

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TÓPICA Y EL RAZONAMIENTO JURÍDICO	29
I. El contexto de aparición de la tónica jurídica	29
II. Theodor Viehweg: una concepción tónica del razonamiento jurídico	32
1. El desarrollo histórico de la tónica	32
2. Características de la tónica	33
3. Tónica y jurisprudencia	35
III. Consideraciones críticas	37
1. Imprecisiones conceptuales	37
2. La fortuna histórica de la tónica y de la lógica	39
3. Tónica y justicia	40
4. ¿Una teoría de la argumentación jurídica?	40
5. Sobre el desarrollo de la tónica jurídica	41
6. Sobre el carácter descriptivo y prescriptivo de la tónica	41
7. ¿Qué queda de la tónica jurídica?	42

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TÓPICA Y EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

I. EL CONTEXTO DE APARICIÓN DE LA TÓPICA JURÍDICA

Lo que normalmente se entiende hoy por teoría de la argumentación jurídica tiene su origen en una serie de obras de los años cincuenta que comparten entre sí el rechazo de la lógica formal como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. Las tres concepciones más relevantes (a las que se dedicarán, respectivamente, este capítulo y los dos siguientes) son la *tópica* de Viehweg, la *nueva retórica* de Perelman y la *lógica informal* de Toulmin.

En 1953 se publicó la primera edición de la obra de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, cuya idea fundamental consistía en reivindicar el interés que para la teoría y la práctica jurídica tenía la resurrección del modo de pensar tópico o retórico. El libro de Viehweg conoció un gran éxito en la teoría del derecho de la Europa continental,¹ y se convirtió desde entonces en uno de los centros de atención de la polémica en torno al denominado *método jurídico*. En relación con las muchas discusiones que desde entonces se han sucedido —sobre todo, como es lógico, en Alemania— entre partidarios y detractores de la tópica, cabe decir que el debate se ha planteado en general en términos no muy claros, debido en gran medida al carácter esquemático e impreciso de la obra fundacional de Viechweg.² Por lo demás, para valorar en su contexto el libro de Viechweg, hay tres datos que merece la pena tener en cuenta.

Uno de ellos es el hecho de que la resurrección de la tópica es un fenómeno que ocurre en diversas disciplinas en la Europa de la posguerra, y

1 Del mismo existe una traducción castellana de Luis Díez Picazo, con prólogo de Eduardo García de Enterría, de 1964, que se corresponde con la 2a. edición alemana de 1963. La 5a. edición alemana es de 1974 e incluye un apéndice no incorporado, por tanto, a la edición castellana.

2 El mejor estudio sobre la obra de Viechweg y sobre la tópica jurídica en general es el de Juan Antonio García Amado (1988); una síntesis de esta obra puede verse en García Amado, 1987.

no sólo, ni en primer lugar, en el derecho. El libro pionero parece haber sido el de R. Curtius, *Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*, de 1948. Desde entonces, los planteamientos tópicos conocen un cierto desarrollo en materias como la ciencia política, la sociología, la teoría literaria, la filosofía o la jurisprudencia.

El segundo de los datos consiste en que la obra de Viehweg aparece muy poco después de la irrupción de la lógica moderna en el mundo del derecho. Como antes se ha indicado, tanto la *Juristische Logik* de Klug (que representa el primero, o uno de los primeros intentos de aplicar la lógica formal general al campo del derecho) como el ensayo *Deontic logic* de H. G. Von Wright (que supone la aparición de la lógica de las normas, esto es, la construcción de una lógica especial para el mundo de las normas y, por tanto, también para el mundo del derecho) datan de 1951. La contraposición entre lógica y tópica es, como en seguida veremos, una de las ideas centrales de la obra de Viehweg y también uno de los aspectos más discutidos en relación con la tópica jurídica.

Y, en fin, el tercer dato por señalar es el hecho de que las ideas de Viehweg guardan un “obvio parecido” (*cfr.* Carrió, 1964, p. 137) con las que sostiene Edward H. Levi en una obra publicada también en 1951, *An Introduction to legal reasoning*, que desde entonces ha tenido una gran influencia en el ámbito de la common law, y a la que se refiere incidentalmente el propio Viehweg (1964, p. 70). También por esta misma época, otros autores, como Luis Recaséns Siches (1956), o Joseph Esser (1961) publicaron diversos trabajos en los que se sostenía una concepción de la argumentación y de la interpretación jurídica muy semejante a la de Viehweg. Veamos, muy brevemente, en qué consistía el planteamiento de Levi que, en mi opinión, es también el que tiene un mayor interés desde el punto de vista de la teoría de la argumentación jurídica.

