



Pontificia Universidad Católica Argentina

“Santa María de los Buenos Aires”

Facultad de Derecho

Doctorado en Ciencias Jurídicas

Seminario de Filosofía y Teología (Orientadas al Derecho)

Monografía:

Theodor Viehweg. Breve estudio sobre “Tópica y jurisprudencia”

Doctorando: Emilio Marcelo Pintos

Profesor: Dr. Félix Adolfo Lamas

Buenos Aires, 10 de agosto de 2018

INDICE

A modo de prólogo	3
Grecia, Roma y el Medioevo	4
Vicco y la modernidad	8
El Positivismo	10
Crisis del positivismo	12
La argumentación jurídica en general	15
La tónica de Theodor Viehweg	18
La tónica y “ <i>ars combinatoria</i>	36
El estado de la cuestión a la luz del derecho actual	38
Síntesis	42
Fuentes y bibliografía	44

A modo de prólogo

Existen algunas preguntas que pocas veces efectuamos quienes nos dedicamos al ejercicio del derecho, en los tribunales (más allá de las disposiciones procesales que lo requieran) ¿Debe fundarse una sentencia? Si la respuesta es afirmativa, ¿Por qué? ¿Sobre qué bases? Además, adentrándonos en esta cadena de interrogantes, ¿Cuál es su método argumental? ¿Hay un sistema lógico-deductivo exigible en el pronunciamiento?, ¿Deben exponerse sus fundamentos?, y, finalmente (cuanto menos los iusnaturalistas), ¿Es justa?

Más que en los virtuosismos cerebrales de la dialéctica, los buenos jueces confían en su pura sensibilidad moral; y cuando después se ven obligados a llenar con argumentaciones jurídicas las motivaciones de sus sentencias, consideran esta fatiga como un lujo de intelectuales desocupados, convencidos como están de que una vez que aquella íntima voz ha pronunciado interiormente su dictamen, no habría necesidad de tales pruebas racionales¹.

En general existen en las sociedades humanas principios compartidos sobre el funcionamiento de esta y las posibilidades, derechos y obligaciones del hombre como integrante de la comunidad. Hay consenso en similar sentido, cuanto menos en Occidente, que para el desarrollo integral del hombre y de la comunidad es necesario que en la sociedad haya paz y justicia. E indudablemente en ambas tareas el Derecho tiene que realizar un aporte central para hacerlo posible.

No deja de resultar interesante la complementariedad práctica entre la idea de la paz como obra de la justicia, de raíz judía², con los preceptos sintetizados por el pensamiento romano clásico al decir “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”³. Los preceptos del Derecho son éstos: vivir honestamente; no dañar al prójimo y dar a cada uno lo suyo. En efecto, el jurista romano, en el libro primero de las Reglas, compendia el Derecho en estos tres importantes preceptos jurídicos, incorporados posteriormente por el emperador

¹ Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces hecho por un abogado*, Ed. Reus, Madrid, 2009, pág. 138

² Isaías, 32:17. “*el producto de la justicia será la paz, el fruto de la equidad, una seguridad perpetua.*”

³ Ulpiano, D. 1.1.10.1

Justiniano al inicio de sus Instituciones (1.1.3)⁴. En análogo sentido se pronuncia Carnelutti, al expresar “el problema de la insuficiencia de la ley para alcanzar el fin del derecho, que es hacer vivir a los hombres en paz.”⁵

En cualquier caso, parece que la vista del final es más nítida que el camino que nos conduce, o acerca, a la justicia. Buscamos un método que nos dé verosimilitud sobre las vías para llegar a construir una sociedad y un hombre justo. *El oficio del jurista es decir el derecho (iurisdictio), o sea, discernir entre lo justo (ius) y lo injusto (iniuria) y dicho oficio consiste en un arte (ars iuris). Este oficio se encuentra íntimamente ligado a la noción misma de derecho, y es dependiente de la misma.*⁶

Grecia, Roma y el Medioevo.

Santo Tomás de Aquino nos enseña que “...el nombre de derecho se asignó primero para significar la misma cosa justa. Pero, después, derivó hacia el arte con el que se discierne qué es justo; y, ulteriormente, a designar el lugar en el que se otorga el derecho; así, por ejemplo, se dice que alguien comparece ante el derecho; finalmente, también se denomina derecho a la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo.”⁷

Jurista es, pues, quien sabe el derecho, quien tiene el discernimiento de lo justo en el caso concreto, quien discierne el derecho (*ius*) y la lesión del derecho (*iniuria*) dentro de unas determinadas y particulares relaciones sociales. Allí donde un oficio requiera esa determinación del derecho, allí hay oficio de jurista, aunque sólo sea como función auxiliar. El jurista por antonomasia es el juez, cuya función central y principal es la de dictar sentencia, decir el derecho. Pero jurista es también el abogado, que dice lo que, en su opinión, es el derecho de su cliente.⁸

⁴ Cfr. Domingo, Rafael(dir.). *Principios de Derecho Global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*. Aranzadi. Pamplona, 2006, regla n°511, p. 174

⁵ Citado por Lamas, Félix Adolfo. *Ensayo sobre la experiencia jurídica*. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino. Buenos Aires, p. 44

⁶ Ver. Herrera, Daniel A. (2005). La argumentación del jurista como *ars iuris* [en línea]. En J. Portela y F. Puy Muñoz (comp.). *La argumentación de los operadores jurídicos* (pp. 9-36). Buenos Aires: Educa. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/argumentacion-jurista-como-ars-iuris.pdf> [Fecha de consulta:14/04/2018]

⁷ Santo Tomás de Aquino, S. Th., II-II, Q. 57 art. 1.

⁸ Cfr. Hervada, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona 1992, Eunsa, pág. 224.

Lo expuesto nos conduce a efectuar algunas distinciones sobre esta cuestión. No nos adentraremos en el análisis de que constituye “la misma cosa justa”, por exceder los límites de este trabajo, sino únicamente la segunda acepción que nos menciona Santo Tomás, como el arte de discernir qué es justo. Ello por cuanto lleva implícita la cuestión sobre el método de discernimiento para establecer la misma cosa justa.

Buscando las fuentes históricas, podemos sostener que el método por antonomasia en relación con el derecho, entre los griegos y romanos, eran la retórica y la dialéctica.

“El concepto de tópica no puede desvincularse del de dialéctica y retórica; por lo que conviene, en primer lugar, establecer algunos de sus puntos básicos que nos permitan a su vez determinar su relación con la tópica. La idea de tópica aristotélica, parte de la distinción entre razonamiento demostrativo, dialéctico y erístico. Hay demostración cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas; por su parte, el dialéctico es construido a partir de cosas plausibles, opinables; en tanto que erístico sería el razonamiento que descansa en premisas cuya plausibilidad solamente sea aparente, o que no se estructura como un auténtico razonamiento correcto. Cuando Aristóteles hace referencia al tipo de razonamiento dialéctico, no lo hace en el sentido del proceso intelectual o lógico de razonar individual, sino de un proceder intersubjetivo de intercambio de argumentos, puesto que al momento de presentar los diversos tópicos o lugares que han de regir el razonamiento dialéctico, siempre representa el esquema de una discusión”⁹

Sin extenderme en demasía, cabe mencionar que en Grecia el abogado era un *rhetor*, es decir, un hombre que dominaba la retórica¹⁰, cuya función era persuadir a los miembros de jurado de la razón que asistía a su cliente. La enseñanza de la abogacía se identifica en este período, por lo tanto, con la enseñanza de la Retórica. *“La palabra retórica, desde un punto de vista etimológico, significa la técnica del orador o el arte de la oratoria. Y, en efecto, la Retórica es el arte del*

⁹ Piña Mondragón, José Joaquín. *La tópica aristotélica en las teorías de argumentación jurídica moderna*. Disponible en <http://letrasiuridicas.com.mx/Volumenes/26/A7.pdf> Consulta: 16/10/2017

¹⁰ Diccionario Real Academia Española. Allí expresa: *Del lat. rhetor*, y este del gr. ῥήτωρ *rētōr*. *m. Hombre que escribía o enseñaba retórica*. Disponible en www.dle.rae.es . Consulta 27/05/2018

discurso, cuyo objeto es hacer posible la persuasión de la verdad. El hecho histórico de que el derecho fue enseñado como Retórica por los sofistas es de una enorme importancia porque la enseñanza de la Retórica era también la enseñanza de la Dialéctica, que no es otra cosa que la estructura lógica de la primera”¹¹.

Los sofistas no sólo apuntaban a ser elocuentes, sino que ponderaban el uso de diversos mecanismos lógicos para organizar el discurso, argumentar y demostrar la veracidad de la propia postura, es decir, recurrieron a una forma rudimentaria de Dialéctica.

Empero, *“la Dialéctica no es sólo el arte del discurso, sino que es el arte de la argumentación racional en aquellas materias y asuntos en los cuales no es posible arribar a una verdad apodíctica sino sólo a una verdad probable. Es el arte de pensar investigando”¹².*

La falta de un criterio apriorístico de verdad trae como consecuencia que, en ciertas cuestiones, el único camino para la solución de los problemas sea la dialéctica, es decir, el intercambio dialógico de argumentos u opiniones, considerados generalmente como admisibles, en tanto que se encuentran respaldados por alguna forma de consenso o por el sentido común. Por lo tanto, la nota que diferencia el razonamiento dialéctico no es algún tipo especial de lógica, distinta de la que establece las leyes formales de cualquier otro razonamiento, sino la condición epistemológica de las premisas de que parte.¹³

Tal camino ha de ser seguido, en los grandes trazos y más allá de las particularidades de cada período, desde la antigua Grecia, pasando por Roma, llegando hasta el medioevo cristiano occidental.

Para poder interpretar con cierto rigor la tarea de los juristas romanos, debemos- en cierto modo- despojarnos de criterios modernos. El jurista romano no elabora leyes, sino práctica jurídica, dando exteriorización a la práctica y usos sociales, que dirige y encausa por la senda del *bonum et aequum*¹⁴ Por tanto,

¹¹ Lalanne, Julio. Los orígenes históricos de los saberes jurídicos. Pág. 2. En <http://www.viadialectica.com/publicaciones/material.html>. Consulta 29/04/2018

¹² Lalanne, Julio. Los orígenes históricos de los saberes jurídicos. Pág. 4. En <http://www.viadialectica.com/publicaciones/material.html>. Consulta 29/04/2018

¹³ García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la Tópica Jurídica*, Ed. Civitas - Universidad de Oviedo, Madrid, 1988, p. 48.

¹⁴ Soto Villalflor, R. Método hermenéutico en el derecho romano. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (2003- n°19), Pág. 7-19.

emprende con finalidades prácticas las respuestas en el campo del derecho. En virtud de ello, podemos adoptar la definición del Derecho Romano efectuada por Álvaro D'Ors cuando expresa: “*Se entiende por derecho romano una serie de escritos de aquellos autores que fueron considerados en la antigua Roma como autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto...*”¹⁵

Cuando, por tanto, se enfoca desde el problema (aporías) – como cuestión práctica a ser resuelta - abordado desde distintos lugares comunes (tópicos), constituyendo éstos el punto de partida de la argumentación, se construye allí un camino dialéctico que nos conducirá a la respuesta que discierne lo justo de lo que no lo es y esa es, en Roma, la función del jurista. Obviamente las conclusiones así arribadas son solo probables, verosímiles (aporéticas) aunque respaldadas por la solidez del autor que la efectuó.

En la Roma antigua –sobre todo, en la etapa republicana–, al igual que en Grecia, los estudios de Retórica constituían, junto con el aprendizaje de la Gramática, la base indispensable de la educación de los jóvenes de las familias acomodadas que, como preparación imprescindible para la vida política o el ejercicio de la abogacía, aprendían la técnica oratoria. Si a Cicerón le debemos la exposición de la retórica que será canónica hasta el siglo XVII, a Boecio le debemos el sistema de la dialéctica que será dominante hasta finales del siglo XII¹⁶. Uno y otro resultan determinantes en la forma de entender la racionalidad en estos siglos romanos y medievales.

En el Occidente, fuera de los estudios del derecho longobardo en Pavía, y antes de la Escuela de Bolonia, en general la enseñanza se centró a través de las escuelas monacales, episcopales y catedralicias.

