro es francamente aprobable universalmente. No lo es tanto la forma de reparar el daño. La fractura del orden ontológico lanza hacia el futuro el remedio de una prescripción dentológica que provoca disensos no siempre fáciles de salvar.

Podríamos decir que lo dialéctico se ubica en el centro de dos innegables extremos: a) el daño debe ser reparado (esto nadie lo discute porque todo el mundo lo admite); b) el daño no debe ser reparado

(esto nadie lo discute porque nadie lo admite). El problema está en el centro. Entre un “sí” rotundo y un “no” igualmente sonoro está la dialéctica. Ahí estará la proposición dialéctica que hay que buscar y ahí estará, en el caso tomado como ejemplo, el corazón de la *Tópica*. Sopesadas las opiniones surgirá el *lugar* sobre el cual se hará pie. Es como subir hacia una alta montaña: hacemos pie después de haber examinado cuidadosamente el lugar adecuado. Sin hacer pie no se llegará a la cumbre y es por eso que el problema que plantea cada lugar no puede ser soslayado.

Y cuando se pasa de una concepción valorativa (ley del talión) a otra concepción valorativa (concepción pecuniaria) es porque, producido el giro de la opinión que recogerá un hombre o un grupo de hombres eminentes de la comunidad, se planteará una tesis (el lugar) que triunfará finalmente al producirse el consentimiento general o casi general. Para llegar a ello se habrá producido todo un sinfín de argumentos dialécticos, basados en inducciones y deducciones; asimismo, los instrumentos dialécticos se habrán mostrado en forma de premisas o proposiciones, disociando los sentidos de los términos, descubriendo sus diferencias y percibiendo sus semejanzas.

Es obvio que esta actividad se está cumpliendo más allá del derecho positivo porque éste se ha mostrado impotente para resolver el caso. En la insuficiencia de éste lo que acicatea la labor del jurista. Todos sabemos que la expresión “principios del derecho” merece también ser delimitada. Aquí, hemos borrado toda frontera entre derecho natural y derecho positivo y éste es entendido en el sentido de derecho vigente, al margen de su incorporación o no dentro de un orden jurídico formalmente legislado.¹⁶

Nos dice Chaim Perelman¹⁷ en su *Lógica Jurídica* que el proceso de Nuremberg ha cambiado la sensibilidad jurídica del hombre Occidente. Todo sistema jurídico positivo pone incisivo empeño en lograr la seguridad jurídica, eliminando la posibilidad de que lo subjetivo y arbitrario se introduzca por los intersticios de los tribunales. Pero el proceso o los procesos de Nuremberg pusieron de manifiesto que la lógica puede hacer de un ordenamiento jurídico un buen sistema des-

¹⁶ Hay normas que son formalmente derecho, pero que al caer en deuso por no haberse observado nunca, no son derecho en sentido propio; y hay normas “no escritas” que, no obstante ello, constituyen derecho porque son observadas en una comunidad determinada.

¹⁷ *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique*. París. Dalloz. 1976. Perelman nació en Varsovia. Estudió en Bélgica (Bruselas) y es profesor de su Universidad. Aparte de la mencionada es autor de numerosas obras, entre las que contamos *L'empire Rhétorique* (Rhétorique et argumentation). París. Vrin. 1977. Con la colaboración de M. Lucie Olbrechts-Tyteca publica el *Traité de Pargumentation* (La nouvelle rhétorique), éditions de l'Université de Bruxelles. La tercera edición es de 1976. Dirige los estudios de *Lógica Jurídica* (trabajos del centro nacional de investigaciones lógicas).

de su especial punto de vista lógico, aunque no sea un buen sistema jurídico en sentido propio, cuando la seguridad jurídica es sólo formal, ya que la justicia y la equidad pueden hallarse ausentes.

Más allá del derecho positivo pudo ser rastreado un principio general del derecho —nos referimos a los procesos de Nuremberg— que, por obvio, nadie se había preocupado mayormente de darle forma escrita. El hombre tiene derechos por el solo hecho de ser hombre, que la comunidad civilizada debe respetar. Dice Perlman en la obra citada: “Todo sistema jurídico no constituye un conjunto de reglas jurídicas, cuyo sentido y el alcance sean independientes del contexto jurídico y social —como lo afirmaba la teoría pura del derecho de Kelsen— antes bien, están subordinadas a fines, en función de los cuales es preciso interpretarlas.”¹⁸

La interdependencia entre derecho natural y derecho positivo se produce cuando la frontera entre ambos desaparece, lo que los procesos de Nuremberg pusieron de manifiesto.