En su opinión, tanto en el campo del derecho jurisprudencial como en el de la interpretación de las leyes y de la constitución (Levi se refiere a la constitución estadounidense), el proceso del razonamiento jurídico obedece a un esquema básico que es el del razonamiento mediante ejemplos. Se trata de un razonamiento de caso a caso, de lo particular a lo particular, que Levi describe así en sus primeras páginas:

Es un proceso que consta de tres pasos, caracterizados por la doctrina del precedente, en el curso del cual una proposición descriptiva del primer caso es convertida en una regla de derecho y aplicada luego a otra situación si-

milar. Los pasos son los siguientes: primero se descubren semejanzas entre los casos; luego la regla de derecho implícita en el primero se hace expresa; por último, se le aplica al segundo. Se trata de un método de razonamiento necesario para el derecho, pero que posee características que en otras circunstancias podrían ser consideradas como imperfecciones (pp. 9 y 10).

Dichas características consisten en que no se parte de reglas fijas, sino de reglas que “cambian de un caso a otro y son reformuladas en cada uno de ellos” (p. 10); “las categorías usadas en el proceso jurídico tienen que permanecer ambiguas para permitir el ingreso de nuevas ideas” (p. 12). Ello puede parecer una imperfección, pero permite que “las ideas de la comunidad y de las ciencias sociales, correctas o no, a medida que ganan aceptación en aquélla, controlan las decisiones” (p. 15). En definitiva, el derecho se configura no como un “sistema cerrado”, sino como un “sistema abierto” (*cfr.* Carrió, 1964, p. 135), y el razonamiento jurídico no puede aparecer como meramente deductivo, sino que el movimiento de los conceptos jurídicos resulta a la larga “circular” (p. 18): el concepto se va construyendo a medida que se comparan los casos, y puede llegar a modificarse en el sentido de que, al final del proceso, lo que era una circunstancia excepcional en cuanto a la aplicación del mismo, se convierte en regla general. La *lógica jurídica*, podría decirse, es una lógica peculiar, enraizada en el propio proceso de desarrollo del derecho, y en donde la noción de consenso juega un papel de gran relevancia:

El contraste entre la lógica y el método de la praxis del derecho no beneficia a la primera ni al segundo. El razonamiento jurídico posee una lógica propia. Su estructura lo adecua para dar sentido a la ambigüedad, y para comprobar constantemente si la sociedad ha llegado a advertir nuevas diferencias o semejanzas... Este es el único sistema capaz de funcionar, aunque los hombres no se hallen en completo acuerdo. Los miembros de la comunidad son leales a la institución de la cual participan. Las palabras cambian para recibir el contenido que la comunidad les otorga. Carece de sentido esforzarse por encontrar acuerdo pleno antes de que la institución se ponga en funcionamiento (p. 132).

II. THEODOR VIEHWEG: UNA CONCEPCIÓN TÓPICA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

1. *El desarrollo histórico de la tópica*

El libro de Viehweg antes mencionado se inicia con una referencia a una obra de Vico, de comienzos del XVIII, en la que este contraponía el método antiguo, tópico o retórico, al método nuevo, al método crítico del cartesianismo, y en la que se planteaba la necesidad de intercalar la tópica (que enseña a examinar una cosa desde ángulos muy diferentes; toma como punto de partida no un *primum verum*, sino lo verosímil, el sentido común; y lo desarrolla mediante un tejido de silogismos y no mediante largas deducciones en cadena) en el nuevo método. La tópica constituye, en efecto, una parte de la retórica, esto es, de una disciplina que tuvo una gran importancia en la Antigüedad y en la Edad Media, e incluso con posterioridad hasta la época del racionalismo.