En general, se configuró la enseñanza en dichos lugares, organizándose en un sistema que contenía a la retórica y la dialéctica, junto con la gramática, el *Trivium* en la enseñanza medieval, institucionalizándose desde la Escuela Palatina de Aquisgrán por obra de Alcuino de York, quien organizó los estudios liberales y de la palabra sagrada o dicho de otro modo, el de las siete artes liberales,

¹⁵ D'Ors, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. Ed. Universidad de Navarra. Pamplona, 1989, p. 58

¹⁶ Cfr. Lalanne, Julio. Orígenes históricos de los saberes jurídicos, en http://www.viadialectica.com/publicaciones/material/filosofia_derecho/origenes_saberes_lalanne.pdf consulta 30/04/2018

compuestas por el *trívium* antes mencionado y el *quadrivium* (aritmética, geometría, astronomía y música), para finalizar con el estudio de la Escritura y los Padres de la Iglesia.

En cuanto al campo del derecho (estudiado en general en el *Trivium* dentro de la dialéctica y la retórica) debemos destacar y reiterar las finalidades prácticas expuestas en su método.

El derecho de la Edad Media ya encerraba en sí dos fases diferenciadas predominando, en la primera de ellas, el fragmentarismo, la dispersión normativa, con múltiples textos normativos que rigen campos diferentes, mientras que, en la segunda, por el contrario, se gesta un uniformismo creciente desde principios del siglo XII¹⁷, donde juega un rol central el redescubrimiento del derecho justiniano y especialmente el caso de Irnerio y sus seguidores en la Escuela de Bolonia.

La orientación metodológica general de la Escuela de Bolonia puede resumirse en el célebre dístico descriptivo compuesto hacia mediados del siglo XVI: *Promitto, scindo, summo, casunquefiguro, prolego, do causas, connoto, obücio*.

Promitto, es decir, presentación en conjunto de un problema; *scindo*, esto es distinguir, superar los elementos simples que aparecen en el problema, labor analítica de particularización; *summo*, o sea, recapitular desde el punto de vista de precedentes de autoridad; *caum figuro*, que significa ilustrar el problema con ejemplos varios y cuestiones semejantes; *prolego*, o lo que es lo mismo, análisis crítico del texto, a fin de escoger la variante más firme y establecer así la lectura correcta; *do causas*, es decir, enunciar las cuatro causas aristotélicas; *connoto*, formular reglas y analogías; *obücio*, que consiste en adelantarse a las posibles objeciones y absolverlas satisfactoriamente¹⁸.

Aunque hoy nos resulte extraordinario, la cultura y la ciencia en general y el derecho en particular de todo ese período se asienta sobre los cimientos puestos por la retórica y la dialéctica. Así se enseñaba y así se razonaba.

Vicco y la modernidad

¹⁷ Cfr. Escudero, José Antonio. *Curso de historia del derecho*. Gráficas Solana. Madrid 1985, p. 411

¹⁸ Cfr. Koschaker, P. *Europa y el Derecho Romano*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 109 y ss

Con el advenimiento del Renacimiento, la retórica y la dialéctica -ya desde el siglo XIV- adoptan una clara orientación pragmática. Son apreciadas no tanto por su valor heurístico para la ciencia sino por su utilidad para la acción y para la política. Es decir, la retórica y la dialéctica se convierten en instrumentos, en herramientas para la acción. Y en particular para la acción política. En este sentido representan el pensamiento y la argumentación útiles para la vida pública y la práctica cotidiana, frente a la ciencia escolástica a la que se reprocha su excesiva e inútil atención a la especulación metafísica¹⁹.

Posteriormente, con la proclamación de la llamada ciencia moderna –en pensadores tan emblemáticos como Galileo, Bacon o Descartes- significa la auténtica ruptura con el pensamiento renacentista y medieval. Esto es, con el aristotelismo. Se ha prestado mucha atención al cambio de modelo cosmológico en Copérnico y Galileo frente a la astronomía de Ptolomeo y frente a la física aristotélica. La ruptura decisiva de la Modernidad no estuvo tanto ahí como en la metodología: lo que Descartes, Galileo o Bacon proponían era un nuevo método opuesto al método anterior de la retórica y la dialéctica, método al que se objetaba que era palabrería y propaganda, pero incapaz de ciencia rigurosa. Es decir, después de dos mil años de hegemonía de la retórica y la dialéctica en la educación y la cultura, la Modernidad promete un nuevo paradigma metodológico ajeno por completo a aquellas. El nuevo método se basa en la experimentación –es decir, en las experiencias controladas- y el cálculo matemático. Se abandona, en cambio, la interpretación y discusión de textos como vía metodológica. La retórica quedó reducida a una mera preceptiva ornamental y la dialéctica se abandonó simplemente como un estorbo²⁰.

Quizás la excepción más relevante al clima de época la protagoniza Giambattista Vico (1668-1744), esto es, bien arraigada la cultura de la modernidad sin retórica ni dialéctica o, con mayor precisión, relegándola del conocimiento científico. Este célebre abogado napolitano, profesor de retórica en la Universidad

¹⁹ De Garay, Jesús. *Transformaciones de la dialéctica y de la retórica en los inicios de la Modernidad*. Disponible en: www.core.ac.uk/download/pdf/51388770.pdf Consulta: 18/04/2018

²⁰ Cfr. De Garay, Jesús. *Transformaciones de la dialéctica y de la retórica en los inicios de la Modernidad*. Universidad de Sevilla. Discurso de Toma de Posesión como Académico Correspondiente de la Real Academia de Doctores de España (23 de noviembre de 2005). http://www.academia.edu/26342269/TRANSFORMACIONES_DE_LA_DIALÉCTICA_Y_DE_LA_RETÓRICA_EN_LOS_INICIOS_DE_LA_MODERNIDAD_Paper_2006 Captura del 29/04/2018

de su ciudad natal, recuerda que la argumentación práctica y jurídica es más básica y elemental que cualquier demostración “científica”.

Sostiene el mencionado Vico que también los científicos deben debatir y aportar pruebas ante un tribunal, aunque los tribunales de las corporaciones científicas no sean los mismos que los tribunales de administración de justicia. También los científicos deben acusar, defenderse y aguardar una sentencia. Y por tanto también ellos han de argumentar jurídicamente. Vico se lamenta de que en su tiempo se alaba la sola crítica, es decir, la metodología moderna introducida por Descartes y Galileo. La tópica, por el contrario, no sólo no es puesta delante, sino totalmente pospuesta, por cuanto la invención de temas es anterior por naturaleza al enjuiciamiento acerca de su verdad, así la tópica como materia de enseñanza debe ser anterior a la crítica. El argumento de Vico es sencillo: antes de analizar críticamente una cuestión con los métodos rigurosos y exactos que nos proporciona la experimentación y el cálculo, es preciso previamente reflexionar acerca de la relevancia de la cuestión que se va a examinar²¹.

En la cultura occidental, la descalificación de la tópica vino motivada por la pérdida de influencia de la formación tradicional, a partir de la consolidación del pensamiento moderno de base racionalista y positivista, bajo la pretendida justificación de que no se adaptaba a los criterios de científicidad²²

El Positivismo

No fue el de Vico, sin embargo, el pensamiento dominante del período. Efectivamente, la ciencia va adquiriendo un espacio de autonomía e independencia en relación con la filosofía, al punto de considerarlos como opuestos. Es claramente desde Kant donde se reserva el nombre de “ciencia” para todo lo que cae dentro de nuestro conocimiento directo, sensitivo y el de “filosofía” para todo aquello que requiere otros procedimientos de acceso, por razón de su misma naturaleza trascendente. Para la filosofía crítica de Kant, por tanto, el derecho natural es entendido como formas y principios a priori del derecho: la idea de derecho, la idea

²¹ Conf. Rodríguez Fernández, C. y Romo Feito, F. *Elementos de retórica: El sistema de los estudios de nuestro tiempo*, Trotta, Madrid 2005, p.56.

²² Cfr. Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 53

de justicia y los principios de la legislación. Correlativamente, el conocimiento del derecho natural así entendido no es ciencia, sino filosofía²³.

“Autores posteriores avanzaron aún más, no aceptando que el derecho natural forme realmente parte de la ciencia del derecho. Esta especial configuración del conocimiento jurídico surgió a comienzos del siglo XIX, como proyección, en el ámbito del método jurídico, del ideal científico del positivismo jurídico naciente, y se caracteriza por la aceptación única del concepto moderno de ciencia, la historicación del objeto del saber jurídico, reducido al derecho positivo vigente, el abandono de la teoría del derecho natural y la afirmación de ese saber jurídico como esencialmente descriptivo y presidido por una actitud axiológicamente neutral. Dogmatismo quiere decir, en tal caso, sometimiento riguroso del jurista a lo establecido como derecho positivo e imposibilidad de introducir valoraciones o correcciones en la esfera de la aplicación judicial y de la investigación científica”²⁴

Autores positivistas señalan en este sentido que *“el positivismo no es un paradigma determinado, concluido, definitivo, como un código de leyes caído del cielo, sino una posición filosófica ante los problemas más acuciantes del conocimiento y la moralidad. El postulado fundamental es que la ciencia es el único criterio de verdad, la ciencia es la «medida» de lo que es y de lo que no es, de lo que existe y de lo que no existe, así como de aquello sobre lo que tiene sentido la formulación de preguntas y la obtención de las respuestas correctas”²⁵.*

Es así como algunos autores sostienen que se denomina ciencia jurídica a aquella disciplina que trata de conocer el derecho desde el punto de vista normativo, es decir, tiene como objeto la descripción del aspecto normativo del derecho o, mejor, el derecho visto como conjunto de normas (Kelsen, 1960)²⁶.

²³ Cfr. Lalanne, Julio, Orígenes históricos de los saberes jurídicos, en http://www.viadialectica.com/publicaciones/material/filosofia_derecho/origenes_saberes_lalanne.pdf consulta 30/04/2018

²⁴ Massini Correas, Carlos I. *Derecho natural y ciencia jurídica*. Rev. Sapientia. 62.221-222 (2007). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/derecho-natural-ciencia-politica-massini.pdf> . Fecha de consulta : 27-04-2018

²⁵ Cfr. Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (dir.), Enciclopedia iberoamericana de filosofía, Vol. 11. El derecho y la justicia. Capítulo El Positivismo Jurídico, por Ulises Schmill O., p.67

²⁶ Ver en tal sentido: Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (dir.), Enciclopedia iberoamericana de filosofía, Vol. 11. El derecho y la justicia. Capítulo Ciencia Jurídica, por Albert Calsamiglia, p. 17

La Ciencia del Derecho queda reducida, por ende, a decir qué es lo que el Derecho positivo vigente de un pueblo en un determinado momento dispone sobre cierta materia. *“El presupuesto teórico de esta concepción es el positivismo jurídico y la tesis según la cual no hay más Derecho que el positivamente dado y la consecuente negación del derecho natural como verdadero derecho vigente. El origen del término “dogmática” aplicado al derecho puede encontrarse en Rudolf Ihering y se justifica por el hecho de que las normas jurídicas son tratadas por la “ciencia” dogmática del mismo modo que los dogmas del cristianismo son estudiados por su teología dogmática”*.²⁷

Crisis del positivismo

El positivismo jurídico entró en una profunda crisis a la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Varias son las causas de tal situación. Como todas las transformaciones político-jurídicas, esta quiebra surgió a partir de profundos cambios en la estructura social. A partir de principios del siglo XX el tejido social en Occidente se hizo mucho más complejo y heterogéneo, debido a la pujanza en esa época de las clases medias y la cada vez mayor importancia de las organizaciones sindicales y los movimientos obreros, así como un aumento significativo del aparato estatal, tanto en funciones como en dimensiones y precio. Ello produjo una mayor diversificación de los ámbitos jurídicos (apareció el derecho laboral como subsistema jurídico autónomo, el derecho administrativo experimentó un despegue imparable, etc.). Este aumento considerable del tamaño del Estado con sus tareas prestacionales y su intervencionismo adquirió aún mayores dimensiones después de la II Guerra Mundial, cuando se formuló como el Estado de bienestar (*Welfare State*). No olvidemos que, como ejemplo, en el Reino Unido pasaron de Winston S. Churchill a Clement Atlee. Estos factores contribuyeron a mutar la situación previa y a exigir una nueva respuesta político-jurídica. El marco legal existente entre las dos guerras mundiales se mostró como un marco insatisfactorio, que encontró su peor expresión, al mostrarse inadecuado

²⁷ Lalanne, Julio, Orígenes históricos de los saberes jurídicos, en http://www.viadialectica.com/publicaciones/material/filosofia_derecho/origenes_saberes_lalanne.pdf consulta 30/04/2018

e insuficiente para limitar el poder del soberano, en el florecimiento de los totalitarismos resultantes de tal incapacidad.