5. Los catálogos

Y fue así que, buceando en la lógica no formal. Theodore Viehweg escribió su *Topik und Jurisprudenz* en 1963, traducida de inmediato a varios idiomas. Los lugares específicos del derecho fueron siguiendo, aunque de lejos, el método sistemático del Estagirita. Y los tópicos jurídicos adquirieron relevancia, aunque no siempre se trató de principios generales del derecho.¹⁹ Aristóteles recomendaba hacer un catálogo de lugares y ese propósito fue cumplido hace apenas diez años por Gerhard Struck, haciendo un profundo estudio de la legislación y jurisprudencia alemanas. Los Tópicos jurídicos son el resultado de la adhesión a principios o tesis jurídicas por parte de los juristas más notables, cuando no de la propia comunidad. Como muestra del catálogo de Struck podemos mencionar:

- a) Lex posterior derogat legi priori.
- b) Lex specialis derogat legi generali.
- c) Res judicata pro veritate habetur.
- d) Ne ultra petita.

¹⁸ Cfr. La obra de Ch. Perelman citada en primer término, pág. 78.

¹⁹ Un signo del interés despertado por la profundización de los estudios sobre la Tópica aristotélica está dado por la obra *Aristotle on dialectics*, Oxford, 1968.

La obra de Viehweg puede leerse en castellano en la edición de Taurus, Madrid, 1964. La obra de G. Struck la he encontrado citada por Perelman en la obra *Logique juridique*, edición citada, pág. 87 (*Topische jurisprudence*, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1971).

- e) La chicana está prohibida.
- f) Lo arbitrario está prohibido.²⁰

Como se advierte hay reglas sustantivas y reglas adjetivas, cosa que es menester jerarquizar dentro de cada orden. Es probable que alguien sostenga que esta labor va en pos de un ideal inalcanzable porque en derecho ninguna regla es absoluta, salvo la que sostiene que ninguna regla es absoluta. Aquí entran a jugar las determinaciones, las circunstancias del tiempo y lugar. El hombre prudente se hace indispensable al aplicarlas.

Y, para ayudar al hombre prudente, y darle una herramienta adecuada, el profesor Tarello²¹ en los últimos diez años hizo conocer trece tipos de argumentos que “permiten interpretar los textos en función de la intención que se le atribuye al legislador.” Como ejemplo citamos solamente el argumento a *contrario* que el Prof. Tarello define así: “. . . es un procedimiento discursivo según el cual, dada una proposición jurídica, que afirma una obligación (o alguna otra calificación normativa) de un sujeto (o de una clase de sujetos), a falta de toda otra disposición expresa, se debe excluir la validez de otra proposición jurídica diferente, que afirma esta misma obligación (u otra calificación normativa) con respecto de todo otro sujeto (o case de sujetos.” El caso citado, aclara Perelman, es aquél que se ejemplifica diciendo que si una disposición obliga a todos los jóvenes, habiendo cumplido la edad requerida, a prestar su servicio militar, se concluirá, a contrario, que “las” jóvenes no están sometidas a la misma obligación.²²

6. Una tarea a realizar

Una tarea que se impone realizar en el derecho moderno es la revisión de la legislación a la luz de las técnicas actuales, con el auxilio que la ciencia de la lógica puede aportar.

Aparecería así, en primer lugar, la necesidad del análisis de las definiciones y de las clasificaciones en el derecho positivo y la ordenación y jerarquización de los principios del derecho dentro de cada sistema normativo. Perelman llama la atención sobre el uso de los *conceptos normativos*, como cuando hablamos del “buen padre de

²⁰ Cfr. nota anterior, párrafo final.

²¹ Citado por Perelman. Ver la nota 3, pág. 54, ob. cit.

²² *Ibid.*, pág. 55. Volumen complementario de las actas del Congreso de Bruselas de 1971. *Die juristische Argumentatio*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Neue Folge, No. 7, Steiner, Wiesbaden, 1972, p. 103/124.

familia,” cuya determinación nos obliga a precisar los conceptos de “falta” o “negligencia.” De igual manera el concepto de “daño” obliga a precisar los conceptos de “culpa” y “negligencia.”

Un lógico ha criticado la clasificación de los bienes en las legislaciones inspiradas en los cánones del siglo XIX, ya que las técnicas actuales han incorporado nuevas cosas, valores o entes de difícil ubicación en las legislaciones tradicionales, lo que obliga a reconsiderar los criterios sustentados.

Otras veces la imprecisión de las enumeraciones provoca no pocas dificultades como en el caso de los arts. 2777 y 2778 del Código Civil argentino, que dos estudiosos pusieron de manifiesto a la luz de una rigurosa técnica.²³

²³ Cfr. la obra *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, de los autores Alchourrón y Bulygin.