Las dos grandes contribuciones de la Antigüedad son las obras de Aristóteles y de Cicerón. La *Tópica* de Aristóteles era una de las seis obras de que se componía el *Organon*. En ella, Aristóteles parte de una caracterización de los argumentos dialécticos (de los que se ocupan los retóricos y los sofistas), en relación con los argumentos apodícticos o demostrativos (de los que se ocupan los filósofos), los argumentos erísticos y las pseudoconclusiones o paralogismos. Los argumentos dialécticos —los de la tópica— se diferencian de los apodícticos, porque parten de lo simplemente opinable o verosímil, y no de proposiciones primeras o verdaderas.³ Pero, por lo demás, las conclusiones dialécticas son, al igual que las apodícticas y a diferencia de las erísticas y de las pseudoconclusiones, formalmente correctas. La diferencia esencial radica, pues, en la naturaleza de las premisas, que, en el caso de los argumentos dialécticos, son *endoxa*, esto es, proposiciones que parecen verdaderas a todos o a los más sabios y, de estos, también a todos o a la mayor parte o a los más conocidos o famosos (Aristóteles, *Topica*, I, 1, 5, 3). Por esta razón, en el estudio de los argumentos dialécticos, Aristóteles se ocupa, además de la inducción y del silogismo (los dos modos de inferir de unos enunciados a

3 Los argumentos erísticos se fundan en proposiciones que son sólo aparentemente opinables. Las pseudoproposiciones o paralogismos se basan en proposiciones especiales de determinadas ciencias.

otros), del descubrimiento de las premisas, de la distinción de los sentidos de las palabras, del descubrimiento de géneros y especies y del descubrimiento de analogías.

La *Tópica* de Cicerón (obra dedicada precisamente a un jurista) tuvo una mayor influencia histórica que la obra de Aristóteles, y se distingue de esta en que trata fundamentalmente de formular y aplicar un catálogo de tópicos (es decir, de lugares comunes, de puntos de vista que gozan de aceptación generalizada y son aplicables bien universalmente, bien en una determinada rama del saber) y no, como la de Aristóteles, de elaborar una teoría. En Cicerón desaparece la distinción entre lo apodíctico y lo dialéctico, pero en su lugar surge una distinción, que tiene un origen estoico (y que recuerda hasta cierto punto la distinción que vimos en el tema anterior entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación), entre la invención y la formación del juicio. La tónica surge precisamente en el campo de la invención, de la obtención de argumentos; y un argumento es, para Cicerón, una razón que sirve para convencer de una cosa dudosa (*rationem quae rei dubiae faciat fidem*); los argumentos están contenidos en los lugares o loci —los *topoi* griegos— que son, por tanto, sedes o depósito de argumentos; la tónica sería el arte de hallar los argumentos (*cf.* García Amado, p. 68). La formación del juicio, por el contrario, consistiría en el paso de las premisas a la conclusión.

En cuanto parte de la retórica, la tónica —como ya se ha dicho— tuvo una considerable importancia en la formación antigua y medieval. La retórica, en efecto, fue una de las siete artes liberales que integraba, junto con la gramática y la dialéctica —la lógica medieval—, el trivium. El modo de pensar tónico aparece, pues, como un contrapunto del modo de pensar sistemático-deductivo del que la geometría de Euclides es el ejemplo paradigmático en la Antigüedad. La descalificación de la tónica y su pérdida de influencia en la cultura occidental, se habría producido, precisamente, a partir del racionalismo y de la irrupción del método matemático-cartesiano.

2. Características de la tónica

Viehweg caracteriza a la tónica mediante tres elementos que, por lo demás, aparecen estrechamente conectados entre sí (*cf.* García Amado, 1988, p. 90): por un lado, la tónica es, desde el punto de vista de su obje-

to, una *técnica del pensamiento problemático*; por otro lado, desde el punto de vista del instrumento con que opera, lo que resulta central es la noción de *topos* o *lugar común*; finalmente, desde el punto de vista del tipo de actividad, la tópica es una *búsqueda y examen de premisas*: lo que la caracteriza es que consiste en un modo de pensamiento en que el acento recae sobre las premisas, más bien que sobre las conclusiones.

Así pues, la tópica es (de acuerdo con la distinción de Cicerón a que antes se aludió) un *ars inveniendi*, un procedimiento de búsqueda de premisas —de tópicos— que, en realidad, no termina nunca: el repertorio de tópicos siempre es necesariamente provisional, elástico. Los tópicos deben entenderse de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas. A ello se contraponen el *ars iudicandi*, la lógica demostrativa que recibe las premisas y trabaja con ellas, lo que permite la elaboración de largas cadenas deductivas.