Esta situación coincide con la etapa de mayor predominio del positivismo normativista, que consideraba a la ley como pura formalidad y rechazaba la especulación sobre moral y derecho natural (asociada al iusnaturalismo) como ajenas al pensamiento jurídico. Este modelo de Estado, visto desde la perspectiva de la postguerra, resultaba insuficiente para limitar y controlar el poder: no en vano la primera forma de control jurídico-constitucional del poder en el modelo continental (la representada por el Tribunal Constitucional austriaco, del que fue inspirador Kelsen) no observaba otro criterio de inconstitucionalidad que los relacionados con la jerarquía de fuentes, sin otorgar cuestión alguna a los referidos a la transgresión de principios superiores. Por decirlo sucintamente, en este modelo de Estado, la Constitución era una mera ley de leyes (una ley más) y se limitaba a organizar los poderes del Estado, sin entrar en los principios a que éstos debían estar sujetos.

Quien describe con precisión tal período es el Papa emérito Benedicto XVI en su discurso ante el *Bundestag* el 22 de septiembre de 2011. Allí expresó:” ... Naturalmente, un político buscará el éxito, sin el cual nunca tendría la posibilidad de una acción política efectiva. Pero el éxito está subordinado al criterio de la justicia, a la voluntad de aplicar el derecho y a la comprensión del derecho. El éxito puede ser también una seducción y, de esta forma, abre la puerta a la desvirtuación del derecho, a la destrucción de la justicia. “*Quita el derecho y, entonces, ¿qué distingue el Estado de una gran banda de bandidos?*”, dijo en cierta ocasión San Agustín. Nosotros, los alemanes, sabemos por experiencia que estas palabras no son una mera quimera. Hemos experimentado cómo el poder se separó del derecho, se enfrentó contra él; cómo se pisoteó el derecho, de manera que el Estado se convirtió en el instrumento para la destrucción del derecho; se transformó en una cuadrilla de bandidos muy bien organizada, que podía amenazar el mundo entero y llevarlo hasta el borde del abismo. Servir al derecho y combatir el dominio de la injusticia es y sigue siendo el deber fundamental del político... Para gran parte de la materia que se ha de regular jurídicamente, el criterio de la mayoría puede ser un criterio suficiente. Pero es evidente que, en las cuestiones fundamentales del derecho, en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el

principio de la mayoría no basta...Basados en esta convicción, los combatientes de la resistencia actuaron contra el régimen nazi y contra otros regímenes totalitarios, prestando así un servicio al derecho y a toda la humanidad. Para ellos era evidente, de modo irrefutable, que el derecho vigente era en realidad una injusticia...”

Finaliza el Papa haciendo un profundo análisis sobre el pensamiento positivista, al expresar:” Es fundamental, sobre todo, la tesis según la cual entre ser y deber ser existe un abismo infranqueable. Del ser no se podría derivar un deber, porque se trataría de dos ámbitos absolutamente distintos. La base de dicha opinión es la concepción positivista de naturaleza adoptada hoy casi generalmente. Si se considera la naturaleza – con palabras de Hans Kelsen – “un conjunto de datos objetivos, unidos los unos a los otros como causas y efectos”, entonces no se puede derivar de ella realmente ninguna indicación que tenga de algún modo carácter ético. Una concepción positivista de la naturaleza, que comprende la naturaleza de manera puramente funcional, como las ciencias naturales la entienden, no puede crear ningún puente hacia el *Ethos* y el derecho, sino dar nuevamente sólo respuestas funcionales. Pero lo mismo vale también para la razón en una visión positivista, que muchos consideran como la única visión científica. En ella, aquello que no es verificable o falsable no entra en el ámbito de la razón en sentido estricto. Por eso, el *ethos* y la religión han de ser relegadas al ámbito de lo subjetivo y caen fuera del ámbito de la razón en el sentido estricto de la palabra. Donde rige el dominio exclusivo de la razón positivista – y este es en gran parte el caso de nuestra conciencia pública – las fuentes clásicas de conocimiento del *ethos* y del derecho quedan fuera de juego...”²⁸

Las teorías positivistas, en general, sostienen la tesis de la separación. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. La tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que debe ser. El gran iuspositivista Hans Kelsen resumió esta posición con la fórmula: «Por ello, cualquier contenido puede ser derecho»²⁹.

²⁸ https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin.html

²⁹ Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Ed. Gedisa, Barcelona, 2004, p. 13

Ampliando este concepto, sostenía Hans Kelsen que la validez de una norma no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera. Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido “puesto”. Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo³⁰.

Los resultados prácticos del positivismo en el ámbito del derecho llevaron en la postguerra a la necesidad de replantear tal posición “dogmática”. Vemos en tal sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en relación con la legislación nazi sobre privación de la ciudadanía alemana a sus ciudadanos de religión judía: “El derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador. La concepción según la cual un 'legislador constitucional puede ordenar todo lo que quiera' significa una recaída en la actitud intelectual de un positivismo legal valorativamente neutro, superado desde hace tiempo en la ciencia y en la praxis jurídica... La Ordenanza violó estos principios fundamentales. En ella, la contradicción con la justicia alcanzó una medida tan insoportable que debe ser considerada nula *ab initio*... El no-derecho impuesto que viola manifiestamente los principios constitutivos del derecho no se vuelve derecho por ser aplicado u obedecido.”³¹ Claramente se advierte la influencia de Gustav Radbruch en el esquema de razonamiento del Tribunal germano antes citado³².

La argumentación jurídica en general

³⁰ Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Eudeba. Buenos Aires, 2009, p. 112

³¹ Cfr. Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Ed. Gedisa, Barcelona, 2004, p. 15

³² Radbruch, Gustav. *Arbitrariedad Legal y Derecho supralegal*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 37/38. Allí expresa: *El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley 'positiva' y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica.*

Las insuficiencias antes apuntadas, generaron la necesidad de ciertos autores, de buscar nuevas respuestas en el ámbito del derecho. Afirman algunos positivistas que la teoría del Derecho de este siglo, siendo Kelsen el ejemplo paradigmático, ha sido, sobre todo, una teoría de tipo estructural dirigida a mostrar y analizar los componentes del Derecho; pero que no se han ocupado de una teoría suficientemente general del Derecho que se ocupe tanto de los aspectos estructurales como de los funcionales. Parece claro que el estudio de la argumentación jurídica invita precisamente a centrarse en el funcionamiento del derecho, en el Derecho visto como una serie de procedimientos discursivos³³.

Cuando, en rigor, se habla de la teoría de la argumentación jurídica a lo que uno se refiere es a una corriente de la teoría o de la filosofía del Derecho que se inicia después de la Segunda Guerra Mundial. El origen se encuentra en una serie de obras de los años cincuenta que rechazan la lógica formal, la lógica deductiva, en cuanto método con que analizar los razonamientos jurídicos. Lo que la tópica de Viehweg (1964), la lógica de lo razonable de Recaséns Siches (1956), la nueva retórica de Perelman (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989) o la lógica no formal de Toulmin (1958) comparten es, precisamente, un punto de vista crítico con respecto al alcance de la lógica deductiva.

“Aun a riesgo de simplificar en exceso, se podría decir que lo que preside el tratamiento teórico de estos temas en las últimas décadas es la crisis de los postulados metodológicos centrales del positivismo jurídico y el intento por parte de toda una serie de nuevas teorías, agrupadas bajo nombres diversos, pero con una serie de rasgos comunes..., de proporcionar criterios y reglas metódicas que eviten la conclusión escéptica, ligada a los últimos estadios de aquella crisis, de quien enjuicia un hecho y decide en sede jurídica realiza, en última instancia, una pura opción arbitraria entre alternativas posibles, opción que no sería susceptible de auténtico control”³⁴.

³³ Cfr. Atienza, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 6/7

³⁴ García Amado, Juan Antonio. *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*. Anuario de Filosofía del Derecho. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1986. Disponible en http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1986-10015100182. Consulta 14/04/2018

Un argumento, desde el punto de vista lógico, es un encadenamiento de proposiciones, puestas de tal manera que de unas de ellas, las premisas, se sigue otra, la conclusión. En una inferencia válida deductivamente, suele decirse, si las premisas son verdaderas, entonces es también necesariamente verdadera la conclusión.

Esa noción de argumento parece en principio aplicarse también a los diversos contextos jurídicos. La visión exegética parecía responder que ello ocurría cuando la decisión constituía una deducción silogística lógicamente correcta desde una premisa mayor constituida por la norma, y una premisa menor, constituida por los hechos del caso

Sin embargo, es necesario advertir la insuficiencia de la lógica deductiva como recurso del razonamiento jurídico, por cuanto la lógica deductiva: 1) no dice nada sobre cómo establecer las premisas, partiendo de ellas como de algo ya dado; 2) Tampoco nos dice nada sobre cómo pasar de las premisas a la conclusión, sino que únicamente da criterios sobre si un determinado paso está o no autorizado; digamos que no tiene valor heurístico, sino de prueba, no opera en el contexto de descubrimiento, sino en el de justificación; 3) es dudoso de que quepa una inferencia normativa, esto es, una inferencia en que al menos una de las premisas y la conclusión sean normas (o sea, enunciados no susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos) como ocurre en el silogismo judicial (y, en general en el silogismo práctico-normativo); 4) sólo suministra criterios formales de corrección: un juez que utilice como premisas, por un lado, una norma manifiestamente inválida y, por otro, un relato de los hechos que contradice frontalmente la realidad, no estaría atentando contra la lógica; 5) no permite considerar como argumentos válidos aquellos en los que el paso de las premisas a la conclusión no tiene carácter necesario, aunque sea altamente plausible; 6) no permite dar cuenta tampoco de una de las formas más típicas de argumentar en el Derecho: la analogía; 7) no determina, en el mejor de los casos, la decisión en cuanto tal, (por ejemplo, «condeno a S a la pena Z»), sino el enunciado normativo que es la conclusión del silogismo judicial

«debo condenar a S a la pena Z»): un enunciado como «debo condenar a S a la pena Z, pero no le condeno» no representaría una contradicción de tipo lógico; etc.³⁵

Como corolario de las mencionadas insuficiencias, desde la década del cincuenta, surgen una serie de teorías, buscando rescatar la práctica jurídica de los peligros de la arbitrariedad, tratando de proporcionar un fundamento que pueda pretenderse intersubjetivamente válido y plausible para las valoraciones concurrentes en la determinación de la decisión jurídica. A partir de estos momentos, una serie de teorías heterogéneas participarán de un punto de partida común: allí donde no es posible la obtención de verdades o certezas como consecuencia de meras operaciones lógicas, de la aplicación del método científico-natural, de intuiciones valorativas o de la pura emotividad, se impone partir de la necesidad de construir permanentemente los criterios prácticos de lo justo en un proceso social de participación y diálogo, de constante intercambio de razones y justificaciones, de argumentación, de modo que se abra la posibilidad de que las valoraciones se legitimen por su sintonía con el sentir general de cada momento, con los criterios de una racionalidad práctica en continuo fluir en el seno del grupo social³⁶.

La tónica de Theodor Viehweg

Entre ellas (ya mencionadas anteriormente) cabe destacar especialmente la obra de Theodor Viehweg, quien planteó en sustancia que el razonamiento jurídico no es ni debe ser sistemático (deducir a partir de sistemas cerrados), sino tónico (a partir de problemas o casos). Superando la convencional contraposición entre jurisprudencia de conceptos y de intereses, toda una dirección actual de la ciencia jurídica se coloca bajo la enseñanza central de Viehweg para postular una jurisprudencia de problemas, tendencia que hoy puede decirse que es dominante en Alemania³⁷. Viehweg, ahonda desde allí en la búsqueda del método clásico o tónico,

³⁵ Cfr. Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (dir.), *Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, Vol. 11. *El derecho y la justicia*. Capítulo La argumentación Jurídica de Manuel Atienza, p. 233

³⁶ Cfr. García Amado, Juan Antonio. *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*. Anuario de Filosofía del Derecho. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1986, pág. 153. Disponible en http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1986-10015100182. Consulta 14/04/2018

³⁷ Ver Morelli, Mariano. *Pensar el derecho desde el problema. Theodor Viehweg: Tónica y sistema en la Historia del Derecho*. Pág.: 51. Disponible en <http://cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/815/1446> Consulta 16/10/2017

estigmatizado por el racionalismo a lo largo de los siglos. Y lo busca, desde el punto de crisis (la era moderna) hacia el pasado.

No parece casual, entonces, que cuando Theodor Viehweg comienza *Tópica y jurisprudencia* aparezca Giambattista Vico en el capítulo I de su obra, ya que en el napolitano -como hemos expresado anteriormente – existe una clara distinción entre los métodos clásicos (tópico) y modernos (crítico)³⁸, reivindicando el primero como válido y apto en el mundo del derecho, expresando una voz disidente frente a la corriente dominante que impugnaba la validez del método clásico.