Por otro lado, los tópicos deben verse como premisas compartidas que gozan de una presunción de plausibilidad o que, al menos, imponen la carga de la argumentación a quien los cuestiona. Ahora bien, el problema esencial que se plantea con su uso radica en que los tópicos no están jerarquizados entre sí, de manera que para la resolución de una misma cuestión cabría utilizar tópicos distintos, que llevarían también a resultados diferentes.

Por lo que se refiere a la noción de *problema*, la caracterización que ofrece Viehweg viene a coincidir sustancialmente con lo que —según vimos en el capítulo anterior— se entiende por un caso difícil. Un problema es, para Viehweg, “toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución” (p. 50). La tópica debe servir para resolver *aporías* o problemas que no es posible apartar.

La noción de problema se contraponen en Viehweg a la de sistema, lo que le lleva a distinguir —siguiendo a Hartmann— entre modo de pensar sistemático y modo de pensar aporético. La distinción no es demasiado clara y parece radicar en una cuestión de acento; esto es, todo pensamiento —toda disciplina— surge a partir de problemas y da lugar a algún tipo de sistema, pero el acento puede recaer en uno u otro elemento. Si el acento se pone en el sistema, entonces este opera una selección de los

problemas, de manera que los que no caen bajo el sistema se dejan aparte y quedan sencillamente sin resolver. Si, por el contrario, el acento se pone en el problema, entonces de lo que se trata es de buscar un sistema que ayude a encontrar la solución; el problema lleva así a una selección de sistemas y, en general, a una pluralidad de sistemas; aquí se trataría, por tanto, de algo así como un sistema abierto en el que el punto de vista no está adoptado de antemano (*cfr.* también Viehweg, 1999).⁴

3. Tópica y jurisprudencia

A partir de esta caracterización de la tónica, Viehweg sostiene que la jurisprudencia en la Roma antigua y durante la Edad Media fue, esencialmente, una jurisprudencia tónica. En su opinión, el estilo del jurista romano se basaba en el planteamiento de un problema para el que se trataba de encontrar argumentos, y no en la elaboración de un sistema conceptual. El objetivo principal del *ius civile* eran colecciones de reglas, de tónicos (por ejemplo: *quod initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere; nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, etc.), que se legitimaban en cuanto que eran aceptados por hombres notables, dotados de prestigio (la importancia de la referencia a la autoridad para la tónica es una constante desde Aristóteles). Y otro tanto cabe decir de la jurisprudencia medieval, tanto por lo que se refiere a la de los preglosadores como a la de los glosadores, y, sobre todo, a la de los comentaristas del *mos italicus*. En la Edad Media, el estudio del derecho iba precedido por el de la retórica (tanto en los canonistas —decretistas— como en los legistas), y de ahí que muchos famosos juristas (empezando por Imerio) fueran maestros de retórica antes que de derecho. Viehweg señala, en particular, que el estilo de enseñanza del *mos italicus* se basaba en la discusión de problemas, aduciendo argumentos a favor y en contra de las posibles soluciones a los mismos, y no tanto en la configuración de un sistema; “el trabajo de organización sistemática —añade— se lo señala(ba) el profesor a los alumnos” (p. 100). Incluso Leibniz —el precursor de la moderna logística—, en una obra de juventud, trató de compaginar el tradicional estilo de pensamiento medieval con el matemático del XVII, pero su intento de matematizar la tónica, de poner bajo control matemático el *ars inveniendi* (que contaba con el notabilísimo precedente medieval

4 El análisis de la noción de *sistema jurídico* y *sistema abierto* está al final del artículo “Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico”, cuya edición original data de 1969.

del *Ars Magna* del mallorquín Ramón Llull) fracasó debido, básicamente, a la multivocidad del lenguaje natural.

A partir de la época moderna —continúa Viehweg—, la cultura occidental optó por abandonar la tópica y sustituirla por el método axiomático deductivo. Dicho método consiste en partir de una serie de principios o axiomas, que deben tener las propiedades de plenitud, compatibilidad e independencia, pero al mismo tiempo no puede aplicarse el campo de la jurisprudencia:

Mientras unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos seguros y efectivamente fecundos para su campo, y por eso pueden ser sistematizadas, hay otras, en cambio, que son insistematizables, porque no puede encontrarse en su campo ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo. Cuando se presenta este caso, sólo es posible una discusión de problemas. El problema fundamental previamente dado se hace permanente, lo que en el ámbito del actuar humano no es cosa inusitada. En esta situación se encuentra evidentemente la jurisprudencia (Viehweg, 1964, p. 129).

El intento característico de la época moderna de operar en el derecho con un método deductivo, esto es, de dotar de carácter científico a la técnica jurídica es, pues, equivocado, porque ello obligaría a una serie de operaciones y de cambios en el derecho que resultan inviables. Según Viehweg, sería necesario la axiomatización del derecho, el establecimiento de la prohibición de interpretar las normas, permitir el *non liquet*, una intervención continuada del legislador, y establecer preceptos de interpretación de los hechos que se orientasen exclusivamente hacia el sistema jurídico. Como esto es imposible, la alternativa que queda abierta es la de no modificar la esencia de la técnica jurídica (esto es, su carácter tópico), sino concebirla como una forma de aparición de la incesante búsqueda de lo justo de la que emana el derecho positivo y que se continúa de la mano del derecho positivo (*cf.* Viehweg, 1964, p. 124). La jurisprudencia aparece, pues, como una técnica que opera —tópicamente— desde dentro del sistema jurídico y que se opone al pensar investigador llevado a cabo por disciplinas no dogmáticas como la historia del derecho o la sociología del derecho.⁵

5 El desarrollo de esta última contraposición entre pensar tópico y pensar investigador se encuentra en obras de Viehweg posteriores a *Topik und Jurisprudenz*; *cf.* Viehweg (1990) y García Amador (1988, pp. 225 y ss.).

La exposición que Viehweg efectúa de la tónica culmina con una referencia a algunos ejemplos de la doctrina civilista alemana de los años cuarenta y cincuenta que, en su opinión, encarnarían el modelo tónico de jurisprudencia que él propone y que se basaría en los tres siguientes presupuestos: 1) “La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema”; la aporía fundamental es el problema de determinar qué es lo justo aquí y ahora; 2) “Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él”; 3) “Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Es preciso evitar cualquier otra” (Viehweg, 1964, págs. 129-130).

III. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Una valoración crítica de la obra de Viehweg y, en cierto modo, también de la de sus seguidores, puede sintetizarse en los siguientes puntos.

1. *Imprecisiones conceptuales*

Prácticamente todas las nociones básicas de la tónica son sumamente imprecisas e incluso equívocas.

Para empezar, en la obra de Viehweg y en la de sus seguidores, por *tónica* pueden entenderse al menos tres cosas distintas (*cf.* Alexy, 1978, p. 40, quien sigue en ese punto a G. Otte, 1970): 1) una técnica de búsqueda de premisas; 2) una teoría sobre la naturaleza de las premisas; 3) una teoría el uso de estas premisas en la fundamentación jurídica.

La noción de *problema* es, en el mejor de los casos, excesivamente vaga, pues “la mera concesión de importancia prioritaria al pensamiento de problemas no basta de por sí para caracterizar de forma unívoca ni excesivamente original una dirección metodológica o una teoría del Derecho” (García Amado, 1988, p. 114). Para ello se requeriría, entre otras cosas (lo que falta en la obra de Viehweg y en la de sus sucesores), “una caracterización que debería estar dotada de una mayor especificidad de la que supone la identificación de ‘problema’ con toda cuestión que admita

más de una respuesta, como hemos visto que lo entiende Viehweg” (*ibidem*, p. 114). Para llevar a cabo esta tarea, sería interesante tener en cuenta la doctrina del *status*, que históricamente significó el puente entre la retórica y la jurisprudencia y que se concibió como un medio para aclarar las cuestiones que se presentaban en los casos jurídicos y fijar así los puntos en disputa (*cf.* Giuliani, 1970).