Comienza Viehweg su referencia a Vico citando su enseñanza a través de la disertación *De nostri temporis studiorum ratione* (“el carácter de los estudios de nuestro tiempo” lo traduce el propio autor alemán) donde se contraponen en el primer capítulo de la obra del napolitano los diversos métodos científicos (*scientiarum instrumenta*). Uno, clásico o retórico y el otro moderno o crítico.

No deja de llamar la atención la contraposición que efectúa Viehweg en relación a la base de inspiración de Vico, al citar como fuente de la obra del napolitano la *Ratio atque institutio studiorum Societatis Iesu* (podemos fijarla como la base del programa de estudio de los jesuitas; diseñado para los establecimientos educativos de éstos, realizado en 1599), como sostén del método clásico versus la obra de Antoine Arnauld, realizada en coautoría con Pierre Nicole, denominada *L'art de penser* (1662) de raíz jansenista (denominada muchas veces como *La lógica de Port Royal*³⁹ – en referencia al convento cerca de Paris, que era la sede física del jansenismo en Francia, en la cual la hermana de Arnaud era su abadesa), como texto de enseñanza de las *Petites Écoles* o Pequeñas Escuelas de Port-Royal -colegios primarios y secundarios donde se educaba la élite, fundados desde 1638, y en los que Arnaud, Nicole y Lancelot eran profesores- como exponentes destacados del método crítico.

³⁸ Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*. Ed. Thompson-Civitas, Madrid, 2007, p. 33

³⁹ Ver. Cerpa Estremadoyro, Rafael. *El nacimiento de la lógica moderna: El arte de pensar, de Arnauld y Nicole*. Rev. Desde el Sur Volumen 4, número 1, Lima; pp. 108-129. Disponible en:

<http://revistas.cientifica.edu.pe/index.php/desdeelsur/article/viewFile/65/75>. Consulta del 15/6/2018. Allí expresa: ... En su «Introducción» a la *Lógica de Port-Royal*, Louis Marin señala el gran influjo que ejerció en su época este tratado: «El libro tuvo un éxito increíble durante dos siglos y medio: 44 ediciones en francés, además de traducciones latinas e inglesas». Sylvain Auroux tiene una opinión similar: «con sus 17 ediciones la *Lógica de Port-Royal* fue, en Francia, uno de los tratados más ampliamente difundidos en el siglo XVIII». A su vez, la edición crítica de Pierre Clair y François Girbal publicada en 1981 proporciona una lista aún más amplia: 63 ediciones francesas y 10 ediciones inglesas, una de las cuales sirvió como texto educativo en las universidades de Oxford y de Cambridge

Este método es hijo de la crisis de la intelectualidad europea en un período que abarca desde el Renacimiento y que se aceleró en la segunda mitad del siglo XVII, resultado del cual una cierta imagen del hombre ideal, el cristiano, se volvió cada vez menos aceptable. De hecho, existían formas opuestas y excluyentes de ser cristiano, por lo que tal ideal como unificante era imposible. El período de enseñanza de Port Royal (1638-1660) es alcanzado plenamente por el efecto de que poco tiempo antes o simultáneamente son publicadas las obras de los autores más representativos del nuevo modelo científico. Es así que Francis Bacon (*Novum Organum* en 1620); Descartes (*Discours du méthode* en 1637), y Galileo (*Discorsi e dimostrazioni matematiche intorno a due nuove materia* en 1638) simbolizan cabalmente el método crítico del que Arnauld, por influencia de Descartes, adoptará para su sistema educativo.

Volviendo a los jesuitas, debe señalarse que continúan con la tradición expuesta como método en la enseñanza superior católica, condicionados a su vez con la condena a Galileo en 1633. “*Los estudios se organizaban, de modo parecido a los de la Universidad de París, en tres ciclos de formación lingüística, filosófica y teológica. No podemos olvidar la experiencia de San Ignacio en sus años de estudio, su conocimiento de los métodos parisinos que se experimentaron inicialmente en los colegios de Mesina y Gandía y posteriormente se aplicaron en todos los demás.*”⁴⁰. contrapuesto a Arnauld, quien, si bien era jansenista en materia teológica, se hallaba fuertemente influenciado por Descartes en materia filosófica. Coincidiendo con Descartes, “*Arnauld asume en filosofía la posición de que el propósito de esta disciplina es el adquirir un conocimiento práctico por medio de la razón. Así, en las primeras páginas de su Lógica, Arnauld considera que esta facultad debe ser empleada únicamente para la consecución de un conocimiento útil... La Lógica de Port–Royal y la Gramática de Port–Royal primariamente eran manuales escolares destinados a los alumnos que estudiaban en estas escuelas, donde se enseñaba además según un currículum cartesiano. De este modo, a diferencia de los establecimientos jesuíticos en los que se había producido un cierto retroceso debido a la posición de la Iglesia frente a la nueva ciencia, expresada sobre todo en la condenación en 1633 de Galileo, en estas escuelas se enseñaban*

⁴⁰ Labrador Herraiz, Carmen. *La Ratio Studiorum de 1599. Un Sistema Educativo Singular*. Revista de Educación, núm. 319 (1999), pp. 117-134. Disponible en: <https://www.mecd.gob.es/dctm/revista-de-educacion/articulosre319/re3190607777.pdf?documentId=0901e72b812709b5> Consulta 15/6/2018

*las nuevas ideas científicas que vehiculaban un nuevo concepto de certeza distinto del paradigma científico aristotélico de una verdad necesaria obtenida mediante demostración, tal como supuestamente se describe en los Analíticos posteriores*⁴¹

Arnauld aun a riesgo de perder coherencia entre su condición de jansenista y por ende con una visión rigorista de San Agustín, es desde otro punto de vista, fuertemente cartesiano, aun cuando a veces las ideas entre ambos filósofos son contrapuestas. “**El arte de pensar** es también un escrito contra la lógica escolástica, sobre todo en el estado hipertrofiado que se encontraba en aquel entonces. Lo que los autores pretendían era, en primer lugar, establecer una lógica que podía favorecer la investigación moderna tanto en la ciencia como en la filosofía. De manera que la lógica escolástica era para ellos algo de lo cual un hombre cultivado debía tener conocimiento, pero que no permitía establecer reglas de pensamiento propias a la vida civil y a la aún incipiente **République des sciences**”⁴²

Es en ese medio y temporalmente muy cercano, donde el jurista napolitano desarrolla su obra. Y es allí donde Vico encuentra la colisión entre el pensamiento clásico (tópico) con el moderno (crítico).

Viehweg explica el desarrollo del método crítico en los siguientes términos: “Vico caracteriza el nuevo método (crítica) del siguiente modo: el punto de partida es un **primum verum**, que no puede ser anulado ni siquiera por medio de la duda. El desarrollo ulterior se hace de acuerdo con el modo de la geometría, es decir, conforme a los cánones de la primera ciencia estrictamente demostrable y, en lo posible, mediante largas deducciones en cadena (sorites). El método antiguo (tópica) tiene en cambio el siguiente aspecto: el punto de partida lo conforma el **sensus communis** (sentido común, common sense) que manipula con lo verosímil (**verisimilia**), intercambia puntos de vista de acuerdo con los cánones de la tópica retórica y trabaja principalmente con un tejido de silogismos. La ventaja del nuevo tipo de estudio consiste, según Vico, en la agudeza y en la precisión, siempre que el **primum verum** sea efectivamente un **verum**. Las desventajas parecen

⁴¹ Cerpa Estremadoyro, Rafael. *El nacimiento de la lógica moderna: El arte de pensar, de Arnauld y Nicole*. Rev. Desde el Sur Volumen 4, número 1, Lima; pp. 108-129. Disponible en: <http://revistas.cientifica.edu.pe/index.php/desdeelsur/article/viewFile/65/75>. Consulta del 15/6/2018.

⁴² Cerpa Estremadoyro, Rafael. *El nacimiento de la lógica moderna: El arte de pensar, de Arnauld y Nicole*. Rev. Desde el Sur Volumen 4, número 1, Lima; pp. 108-129. Disponible en: <http://revistas.cientifica.edu.pe/index.php/desdeelsur/article/viewFile/65/75>. Consulta del 15/6/2018.

predominar, pues produce pérdida de penetración, marchitamiento de la fantasía y de la retentiva, pobreza del lenguaje e inmadurez del juicio ... Todo esto lo evita, según Vico, el viejo método retórico y especialmente su pieza medular, la tópica retórica, que proporciona penetración, despierta la fantasía y la retentiva y enseña a examinar un estado de cosas desde ángulos muy diferentes y, por tanto, encontrar una trama de puntos de vista... ”⁴³

Era, entonces, un Vico luchando contra la corriente dominante, reivindicando el método clásico expresado en el sistema de enseñanza de los jesuitas versus el método crítico expresado en Arnaud y su influencia cartesiana. Y así, es reflatado por el jurista alemán en la búsqueda de respuestas que no obtenía de un sistema que veía en crisis y agotado. Acude al comienzo buscando en las fuentes críticas del método moderno. Es entonces, desde Vico, que Viehweg analiza la tópica como método extraído del pensamiento griego y romano clásico para buscar instalarlo en el pensamiento actual.

No debemos perder de vista que el eje metodológico en el jurista alemán es el problema y no la respuesta obtenida formalmente del sistema y en tal sentido toma a la tópica como "una técnica del pensamiento problemático", donde las conclusiones giran alrededor de los problemas (Aristóteles, Top., 1, 4, 2, 2). Es así como Viehweg explica al problema como *“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 ”*⁴⁴

Si toda la estructura jurídica se explica debido a la necesidad de resolver problemas, es decir, casos concretos, entonces, la estructura total de la jurisprudencia sólo puede estar determinada desde el problema. En atención a lo cual, sus elementos constitutivos (conceptos y proposiciones) permanecerán ligados a aquél de un modo específico y sólo a partir de dicho problema podrán ser comprendidos y resueltos. Estos conceptos y proposiciones deben ser articulados lógicamente en vinculaciones que permanezcan muy próximas al problema⁴⁵

⁴³ Viehweg, T., ob. cit., p. 34

⁴⁴ Viehweg, T., ob. cit., pág. 57

⁴⁵ Cfr. Viehweg, T., cit., págs. 152-153

Viehweg diferencia la existencia de una tónica de primer grado y una tónica de segundo grado. Mientras que la primera consiste en la búsqueda y elección del tópico más adecuado al problema, la segunda opera cuando ya existe un catálogo de tópicos, elaborado por el grupo social de forma consensuada⁴⁶. Así, de una primera tónica de carácter asistemático que selecciona puntos de vista más o menos ocasionales se pasa a una segunda tónica que adopta un procedimiento sistemático a través del cual la conclusión podrá girar alrededor del problema, evitando la predeterminación formal de unos axiomas predispuestos⁴⁷. Incluso afirma que, para encontrar una solución, el problema se inordena dentro de un sistema⁴⁸

La tónica, al centrarse en el problema como tal (y no en el sistema ni en su formalidad interna), puede operar válidamente para el razonamiento jurídico puesto que ofrece una fase prelógica o de búsqueda inventiva de premisas, y luego en otra, propiamente lógica, ya orientada a la conclusión.