El concepto de *topos* ha sido históricamente equívoco (también en los escritos de Aristóteles y de Cicerón) y se usa en varios sentidos: como equivalente de argumento, como punto de referencia para la obtención de argumentos, como enunciados de contenido y como formas argumentativas (*cf.* García Amado, 1988, p. 129, quien sigue la opinión de N. Horn, 1981). Alexy, fijándose en la obra de Struck (1971) (que es el punto de referencia que en ocasiones toma el propio Viehweg como ejemplo de catálogo de *topoi*), señala con razón que ahí se encuentran cosas tan heterogéneas como “*lex posterior derogat legi priori*”, “lo inaceptable no puede ser exigido” y “propósito” (*cf.* Alexy, 1978, p. 40). Y García Amado, después de plantearse la cuestión de qué es lo que queda de la noción de *topos* jurídico, concluye acertadamente así:

Resumiendo, hemos visto que de los tópicos se ha dicho que son puntos de vista directivos, puntos de vista referidos al caso, reglas directivas, lugares comunes, argumentos materiales, enunciados empíricos, conceptos, medios de persuasión, criterios que gozan de consenso, fórmulas heurísticas, instrucciones para la invención, formas argumentativas, etc. Y como tópicos se citan adagios, conceptos, recursos metodológicos, principios de Derecho, valores, reglas de la razón práctica, *standards*, criterios de justicia, normas legales, etc. (p. 135).

En fin, la noción de *lógica* y de *sistema*, que en la obra de Viehweg funcionan como los principales términos de contraste para caracterizar la tópica, plantean también no pocos problemas. Lo menos que cabe decir es que Viehweg exagera la contraposición entre pensamiento tópico y pensamiento sistemático (es decir, lógico-deductivo), que su noción de sistema axiomático o de deducción es más estrecha que la que manejan los lógicos, y que estos no parecen tener mayor inconveniente en reconocer la importancia de la tópica en el razonamiento (concretamente, en el razonamiento jurídico), pero sin que ello signifique prescindir de la lógica.

2. *La fortuna histórica de la tónica y de la lógica*

Por otro lado, es interesante tener en cuenta que la ruptura de la tradición tónica o retórica en la época de la modernidad parece haber ido acompañada por el desplazamiento de la lógica. En opinión de Lorenzen, la lógica formal cayó en el olvido, precisamente en nombre de la ciencia, porque la nueva ciencia no partía de un modelo axiomático, que es el que está más íntimamente vinculado con la lógica formal:

Este tipo ideal de la teoría axiomática fue reemplazado por otro tipo de teoría, es decir el de la llamada teoría analítica. Los modelos fueron la geometría analítica y la mecánica analítica, tal como surgieron en los siglos XVII y XVIII... También las teorías de la física moderna —que procuran distinguirse de la llamada física clásica— pertenecen a este tipo de teorías analíticas... La teoría analítica de la electrodinámica no comienza con axiomas como la geometría euclidiana, es decir, con ciertas proposiciones accesibles a la razón, sino con ciertas ecuaciones matemáticas, con las llamadas ecuaciones diferenciales... Todo esto no parece tener nada que ver con las operaciones lógico-formales. La lógica escolástica pareció, a la ciencia moderna, ser un instrumento que sólo era adecuado para discusiones verbales infructuosas (Lorenzen, 1973, pp. 16 y 17).

Y concluye poco después:

Si entendemos así las ciencias de las teorías analíticas, entonces podemos entender el destino moderno de la lógica. El tipo de teorías analíticas que, con la matemática pura únicamente, proporcionaba todos los contextos de fundamentación sustituyó al tipo de las teorías axiomáticas; ésta es la razón por la cual la época moderna desplazó a la lógica. No la necesitaba. Esta es también la razón por la cual se quebró la tradición de la enseñanza de la lógica y el motivo por el cual hoy tenemos que comenzar totalmente de nuevo (*ibidem*, p. 18).

Es obvio que si esta interpretación es correcta, cae por tierra la tesis de Viehweg de que, a partir de la modernidad, el método tónico o retórico resultó sustituido por el método axiomático-deductivo. La decadencia de la tónica habría sido, por el contrario, un fenómeno paralelo al olvido de la lógica.

3. *Tópica y justicia*

El modelo tópico de funcionamiento de la jurisprudencia a que se refiere Viehweg al final de *Tópica y jurisprudencia* (cfr. *supra*, apartado II, 3) resulta indudablemente ingenuo. Sus afirmaciones en el sentido de que “la gran aporía fundamental... encuentra su formulación en la pregunta por el ordenamiento justo” (Viehweg, 1964, p. 132), de que “los conceptos que en apariencia son de pura técnica jurídica... no sólo cobran su verdadero sentido desde la cuestión de la justicia” (p. 134), o de que “los principios de Derecho... sólo proporcionan unos resultados efectivamente aceptables cuando se los liga con la idea de la justicia” (p. 139), no parecen significar otra cosa que afirmar que la jurisprudencia tiene que buscar soluciones *justas* a partir de conceptos y proposiciones extraídos de la propia *justicia*. Pero esto sólo puede calificarse, en el mejor de los casos, como una trivialidad que, desde luego, no contribuye mucho a hacer avanzar la jurisprudencia o la teoría del razonamiento jurídico. El problema, naturalmente, no consiste en efectuar proclamas vacías sobre la justicia, sino en idear algún tipo de método (o, por lo menos, algún elemento de control) que permita discutir racionalmente acerca de las cuestiones de justicia.

4. *¿Una teoría de la argumentación jurídica?*

La tónica permite explicar o al menos darse cuenta de ciertos aspectos del razonamiento jurídico que pasan inadvertidos si uno se aproxima a este campo desde una vertiente exclusivamente lógica. Básicamente, cabría decir que permite ver que no sólo hay problemas de justificación interna, lo que, por cierto, no debe llevar tampoco a pensar que en la justificación externa la lógica formal no juega ningún papel. Pero, obviamente, la tónica, por sí sola, no puede dar una explicación satisfactoria de la argumentación jurídica. La tónica no permite ver el papel importante que en el razonamiento jurídico cumplen la ley (sobre todo, la ley), la dogmática y el precedente; se queda en la estructura superficial de los argumentos estándar, pero no analiza su estructura profunda, sino que permanece en un nivel de gran generalidad, alejado del nivel de la aplicación como tal del derecho (por ejemplo, un topos como “lo insostenible no es de derecho” es demasiado genérico para que sea aplicable, sin otros criterios, a la re-

solución de un problema concreto) (*cf.* Alexy, 1978, pp. 40-41). Se limita a sugerir un catálogo de tópicos o de premisas utilizables en la argumentación, pero no da criterios para establecer una jerarquía entre ellos. Y, en definitiva, no proporciona una respuesta —ni siquiera el comienzo de una respuesta— a la cuestión central de la metodología jurídica, que no es otra que la de la racionalidad de la decisión jurídica (*cf.* García Amado, 1988, p. 369).

5. *Sobre el desarrollo de la tópica jurídica*

A partir de la obra fundacional de Viehweg, la tópica ha conocido algunos desarrollos tanto por parte del propio Viehweg⁶ como de otros autores, como O. Ballweg (1970), W. Schreckenberger (1978), H. Rodingen (1977), T. Seibert (1980) o F. Haft (1985). Todos ellos tienden a destacar la prevalencia del nivel pragmático del lenguaje frente al sintáctico y el semántico, la acentuación del carácter de dependencia con respecto a la situación de toda argumentación y la crítica a la ontologización a la que tiende una comprensión ingenua del lenguaje (*cf.* Neumann, 1986, p. 55). Ello también da lugar a una aproximación a teorías de la argumentación jurídica, como la de Robert Alexy (de la que se hablará en un capítulo posterior), que se plantean la delimitación de las condiciones de posibilidad del discurso práctico racional general y del discurso jurídico como caso especial del primero. Pero, ciertamente, eso sólo puede llevar a afirmar que la concepción de Viehweg es compatible con (o, si se quiere, el punto de partida de) ciertas teorías de la argumentación (García Amado, 1988, p. 180), pero no que constituya una auténtica o suficiente teoría de la argumentación: “Se quedaría en un primer estadio de una tal teoría, describiría únicamente los primeros pasos o el punto de despegue del proceso argumentativo que termina en la decisión. Sería... un medio de selección de ‘hipótesis de solución’” (*ibidem*, p. 184).