Por lo expuesto, vemos que en su pensamiento existe una clara distinción entre el modo de razonar sistemático (de base lógico-deductiva) frente al problemático (de base tónica). Esta distinción coincide con el entendimiento de la ciencia conjunto de preguntas y respuestas sobre el cual se articula el conocimiento. *“Tal articulación dual permite desarrollar dos enfoques según el interés sea situado en la pregunta o en la respuesta, lo que le lleva a postular la existencia de dos ámbitos diferenciados de investigación: el dogmático y el cetético. La diferenciación entre ellos estriba en el tratamiento que dan a los tópicos (topoi).”*⁴⁹

“Siguiendo a Colingwood, para quien cada campo de conocimiento -cada ciencia- se estructura como un conjunto de preguntas y respuestas.... A su juicio (de Viehweg), cuando el énfasis reside en las preguntas, hasta los puntos de vista rectores que son adoptados como respuestas son siempre cuestionados. Son sugerencias vulnerables, ya que sólo son intencionadas tentativamente. Permanecen siendo preliminares e inciertas. Su formulación tiene que facilitar la discusión, el desafío y hasta la refutación. No son pensadas como definitivas y su tarea real es caracterizar el horizonte de cuestiones en el campo elegido. Por el

⁴⁶ Cfr. Viehweg, T., cit., pág. 61

⁴⁷ Cfr. García Amado, Juan Antonio. *Teorías de la tónica jurídica*, Ed. Civitas. Madrid, 1988, pág. 104

⁴⁸ Cfr. Viehweg, T., cit., pág. 58

⁴⁹ Sanz Bayón, Pablo. *Sobre la tónica jurídica en Viehweg*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 16, 2013, pp. 83-108

contrario, cuando el énfasis recae en las respuestas, algunos puntos de vista adoptados como respuestas quedan explícitamente excluidos de toda discusión. No son cuestionados. Son pensados como atemporales, como absolutos. Consecuentemente, ellos dominan todas las respuestas ulteriores. Estas últimas tienen que demostrar que, de alguna manera aceptable, son compatibles con las intangibles respuestas básicas.”⁵⁰

“El primer modelo es un asunto de investigación: se construye un campo de investigación en el que las opiniones (proposiciones) son puestas en duda y examinadas una y otra vez. Como la palabra griega para designar esto es zetein, este tipo de empresa intelectual puede ser llamada cetética. El segundo modelo es una cuestión de fijar ciertas opiniones: se construye un firme campo de opinión, cuya validez es intangible y con el cual se prueba la validez de nuevas opiniones. Como formar una opinión se dice en griego dokein y opinión es dogma, hablamos aquí de dogmática.”⁵¹

Si se trasladan estos conceptos al ámbito jurídico, se obtiene que un pensamiento dogmático se estructura a partir de ciertos axiomas que no se excluyen recíprocamente (principio de compatibilidad sistémica); ni se deducen unos de otros entre sí (principio de independencia). De este modo, las restantes proposiciones se reconducen a esos primeros axiomas (principio de integridad), a través de un proceso metódico de derivación lógico deductivo⁵²

Sin embargo, en el derecho existe un problema central que siempre queda intacto. En efecto, enseña Juan Antonio García Amado que *“los tópicos son argumentos, puntos de vista susceptibles de ser utilizados en una pluralidad de contextos diferentes, como recurso justificativo de la toma de postura en pro o en contra de una determinada solución. Serían, conforme a la definición ciceroniana, **sedes e auibus argumenta promuntur** y la tópica constituiría **ars inveniendi**, técnica o arte de la obtención de argumentos. Será a la luz de cada específico problema como se determinará qué tópicos son en cada caso susceptibles de*

⁵⁰ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. *La ciencia del derecho como saber retórico-tópico: el planteamiento de Theodor Viehweg*. 01-01-2000. En *Microjuris MJ-DOC-1188-AR*

⁵¹ Viehweg, T. Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico, en *Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1991, pág. 118

⁵² Cfr. Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. *La ciencia del derecho como saber retórico-tópico: el planteamiento de Theodor Viehweg*. 01-01-2000. En *Microjuris MJ-DOC-1188-AR*

invocación argumentativa. El derecho constituye, para Viehweg, un campo dominado por el modo de pensar tópico, por cuanto que la solución de problemas concretos que en la decisión jurídica se lleva a cabo está marcada por la presencia de lo que llama la «aporía fundamental»: qué sea lo justo aquí y ahora. Esta situación aporética del pensamiento jurídico obedece a la imposibilidad de que pueda constituirse con el derecho ninguna forma de sistema axiomático de preceptos o principios, del que las soluciones para cada caso se sigan mediante una pura operación deductiva dentro del sistema. Un sistema tal, ajeno a toda discusión, es imposible, no sólo porque el método tópico de discusión estaría presente ya previamente a él en la elección de sus axiomas, sino porque exigiría una perfecta formalización del lenguaje jurídico, que evitase la necesidad de su interpretación para la decisión de cada caso. La constante presencia de la cuestión acerca de qué sea para cada caso lo justo lleva a Viehweg a sostener que las premisas para la decisión se obtendrán a partir del catálogo de tópicos disponibles, ya sean generales o específicamente jurídicos, que el criterio que rige la legitimación de tales premisas como adecuadas será la aceptación de los interlocutores y que la discusión es la única instancia de control’’⁵³

Aristóteles había proyectado – dice Viehweg – un catálogo de tópicos para todos los problemas pensables. Cicerón y sus sucesores se esforzaron en convertirlo en un medio auxiliar de la discusión de problemas que fuera lo mas práctico posible, con lo cual se produjo una trivialización⁵⁴ del método. Apoyándose en la duración temporal de los *loci* ciceronianos, el jurista alemán vuelve a acudir a *La lógica de Port Royal* (1662) que plantea los *loci grammatici*, *loci logici* y *logi metaphysici* los cuales resultan ampliados en la obra de un autor alemán (que el propio Viehweg entiende como poco relevante) llamado Christian August Lebrecht Kästner que a los anteriores *loci*, le agrega el *loci historici* (en su libro *Tópica o Ciencia de la Invención*), enumerando un total de veintiséis *loci*.

Viehweg se ocupa en aclarar que hay tópicos aplicables a todo lo pensable y hay otros propios y específicos de cada rama del saber, aun cuando ambos tengan la misma función, citando en tal sentido los tópicos jurídicos del jurisconsulto

⁵³ García Amado, Juan Antonio. *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142099.pdf> Consulta: 14-04-2018

⁵⁴ Viehweg, T., cit. pág. 61

Matthaeus Gribaldus Mopha, que en el capítulo III de su obra cita un catálogo de *loci communes* tomados del *Corpus Iuris Civilis* justiniano. En este sentido se expresa Viehweg sobre los tópicos: “*Cuando aparecen en forma de catalogo hay que observar que no constituyen un conjunto de deducciones, sino que reciben su sentido desde el problema...su ordenación respecto de éste es siempre esencial para ellos. A la vista de cada problema aparecen como adecuados o inadecuados conforme a un entendimiento que no es nunca inmodificable. Tienen que ser entendidos de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento*”⁵⁵

Viehweg apoyándose en Cicerón advierte que es posible distinguir una reflexión que tiene la vista puesta en la búsqueda del material para pensar, que otra que se ajusta a la lógica. Y está claro que esta última – dice – se tiene que posponer a aquella. Vista de esta manera, la tópica es una meditación prelógica, pues como tarea, la *inventio* es primaria y la *conclusio* secundaria. La tópica señala como se encuentran las premisas; la lógica las recibe y trabaja con ellas.⁵⁶

En materia jurídica, o sea pensando en los procesos judiciales, se trata ante todo de hallar el status de la afirmación y la impugnación, y entonces, el status de la discusión, y por fin, el status del problema jurídico. A partir de aquí se haría necesario seleccionar, de entre todos los argumentos posibles, aquellos más apropiados al caso concreto. Dentro del pensamiento ciceroniano una vía para arrojar luz sobre esta cuestión es la referida a la doctrina del status. La doctrina del status es un procedimiento para ordenar las cuestiones presentes en cada caso de conflicto y fijar los puntos de discusión de los hechos y del derecho. Cicerón acude a esta doctrina del status como una posible vía de selección de los lugares de argumentación⁵⁷

En el procedimiento dialéctico las premisas fundamentales se legitiman por la aceptación del interlocutor: uno se orienta por la efectiva o probable oposición del adversario; lo aceptado vale como premisa (Viehweg lo denomina como lo aceptado o lo indiscutido o como evidente) y con ello calificar a las premisas como relevantes o irrelevantes, admisibles o inadmisibles, defendibles o indefendibles,

⁵⁵ Viehweg, T., cit., pág.64/65

⁵⁶ Viehweg, T., cit., pág.67/68

⁵⁷ Cfr. Sanz Bayón, Pablo. *Sobre la tópica jurídica en Viehweg*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 16, 2013, p.92 y nota 36 con sus citas. Disponible en <http://www.rtfed.es/n16.html> Consulta: 11/10/2017

admitiéndose incluso grados intermedios (usando adjetivos como apenas o todavía). En este sentido el debate es la única instancia de control y siguiendo a Aristóteles la denominamos *dialéctica*. La referencia al saber de los mejores y más famosos se encuentra, en este contexto, llena de sentido. Con la cita de un nombre se hace referencia a un complejo de experiencias y de conocimientos humanos reconocidos, que no contienen sólo una vaga creencia, sino que garantiza un saber en el sentido más exigente.⁵⁸

Destaca así también la diferencia entre legitimar o probar una premisa frente a fundamentarla o demostrarla. La fundamentación o demostración es una operación puramente lógica que reclama un sistema deductivo, que Vico denominara *methodus critica* en cuyo principio debe haber un *primum verum*. Ahora bien, el hallazgo de un método deductivo en la ciencia implica necesariamente el abandono de la tópica. La deducción torna innecesaria la invención, ya que el sistema asume la dirección y decide por sí el sentido de cada cuestión, donde sus proposiciones son enteramente lógicas y estrictamente demostrables, esto es, verdaderas o falsas en el sentido de la lógica bivalente⁵⁹

Como hemos venido desarrollando, existe en Viehweg una preocupación constante en establecer un vínculo de unión entre la argumentación jurídica actual, expresada entre otros por el mismo, con el pensamiento clásico. Así como al inicio de su obra recurre a Vico y sus fuentes, luego acude a Aristóteles y Cicerón, en la obra a partir de su capítulo IV se centra en el *ius civile* y luego al *mos italicus*.

En el primer caso efectúa una labor comparativa en relación con el instituto de la usucapión en base al Digesto de Juliano con un Manual de Pandectas. Es así que presenta el texto del *Digesto* como no sistemático sino con el método problemático, donde se ofrecen soluciones a un complejo de problemas, buscando y fijando puntos de vista que proceden de otros textos que han obtenido reconocimiento y comprobación, construyéndose de un modo vital un tejido jurídico. En relación con el *Manual* resalta que el concepto general (de usucapión) se construye de modo progresivo a través de conceptos que se seleccionan

⁵⁸ Viehweg, T., cit., pág.72

⁵⁹ Viehweg, T., cit., pág.74

previamente (posesión, buena fe, justo título, duración, etc.), llamando al primero como casuista y al segundo como teórico.⁶⁰

“El jurista romano plantea un problema y trata de encontrar argumentos. Se ve, por ello, precisado a desarrollar una técnica adecuada. Presupone irreflexivamente un nexa que no intenta demostrar, pero dentro del cual se mueve. Es la postura fundamental de la tópica.”⁶¹

Una característica del pensamiento problemático, que reclama *an eternal dialectical research an open system*. Uno se ve impulsado no a ordenar el caso dentro de un sistema previamente encontrado, sino más bien a ejercitar su propia *dicaiosine* por medio de consideraciones medidas y vinculadas... Aquello que conduce al sistema deductivo hay que rehuirlo si se quiere conservar la proximidad del problema. Esto se predica sobre todo de las generalizaciones, es decir, de las reducciones lógicas, y es sabido cómo los juristas romanos en sus mejores tiempos las eludieron efectivamente. La famosa máxima de Javoleno conforme a la cual *omnis definitio in iure civilis periculosa est* (Dig. 50, 17, 202) se encuentra en esta línea y es ininteligible desde el punto de vista de un pensamiento sistemático⁶²

Este modo problemático de acercarse a los problemas se refleja en el escaso número de leyes dictadas en la Roma clásica y en la producción anual del pretor: "En el *ius civile*, sin embargo, se ve con claridad especial cómo las fijaciones se evitan en la medida de lo posible. Buenos ejemplos de ello son no sólo el escaso número de leyes que se dictan durante un período de tiempo tan largo, sino también, especialmente, la elástica y notabilísima *lex annua del Praetor*, que sólo en el Edicto de Adriano cristalizó de una manera definitiva. La búsqueda del derecho la hicieron mediante un procedimiento a tientas, en el sentido de la tópica, y concluyeron sólo la primera fase de esta búsqueda, convirtiéndose al final en fuentes del derecho", quedando fijadas, aunque reinterpretadas según los nuevos problemas. En este marco debemos comprender los principios propuestos en el Libro 50 del Digesto (Dig. 50, 17 *De diversis regulis iuris antiqui*): repertorios de puntos de vista, muy importantes y largamente aceptados, en formas de citas de

⁶⁰ Viehweg, T., cit., pág.78/81

⁶¹ Viehweg, T., cit., pág.83

⁶² Cfr. Viehweg, T., cit., pág.86/87

juristas, pero sin un propósito sistemático y en un descuidado desorden, legitimados porque son aceptados por hombres notables.⁶³

Es interesante destacar el análisis que formula Corral Genicio sobre la afirmación del autor alemán que el pensamiento jurídico romano era tópico. En tal sentido, expresa que *“lo que Viehweg se pregunta es si la jurisprudencia romana ha seguido el modo de actuar tópico; pero su investigación no es propiamente histórica, sino de fundamentos. reconoce por ello que su estudio constituye una empresa incompleta, y que su pretensión era resaltar un ángulo pocas veces observado. Pues a mí me sigue interesando saber si los romanos fueron tópicos. Me resulta difícil creerlo, ya que todas nuestras sistematizaciones provienen de las Instituciones, del Digesto, del Código, de las Novelas. No puede ser que todo el Corpus Iuris no responda a una mentalidad sistémica. Hagamos, entonces, un poco de historia. Que la compilación justiniana responde a un plan coherente e integrador es innegable. Pero al recoger en su mayor parte la herencia de los clásicos -sólo los fragmentos de Ulpiano representan un tercio del Digesto-, hemos de volvernos a éstos para indagar en su actividad. No olvidemos a los juristas republicanos. Con Mucio Escévola, Sexto Aelio Cato -que en sus Tripertita comenta y completa las XII Tablas, Aquilio Galo, Servio Sulpicio, Alfeno, Tuberon y Trebacio -el destinatario de la Tópica de Cicerón-, el Derecho deja de ser un cúmulo desordenado de conocimientos jurídicos y se convierte en una verdadera ciencia (iurisprudencia) o en técnica (ars) que se organiza científicamente, ius civile in artem redigere, en expresión de Cicerón.”*⁶⁴

Continúa diciendo el abogado español antes citado sobre los juristas romanos que *“...no fueron teóricos sino asesores de magistrados, de políticos y de particulares en sus problemas diarios, que solucionaron con gran realismo y sentido jurídico. No pretendieron hacer una ciencia. El método dialéctico importado de Grecia fue usado en tanto ayudaba a la clarificación de sus quaestiones, de ahí que sus construcciones doctrinales fueran escasas, poco*

⁶³ Ver Morelli, Mariano. *Pensar el derecho desde el problema. Theodor Viehweg: Tópica y sistema en la Historia del Derecho*. Pág.: 67. Disponible en <http://cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/815/1446> Consulta 16/10/2017

⁶⁴ Corral Genicio, Jerónimo. *Un diálogo entre juristas: la reivindicación de la tópica para la inexcusable búsqueda de lo justo y razonable en derecho*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 5, 2001/2002, p.94. Disponible en <http://www.rtfed.es/n5.html> Consulta: 11/10/2017

*rigurosas lógicamente y con un bajo grado de abstracción, si las comparamos con las derivadas del moderno Derecho continental. Será en el período postclásico, siglos III-VI d. C., carente de grandes figuras creadoras, donde se avanza hacia una estructura dogmática, pero que viene a ser una reelaboración del Derecho clásico.”*⁶⁵

Incursiona asimismo Viehweg, en el capítulo V de su *Tópica*, la suerte de la tópica en la obra de los glosadores y postglosadores: el *mos italicus*, efectuando previamente algunas consideraciones sobre el contexto de la retórica en los glosadores y postglosadores. Como hemos expresado, la retórica (y con ello la tópica) era parte esencial del proceso educativo de las personas cultas en la edad media, entre las cuales se hallaban, sin duda, los juristas⁶⁶.

Algunas, consideraciones históricas para conocer la base del pensamiento del jurista alemán.

Sabemos que Irnerio, fundador de la Escuela de Boloña, era primeramente *magíster in artibus*, es decir, como maestro en las tres artes liberales del *trivium*: gramática, retórica y dialéctica. Contando con esta formación, pudo él iniciar la labor propiamente crítica de establecer las versiones originales de los textos justinianeos, superando con ello el uso de los antiguos epítomes o resúmenes hasta entonces en circulación. El redescubrimiento del derecho justiniano consistió propiamente en la fijación de los textos originales de los libros de Justiniano, hasta entonces olvidados.

La labor de Irnerio fue continuada por sus sucesores inmediatos y, en la medida necesaria, por sus sucesores más lejanos. En el s. XII puede considerarse ya definitivamente adquirido para la cultura jurídica el conjunto de los libros justinianeos (la edición de los *Digesta* se conoce con el nombre de *Vulgata*), que entonces recibió el nombre de *Corpus Iuris*. Al *Corpus Iuris* agregáronse posteriormente otros textos jurídicos no-romanos, la *Lombarda* o *Lex Longobardorum*, una compilación de derecho longobardo proveniente del s. XI, y los *Libri Feudorum*, una compilación de derecho feudal, sucesivamente formada

⁶⁵ Corral Genicio, Jerónimo. *Un diálogo entre juristas: la reivindicación de la tópica para la inexcusable búsqueda de lo justo y razonable en derecho*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 5, 2001/2002, p.95. Disponible en <http://www.rtfed.es/n5.html> Consulta: 11/10/2017

⁶⁶ Ver en tal sentido, p. 4 del presente

entre los siglos XII y XIII. Todos estos textos fueron para la época medieval los "*libri legales*" por antonomasia. El magisterio de Irnerio dio lugar a una corriente jurídica que conocemos con el nombre de escuela de los glosadores. A ese magisterio y a esta escuela se vincula el nacimiento de la universidad de Bolonia (*Studium Boloniense*), referente europeo de la enseñanza del derecho en ese período histórico.⁶⁷

La idea del estudio del derecho romano se halla indisolublemente asociada con la restauración imperial (a través del Sacro Imperio Romano Germánico) y por tanto no era únicamente un interés académico sino también político, por cuanto la idea de restablecer el Imperio Romano implicaba, entre otras cosas, la de utilizar su derecho. Para los glosadores, el *Corpus Iuris* es un texto de derecho vigente. Si el imperio romano, en efecto, pervivía en el imperio germánico, y en el primero el *Corpus Iuris* había sido derecho vigente, entonces resultaba natural continuar considerándolo bajo la misma perspectiva.⁶⁸

La Glosa aparece vinculada con las concepciones de la época. Hablar de ciencia es hablar de un método; y el método que los glosadores emplearon no difirió del usado por el pensamiento escolástico que, en sus líneas generales, se inspira en las artes liberales del *trivium*: gramática, retórica y dialéctica.

Sin embargo, esta escuela con el transcurso del tiempo y cierta repetición del método (sobreponiendo las glosas unas con otras al punto de desnaturalizar el *Corpus Iuris*) la llevó a un punto de crisis, como advirtieron diversos miembros de esa escuela, como Azzo de Bolonia y Accursio (Accorso di Bagnolo) quien intentó realizar una depuración de las glosas por medio de una recopilación de éstas, conciliándolas en aquellos casos en las que diesen opiniones contrarias. Esta obra no pretendió ser original, pero se convirtió en fundamental por la sistematización y depuración que hizo de más de 90.000 glosas. Resultó sumamente exitosa al punto que fue denominada de *Glossa Magna* o *Glossa ordinaria al Corpus Iuris Civilis*. No obstante, los historiadores del derecho coinciden en que, con la aparición de este

⁶⁷ Ver. Guzmán Brito, Alejandro. *Mos Italicus y Mos Galligus*. Disponible en <http://rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/17/12> Consulta 25/6/2018

⁶⁸ En tal sentido, vale como ejemplo lo expresado por el canonista del s. XII, Ugucione da Pisa, en su *ad Decretum* (12.1) donde afirma: "*Hoc iure qui subsunt imperio astringuntur*" (Quienes están sometidos al imperio son regidos por este derecho), en donde "por este derecho" alude, naturalmente, al derecho romano.

trabajo, el método de la glosa quedó prácticamente cerrado dando paso a otros métodos más novedosos.

Precisamente, es en el siglo XIII, que comienza el período llamado de los comentaristas. Las diferencias que separan el método de los comentaristas del de sus antecesores, los glosadores, es que mientras la principal preocupación de la glosa residía en el texto, es decir, la *littera*, el comentario se interesaba por el contenido; de tal manera que si aquella tomaba en consideración las palabras (*verba*), ya aisladas, ya en relación con el conjunto de la frase, éste trataba de penetrar en el sentido (*sensus*) de la misma, en su significado (*ratio legis*) o, lo que es lo mismo, en el espíritu del texto.

Buscando el contexto donde se desarrollaron los comentaristas, cabe mencionar especialmente el particularismo político de la península italiana que hacía inconcebible la posibilidad de una legislación uniforme y la existencia de jurisdicciones centralizadas. En tales circunstancias, la creación de criterios jurídicos uniformes sólo fue posible por la vía jurisprudencial, donde el derecho justiniano con sus glosas era el punto de contacto compartido frente a los usos y derechos particulares. Un estamento de juristas, educado en una común disciplina jurídica, diseminado por toda la península, atento a las ricas y variadas necesidades jurídicas de su época, imbuido de la idea de un derecho de vigencia general y no sordo a los obstáculos que a dicha vigencia oponían los derechos particulares, fue el instrumento que condujo a la unificación jurídica del país. Este estamento fue precisamente el de los comentaristas.

“Suele designarse a la escuela también con el nombre de consiliatores, es decir, "consejeros", con lo cual se aludía a una de las actividades que más fecundamente desarrollaron los comentaristas: la actividad dictaminadora. Ella era cumplida tanto frente a los particulares como frente a los tribunales, generalmente compuestos de iletrados y, por tanto, requeridos de asesoría jurídica. Dentro de este ambiente, como siempre, por lo demás, suele suceder, surgió el concepto de communis opinio doctorum, esto es, el parecer coincidente de todos o de los más autorizados acerca de un mismo punto, entendiéndose que tal coincidencia es vinculante. En la práctica, los jueces solían atenerse a la communis opinio, no bien haya sido por la temeridad que implicaba el apartarse de ella y

quedar así sometido a reproches dentro del juicio de residencia que solía seguirseles al terminar sus funciones."⁶⁹

Los géneros literarios que desarrollaron los comentaristas se enmarcan en los principios dialécticos de la escolástica. Los más importantes fueron el *consilium*, el *tractatus* y el *commentarium*.

El *consilium sapientis*, o simplemente *consilium*, formaba parte de una función connatural al oficio de jurista de aconsejar a los particulares en los negocios y actividades jurídicas que realizaran. De igual modo, los jueces de las ciudades, si bien conocían el Derecho vigente en ellas (estatutos, fueros), cuando las soluciones que éstos aportaban no les convencían, recurrían a los profesores de la Universidad, que les proponían las más justas del Derecho común. Una vez emitido, el consejo del técnico en Derecho se transformaba en algo vinculante para el juez, quien se limitaba a comunicarlo a la parte interesada, como si fuese su propia sentencia. La aparición de la imprenta constituyó un agente eficaz de difusión de la "literatura consiliar" y, con ella, de penetración del Derecho romano en la práctica jurídica.

El *tractatus* era una especie de monografía o estudio amplio sobre una materia jurídica concreta que era examinada en sus diversos aspectos, con la finalidad de obtener soluciones aplicables en la práctica.

Finalmente, el *commentarium* que, como hemos visto, daría nombre a la escuela, tendía a la ordenación sistemática del *Corpus Iuris* y a la obtención de conceptos generales a partir de premisas concretas. Mediante estos *commentaria* elaboraron construcciones teóricas (origen de controversias interminables) que, si bien eran mucho más ricas que la simple exégesis literal de los glosadores, suponían a su vez un alejamiento de los textos básicos. Resultado de esta intensa actividad argumental fue el que las normas quedaran envueltas en un fárrago de disquisiciones, de modo que, a la postre, las opiniones de los autores llegaron a prevalecer sobre las propias fuentes, sobre todo cuando en un punto concreto tales opiniones se mostraban coincidentes, lo que constituían la llamada *communis opinio*.

⁶⁹ Cfr. Ver. Guzmán Brito, Alejandro. *Mos Italicus y Mos Galligus*. Disponible en <http://rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/17/12> Consulta 25/6/2018

Los orígenes del método de aplicar la dialéctica escolástica al derecho son franceses. En la segunda mitad del s. XIII, se inicia ese método en la escuela de derecho de Orleans, vinculado a los juristas Jacques de Révigny y su discípulo Pierre de Belleperche. El nuevo método, sin embargo, no tuvo éxito en Francia, y correspondió a un discípulo del último de los nombrados, Cino da Pistoia (1270- c. 1336) el llevar las nuevas ideas a Italia. Ahí adquirieron éstas su verdadero desarrollo y dieron origen a la escuela de los comentaristas. Discípulo de Cino da Pistoia fue Bartolo de Sassoferrato (1314-1357), y de quien fue, a su vez, discípulo Baldo degli Ubaldi (c. 1327- 1400).

Y es precisamente sobre esto, el *mos italicus*, que Viehweg continúa su análisis sobre el derecho. Lo que resalta al respecto, es que – como la tópica – el *mos italicus* se centra en el problema y que buscaba una técnica adecuada para el estudio del mismo⁷⁰.