6. *Sobre el carácter descriptivo y prescriptivo de la tópica*

La obra de Viehweg contiene, además de una caracterización de la tópica, una tesis descriptiva acerca de en qué consiste el razonamiento jurí-

6 Los trabajos de Viehweg publicados desde 1960 hasta su fallecimiento en 1988 (Viehweg había nacido en 1907) están reunidos en Viehweg, 1990.

dico y una tesis prescriptiva acerca de en qué debería consistir. Esta última tesis no se diferencia claramente de la anterior, pues, como hemos visto, lo que Viehweg propone no es modificar, sino conservar el estilo de pensamiento tópico que cabe encontrar en la jurisprudencia. Ahora bien, la caracterización que ofrece Viehweg de la tópica es, como se ha visto, imprecisa y, en ciertos aspectos, también equívoca, y esas imprecisiones y equívocos se trasladan tanto a la tesis descriptiva como a la prescriptiva. Así, por un lado, es bastante probable que el estilo o el método del pensamiento jurídico no haya sido nunca puramente tópico, como quiera que se entienda esta expresión.⁷ Y, por otro lado, no parece que tenga tampoco mucho sentido abogar por una jurisprudencia (tanto en el sentido de dogmática jurídica como en el de resultado o actividad de la aplicación del derecho por los tribunales) que no cuente con otras guías que las que pueda suministrarle la tópica.

7. ¿Qué queda de la tópica jurídica?

A pesar de todas las críticas anteriores, en la obra de Viehweg hay algo importante, a saber: la necesidad de razonar también donde no caben fundamentaciones concluyentes y la necesidad de explorar en el razonamiento jurídico los aspectos que permanecen ocultos desde una perspectiva exclusivamente lógica. Esta dimensión —no desarrollada en realidad, pero a la que apunta la tópica— ha sido continuada por otras concepciones de la argumentación jurídica y ha cobrado en estos últimos años, un tanto paradójicamente, una gran importancia práctica como consecuencia de las actuales investigaciones sobre sistemas jurídicos expertos; esto es, en relación con la construcción de programas que reproduzcan las formas características de razonar de un profesional del derecho.

Un sistema jurídico experto —en general, un sistema experto— consta, esencialmente, de una base de datos y de un motor de inferencia, y ambos elementos deben estar dotados de características —para adecuarse al funcionamiento del razonamiento jurídico y del razonamiento ordinario— que, en un sentido amplio, cabría calificar como tópicos. La base de datos, en efecto, debe ser flexible, esto es, el sistema experto debe poder modificar

⁷ Véase, por ejemplo, la tesis de Kaser (1962) a propósito del pensamiento jurídico romano. Se pueden encontrar referencias en el prólogo a Viehweg de García de Enterría (1964) y en García Amado (1988, p. 74).

su base de conocimiento sin grandes dificultades (*cfr. Susskind, 1987, p. 9*), lo que podría traducirse en términos de que debe tratarse de un sistema abierto como el que propugna Levi o los partidarios de la tópica. Y, por lo que se refiere al motor de inferencia, el sistema debe contar no sólo con las reglas de inferencia que son de conocimiento público, es decir, aquellas reglas de carácter oficial que se encuentran codificadas en textos más o menos conocidos, sino también con reglas de experiencia que no tienen carácter público, sino que son de carácter informal y constituyen lo que se denomina *heurística jurídica*. A estas reglas tienen que recurrir los expertos cuando resulta impracticable alcanzar la solución del problema mediante el empleo de un procedimiento lógico secuencial (*cfr. Martino, 1987, p. 140*). En alguno de los sentidos, la tópica parece apuntar precisamente a este tipo de reglas.⁸

De todas formas, y como observación final, es necesario reconocer que en la tradición de pensamiento de la tópica jurídica que inaugura Viehweg pueden encontrarse en el estudio —y la práctica— del razonamiento jurídico; pero, por sí misma, no suministra una base sólida sobre la que edificar una teoría de la argumentación jurídica. El mérito fundamental de Viehweg no es el de haber construido una teoría, sino haber descubierto un campo para investigación. Algo, al fin y al cabo, que parece encajar perfectamente con el *espíritu* de la tópica.

8 El término general de *heurística* procede de Polya (1966) (*cfr. Susskin, 1987, p. 9*), pero no parece descabellado pensar que todo esto ha de tener algún parentesco con el *ars inveniendi* de la tópica.