Una cuestión que hemos sobrevolado en varias oportunidades es primeramente qué hicieron cuando existían contradicciones en los textos glosados o comentados y en segundo lugar como pueden establecerse una adecuada correlación de situaciones. Según el jurista alemán en ambos casos el *ars inveniendi* – y por tanto la tópica – sirven como medios auxiliares, donde la tarea conjunta se denomina exégesis o interpretación.⁷¹

Dice textualmente Viehweg sobre la primera cuestión: “En el caso de falta de acuerdo entre los textos, las cosas ocurren así. Las contradicciones (*contrarietates*) de las fuentes dan lugar a dudas (*dubitationes, dubietates*) y a una discusión científica (*controversia, dissensio, ambiguitas*) que exigen una solución (*solutio*). Esta solución tiene que consistir en la usualmente llamada elaboración de concordancias, para la que existen diferentes medios. El más sencillo es la llamada subordinación de autoridades. Cuando los textos en pugna tienen todos la misma dignidad, este medio decae. Entre los demás, los más importantes son la distinción o diferenciación y la división o partición, que con ella se relaciona... los tópicos generales *similia* y *contraria* sirven de guía para ello”⁷²

⁷⁰ Viehweg, T., cit., p.108

⁷¹ Cfr. Viehweg, T., cit., p.109

⁷² Viehweg, T., cit., p.109/110

Señala expresamente que las distinciones no pueden ser tomadas, por regla general, como piezas de edificación de un sistema deductivo, sino que pertenecen al *ars inveniendi*. Solo cuando es posible incluirlas dentro de una serie de deducciones constituyen piezas de un sistema lógico. En este sentido, el silogismo sirve también como medio de establecimiento de las concordancias⁷³

En relación con la segunda cuestión planteada, esto es, como pueden establecerse una adecuada correlación de situaciones, a juicio de Viehweg, es un asunto tópico evidente y familiar en la jurisprudencia. Aquí se buscan tópicos que justifiquen la utilización de determinado texto legal y es muy necesario cuanto mayor es la autoridad del texto, así como la diferencia temporal entre la situación problemática que determinó su aparición y el tiempo de su aplicación⁷⁴

Menciona en tal sentido que así fue como se abordó en el Medioevo la cuestión del derecho romano y su transformación en derecho común. La Edad Media buscó una forma practicable de uso de la tónica, citando en tal sentido la forma escolástica con fines escolares y comparando el esquema de Tomás de Aquino con el de Bartolo en sus *Concilia*. Así en efecto:

Santo Tomás de Aquino		Bartolo de Saxofferrato	
<i>utrum</i>	fijación del problema	<i>quaeritur an</i>	fijación del problema
<i>videtur quod</i>	puntos de vista próximos	<i>et videtur quod</i>	puntos de vista próximos
<i>sed contra</i>	punto de vista contrarios	<i>in contrarium facit</i>	punto de vista contrarios
<i>respondeo dicendum</i>	solución	<i>ad solutionem quaestiones</i>	solución

75

Además del pensamiento, se ajustaba al estilo tópico la empresa de la lección jurídica (*lectiones, lecturae*) surgida de la Escuela de Bolonia: *praemitto* (introducción), *scindo* (división de las ideas contenidas en el texto), *summo* (síntesis), *causmque figuro* (planteamiento de un caso, tomado del texto, de una colección de casos, de la práctica o simplemente inventado), *perlego* (lectura del texto e interpretación), *do causas* (fundamentación de la decisión a partir de las

⁷³ Viehweg, T., cit., p.111/112

⁷⁴ Cfr. Viehweg, T., cit., p.112/113

⁷⁵ Esquema realizado en base al texto de Viehweg, cit., p.113/114

cuatro causas – *efficiens, materialis, formalis, finalis* -), *connoto* (ulteriores observaciones, donde se explican también las reglas generales), *et obiicio* (réplicas y controversias).

Así, la médula del espíritu descrito, tanto enseñando como dictaminando, es la discusión de problemas; sin que obste a ello el estilo demasiado literario y la falta de conciencia histórica y sociológica. Cada problema tiene que tomarse como una articulación del problema básico de la justicia; donde el sujeto se esfuerza continuamente por encontrar argumentos para la respuesta, dando ocasión a la introducción de distintos puntos de vista⁷⁶.

Analizando lo expuesto, Viehweg afirma: “Es, como se ve, lo contrario de un espíritu deductivo, es decir, lo mas apropiado para impedir la formación de un sistema y ha sido, por ello, largamente censurado.”⁷⁷

La tópica y “ars combinatoria”

Explica Viehweg que lo hasta aquí analizado en su obra en relación con la jurisprudencia no puede ser considerado un método, sino es un estilo y que, como tal, tiene mucho de arbitrio amorfo y muy poco de comprobabilidad rigurosa, pudiendo alcanzar, si se la practica un alto grado de perfección. Y agrega “sólo el proyecto de un sistema deductivo puede hacer de este estilo un auténtico método”⁷⁸

Una vez expuesto el desarrollo de la tópica a través de los glosadores, los comentaristas y Giambattista Vicco, Viehweg se adentra en el intento de Leibniz de darle el rigor metodológico de la matemática al método clásico del derecho, heredado del Imperio (el cual en la época de Leibniz aun existía, siendo Sajonia estado elector).

Ello es realizado por Leibniz en su obra juvenil *Dissertatio de arte combinatoria*, donde comenzó el estudio del método jurídico, analizándolo en forma combinatoria y no como método deductivo sistemático. A este acudirá en su obra posterior *Nova Methodus discendae discendaeque jurisprudentiae* de 1667.

⁷⁶ Viehweg, cit., p. 118 y ya citado en p. 5 del presente y nota 14, como el método de Bolonia en Koschaker, P. *Europa y el Derecho Romano*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 109

⁷⁷ Viehweg, T., cit., p.119

⁷⁸ Viehweg, T., cit., p.123/124

A criterio de Viehweg en esta primera obra se evidencia el esfuerzo de Leibniz por concordar el estilo medioeval con el matemático del siglo XVII. Lo que se plantea aquí no es el reemplazo de un método sino la compatibilidad del *ars inveniendi* bajo control aritmético, debiendo ser concebido como *ars combinatoria*. Es decir, intenta matematizar la tópica⁷⁹

Unas, breves líneas sobre el *arte combinatoria*. Esta es la obra de un joven de 19 años, llamado Leibniz y fue preparado para obtener un puesto en la Universidad de Leipzig (donde, además, había nacido). En esa obra, se presentan *“Sólo doce problemas acerca de las Combinaciones, Variaciones y Permutaciones, en cuyo análisis han rastreado ecos de Ramón Llull y de otros predecesores en estos cálculos, pero ninguna fórmula, sólo un triángulo aritmético para calcular las particiones de un conjunto. También calculará combinaciones y variaciones y en ellas se interesará enseguida por la posibilidad de repetición de algunos de los elementos, lo cual por supuesto complica la situación. No obstante, doce problemas pueden resolverse en doce páginas, sobre todo si son de combinatoria, no hacen falta cien. Esa es precisamente la cuestión. En los Usos de la combinatoria se encuentra ya todo Leibniz, sólo le falta el conocimiento de las matemáticas que adquirirá en París y la experiencia que obtendrá a lo largo de su vida en todos los demás ámbitos. La lista de esos “usos” es interminable y en ellos tratará las más heterogéneas materias con un enorme dominio de los diferentes campos y de su propio lenguaje especializado, desde la demostración de la existencia de Dios, a las formas de sentar a nuestros convidados a una mesa redonda en la que hay un lugar destacado, sin olvidar por supuesto el derecho, la poesía y cómo no, la Escritura Universal”*⁸⁰

Sintetizando podemos decir que, en el pensamiento de Leibniz, todos los conceptos no son más que combinaciones de un número relativamente pequeño de conceptos simples, así como las palabras son combinaciones de letras. Todas las verdades pueden expresarse como combinaciones apropiadas de conceptos, que a su vez pueden descomponerse en ideas simples, haciendo que el análisis sea mucho más fácil. Por lo tanto, este alfabeto proporcionaría una lógica de invención, opuesta

⁷⁹ Viehweg, T., cit., p.125

⁸⁰ De Mora Charles, Mary Sol. *Leibniz y los múltiples “usos” de su Arte Combinatoria. Aspectos Matemáticos*, p. 188. Disponible en <http://www.ahepe.es/VIIICongreso/descargas/13-LEIBNIZ>. Consulta 22/07/2018

a la demostración que se conocía hasta ahora. Dado que todas las oraciones se componen de un sujeto y un predicado, uno podría encontrar todos los predicados que son apropiados para un sujeto dado, o encontrar todos los sujetos que son convenientes para un predicado dado.

De hecho, Leibniz sostiene la posibilidad de comparar a la geometría con la jurisprudencia. Y lo hace en los siguientes términos: *“En efecto, la Jurisprudencia, junto con otras cosas, es similar a la Geometría, ya que ambas tienen Elementos, y ambas, casos. Los Elementos son simples, en Geometría, las figuras: triángulo, círculo, etc.; en Jurisprudencia: el acto, la promesa, la enajenación, etc. Los Casos: las complexiones de éstos “elementos”, cuyas variables son infinitas en ambas. Los Elementos de la Geometría fueron compuestos por Euclides, los Elementos del Derecho están contenidos en su propio corpus, sin embargo, en ambas son incorporados los casos más distinguidos. Ahora bien, los términos simples en Derecho, de los cuales surgen los demás al mezclarse, y que son casi lugares comunes y géneros superiores, que establece cómo se recopilan Bernardo Laviñeta, Monje de la Orden de los Menores, en el Com. Arte Magna de Llull, al cual sigue, nosotros lo vemos así: los términos de los cuales surge en Derecho la diversidad de casos son: Personas, Cosas, Actos, Derechos”*⁸¹

Viehweg explica que en Leibniz encontramos la antiquísima idea (ya expresada como tópica en Cicerón en la formación retórica) de la relación del todo con la parte, resaltando la formación académica de su predecesor de Sajonia y no obstante ello, a su entender, la causa de su fallido intento, provocado por la multivocidad del lenguaje espontáneo.

El estado de la cuestión a la luz del derecho actual

Una vez realizado el camino de la tópica en la jurisprudencia, no centrado en su historia sino en su evolución de fundamentos, Viehweg comienza a indagar el estado de la cuestión desde la perspectiva que le es contemporánea.

Entiende que, frente a un estilo de pensamiento, surgen desde la teoría de la ciencia dos posibilidades. Una, que intenta convertir ese estilo en un método deductivo, que si es exitoso se obtiene una disciplina que cumple el ideal lógico de

⁸¹ Citado por De Mora Charles, Mary Sol. *Leibniz y los múltiples “usos” de su Arte Combinatoria. Aspectos Matemáticos*, p. 196. Disponible en <http://www.ahepe.es/VIIICongreso/descargas/13-LEIBNIZ> . Consulta 22/07/2018

una ciencia (donde conceptos y proposiciones conforman un conjunto unitario de definiciones y fundamentos). La otra opción es, a su criterio, conservar el estilo tal como es y haciéndolo objeto de una ciencia.⁸² Entiende el autor que en materia jurídica se puede sostener que estamos plenamente frente a una Ciencia del Derecho, en ambas situaciones.

A contrario del desarrollo antes expuesto, aquí Viehweg centra su estudio en la primera de las dos posibilidades, por cuanto ella es la corriente dominante de concebir al Derecho como ciencia en el primer sentido explicado. Ello exige, claro está, el reemplazo de la tópica por el sistema.

Para ello, debe tomar la labor tópica ya desarrollada, esto es poniendo en un orden lógico los conceptos y proposiciones elaborados por ella, asegurando de ese modo un método deductivo⁸³

En el siglo XVII el sistema deductivo terminó por imponerse en todas las argumentaciones. Pufendorf y Wolff se convirtieron en entusiastas partidarios de un sistema jurídico jerárquico y deductivo⁸⁴

Señala que la sistematización no es especialmente compleja, pero que encierra dificultades su ejecución efectiva y en tal caso, su mayor precisión se alcanza con el denominado método axiomático, *“que consiste en ordenar, de acuerdo con su dependencia lógica, los conceptos y las afirmaciones de un concepto cualquiera (no lógico)”*⁸⁵

Cuando se ha logrado la integridad (en el sentido que todas las reglas del sistema puedan reconducirse a ellas o, viceversa, puedan deducirse de ellas), la compatibilidad (en el sentido que no puedan los axiomas excluirse recíprocamente) y la independencia (considerando que todos los axiomas pertenecen al sistema, pero no pueden deducirse de él) de los axiomas, todas las demás proposiciones pueden ser derivadas por medio de un simple procedimiento lógico, es decir, obteniendo conclusiones correctas a lo largo de una cadena de deducciones⁸⁶. De modo

⁸² Viehweg, T., cit., p.129

⁸³ Viehweg, T., cit., p.130

⁸⁴ Viehweg, Theodor. *Perspectivas históricas de la argumentación jurídica: la época moderna. Tópica y filosofía del Derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997, p. 153

⁸⁵ Viehweg, T., cit., p.131

⁸⁶ Viehweg, T., cit., p.132

semejante se hace con los conceptos, estableciendo un concepto fundamental no definido y definiendo todos los demás a partir de él.

Cuando ello se logra en una rama del derecho (Viehweg toma el derecho civil como ejemplo), y su vez ello se expande a las restantes ramas hasta alcanzar la totalidad del orden jurídico, recién allí se podría hablar de una auténtica fundamentación lógica del derecho y de un sistema jurídico en sentido lógico, aun cuando ello no ha ocurrido efectivamente en ningún sistema.

Pero, aun así, ¿Podremos sostener haber prescindido de la tópica? A su criterio, la respuesta es claramente no, por cuanto la selección de los axiomas es una tarea, desde un punto de vista lógico, arbitraria. Así también la selección de los conceptos fundamentales, siendo en ambos casos una tarea inventiva y, por tanto, tópica.

Examinando el sistema, en el campo de las deducciones, el de las puras transformaciones lógicas, se tiene un éxito aparente en la erradicación de la tópica. Sin embargo, advierte el jurista germano, ello no resulta exactamente cierto, por cuanto en cuando estas operan en el campo del lenguaje espontáneo, entiende que existe un estilo tópico subyacente.

Para evitar esto último, la tópica oculta, habría que introducir un cálculo. *"Los pasos de formalización propuestos acaban por alejar totalmente el sistema de la realidad. La consecuencia es un cálculo que, a primera vista, no se puede saber para qué disciplina es válido, porque trabaja con unos signos que en la realidad no significan nada"*⁸⁷

En el ámbito jurídico la unidad sistemática es algo anticipado; existe de modo parcial y aproximado. El tejido jurídico total, que efectivamente encontramos, no es un sistema en sentido lógico. Es más bien una indefinida pluralidad de sistemas, cuyo alcance es muy diverso, y cuya relación recíproca no es estrictamente comprobable. La probable colisión entre estos sistemas se resuelve por medio de la interpretación, que busca crear concordancias; a través de la cual se infiltra la tópica. La tópica irrumpe en la interpretación, pero también en la aplicación del derecho, cuando el juez debe resolver un caso que no recibe

⁸⁷ Viehweg, T., cit., p.135

solución en el sistema, y no pudiendo recurrir al legislador, debe modificar el sistema a través de una extensión, reducción, comparación, síntesis, etc. En tercer lugar, la tópica irrumpe en relación con el uso del lenguaje espontáneo. El cuarto ámbito de actuación de la tópica se encuentra fuera del sistema jurídico, pero repercutiendo en él: cuando se interpreta el simple estado de cosas, que, en cualquier caso, parece necesitado de un tratamiento jurídico⁸⁸

Ahora bien, señala el jurista alemán, que es necesario oponerse a ella si se pretende darle carácter científico a la técnica jurídica, siendo preciso colocar en una situación dominante el sistema deductivo y a la subsunción, entendida esta como inordinación dentro de un sistema perfecto.⁸⁹

Para realizar tal tarea, *“Sería necesario: una rigurosa axiomatización de todo el derecho, unida a una rigurosa prohibición de interpretación dentro del sistema, lo que se alcanzaría de un modo más completo mediante el cálculo; unos preceptos de interpretación de los hechos orientados rigurosa y exclusivamente hacia el sistema jurídico (o cálculo jurídico); no impedir la admisibilidad de las decisiones non liquet; conseguir una continuada intervención de un legislador, que trabaje con una exactitud sistemática (o calculatoria) para hacer solubles los nuevos casos que surgen como insolubles, sin perturbar la perfección lógica del sistema (o cálculo)”*⁹⁰

En el último capítulo de su obra, el profesor de Mainz expresa la vinculación entre la tópica y la doctrina civilista. Allí manifiesta que es generalmente aceptado que una disciplina jurídica especifique de un modo completo los puntos de vista relevantes de la misma, centrándose en los tópicos elaborados para esa disciplina y prescindiendo de los demás⁹¹. Ello no significa que estos últimos, lo que no han sido tenidos en cuenta en ese momento, no puedan ir ganando en importancia, sea por vía de la legislación, sea por vía de interpretación. Viehweg lo denomina *“una diligente y constante reedificación y ampliación del derecho, que cuida que el andamiaje total de la actividad conserve su fijeza, sin perder flexibilidad,*

⁸⁸ Cfr. Morelli, Mariano. *Pensar el derecho desde el problema. Theodor Viehweg: Tópica y sistema en la Historia del Derecho*. Pág.: 73. Disponible en <http://cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/815/1446> Consulta 16/10/2017

⁸⁹ Viehweg, T., cit., p.144

⁹⁰ Viehweg, T., cit., p.144/145

⁹¹ Viehweg, T., cit., p.149

forma(ndo) el núcleo peculiar del arte del derecho''⁹², dando como ejemplo el tema del interés dentro del derecho positivo introducido por Rudolf von Ihering.

El interés, el conflicto de intereses, no es sino una forma de poner al día la aporía fundamental de la disciplina, esto es, lo que es justo aquí y ahora, cuestión ineludible en la jurisprudencia y problema fundamental de esta rama del saber, y que, como tal domina e informa toda la disciplina jurídica.

Viehweg nos explica que se puede aceptar que toda disciplina especializada toma estado cuando surge una problemática cualquiera, citando en tal sentido a Max Weber que sostenía que las ciencias se producen cuando surgen problemas de un determinado tipo que postulan unos medios específicos de solución. Pero resulta que *"mientras unas disciplinas 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 este caso se presenta, sólo es posible una discusión de problemas, siendo éste el caso de la jurisprudencia."*⁹³

Síntesis

Por ello *"si es cierto que la tópica es la técnica del pensamiento problemático, la jurisprudencia, como técnica que está al servicio de una aporía, debe corresponder con los puntos esenciales de la tópica. Es preciso, por ello, descubrir en la tópica la estructura que conviene a la jurisprudencia. Intentaremos hacerlo estableciendo los tres siguientes presupuestos: 1. La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema. 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. Cualquiera otra es preciso evitarla"*⁹⁴

Por ello, nos explica Sanz Bayón al respecto. *"Finalmente Viehweg discute algunos planteamientos modernos para defender el método problemático, pues en*

⁹² Viehweg, T., cit., p.150

⁹³ Viehweg, T., cit., p.152

⁹⁴ Viehweg, T., cit., p.152/153

su opinión cuando una disciplina no se puede sistematizar -porque no puede encontrarse en ella ningún principio que sea objetivo y seguro- sólo es posible la discusión de problemas. En este contexto se ubican las teorías historicistas y sociológicas como la de Von Hippel o Gustav Hugo, autores que también detectaron la insuficiencia de una argumentación aislante como la proveniente de una sistematización axiomática deductiva. Por tanto, de acuerdo con Viehweg, se impone una conclusión coherente: “Justificado que la jurisprudencia ha de ser concebida como una permanente discusión de problemas y que, por lo tanto, su estructura total ha de ser determinada desde el problema, buscando puntos de vista para su solución, resulta que sus conceptos y sus proposiciones tiene que estar ligados de modo especial con el problema”⁹⁵

En síntesis y a modo de resumen final de la obra, podemos decir que Viehweg caracteriza a la tópica por medio de tres elementos que aparecen estrechamente ligados entre sí. Por una parte, la tópica desde el punto de vista de su objeto, es una técnica del pensamiento problemático; por otra, desde la perspectiva del instrumento con que opera, es que surge la noción de topos o lugar común; y por último, por el tipo de actividad, es una búsqueda y examen de premisas. En este sentido, la nota característica radica en que es un modo de pensamiento en que el acento recae sobre las premisas, más bien que sobre las conclusiones. De esta forma, la tópica se caracteriza por ser un procedimiento de búsqueda de premisas (de tópicos) que nunca termina⁹⁶

⁹⁵ Sanz Bayón, Pablo. *Sobre la tópica jurídica en Viehweg*, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, Nº 16, 2013, p. 94. Disponible en www.rtfed.es. Consulta 11/10/2017

⁹⁶ Cfr. Piña Mondragón, José Joaquín. *La tópica aristotélica en las teorías de argumentación jurídica moderna*. Disponible en <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/26/A7.pdf> Consulta: 16/10/2017

Fuentes y bibliografía

Libros

- Viehweg, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Ed. Thompson-Civitas, Madrid, 2007
- Viehweg, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Gedisa Ed., Barcelona, 1991
- Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces hecho por un abogado*, Ed. Reus, Madrid, 2009
- Domingo, Rafael(dir.). *Principios de Derecho Global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*. Aranzadi. Pamplona, 2006
- Lamas, Félix Adolfo. *Ensayo sobre la experiencia jurídica*. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino. Buenos Aires
- Hervada, Javier. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Eunsa, Pamplona 1992.
- García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la Tópica Jurídica*, Ed. Civitas - Universidad de Oviedo, Madrid, 1988
- Escudero, José Antonio. *Curso de historia del derecho*. Gráficas Solana. Madrid 1985
- Koschaker, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid,1955
- Rodríguez Fernández, Celso y Romo Feito, Fernando. *Elementos de retórica: El sistema de los estudios de nuestro tiempo*, Trotta, Madrid 2005
- Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991
- Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (dir.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Vol. 11. El derecho y la justicia. Capítulo El Positivismo Jurídico, por Ulises Schmill. Ed. Trotta., Madrid, 2000
- Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (dir.), *Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, Vol. 11. El derecho y la justicia. Capítulo Ciencia Jurídica, por Albert Calsamiglia. Ed. Trotta., Madrid, 2000

- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Ed. Gedisa, Barcelona, 2004
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Eudeba. Buenos Aires, 2009
- Radbruch, Gustav. *Arbitrariedad Legal y Derecho supralegal*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962
- Atienza, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005
- Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (dir.), *Enciclopedia iberoamericana de filosofía, Vol. 11. El derecho y la justicia*. Capítulo La argumentación Jurídica de Manuel Atienza. Ed. Trotta., Madrid, 2000

Artículos, comentarios, ensayos

- Herrera, Daniel A. (2005). La argumentación del jurista como *ars iuris*. En J. Portela y F. Puy Muñoz (comp.). La argumentación de los operadores jurídicos (pp. 9-36). Buenos Aires: Educa. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/argumentacion-jurista-como-ars-iuris.pdf>
- Piña Mondragón, José Joaquín. *La tópica aristotélica en las teorías de argumentación jurídica moderna*. Disponible en <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/26/A7.pdf>
- Lalanne, Julio. *Los orígenes históricos de los saberes jurídicos*. En <http://www.viadialectica.com/publicaciones/material.html>
- Soto Villalflor, Raúl. Método hermenéutico en el derecho romano. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (2003-nº 19). Disponible en <https://historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/view/23239>
- De Garay, Jesús. *Transformaciones de la dialéctica y de la retórica en los inicios de la Modernidad*. Disponible en: www.core.ac.uk/download/pdf/51388770.pdf
- Massini Correas, Carlos Ignacio. *Derecho natural y ciencia jurídica*. Rev. Sapientia. 62.221-222 (2007). Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/derecho-natural-ciencia-politica-massini.pdf>
- García Amado, Juan Antonio. *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*. Anuario de Filosofía del Derecho. Boletín Oficial del

Estado. Madrid, 1986. Disponible en http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1986-10015100182

- Morelli, Mariano. *Pensar el derecho desde el problema. Theodor Viehweg: Tópica y sistema en la Historia del Derecho*. Disponible en <http://cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/815/1446>
- Cerpa Estremadoyro, Rafael. *El nacimiento de la lógica moderna: El arte de pensar, de Arnauld y Nicole*. Rev. Desde el Sur Volumen 4, número 1, Lima. Disponible en: <http://revistas.cientifica.edu.pe/index.php/desdeelsur/article/viewFile/65/75>
- Labrador Herraiz, Carmen. *La Ratio Studiorum de 1599. Un Sistema Educativo Singular*. Revista de Educación, núm. 319 (1999), pp. 117-134. Disponible en: <https://www.mecd.gob.es/dctm/revista-de-educacion/articulosre319/re3190607777.pdf?documentId=0901e72b812709b5>
- Sanz Bayón, Pablo. *Sobre la tópica jurídica en Viehweg*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 16, 2013. Disponible en: www.rtdf.es/numero16/02-16.pdf
- Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. *La ciencia del derecho como saber retórico-tópico: el planteamiento de Theodor Viehweg*. 01-01-2000. En Microjuris MJ-DOC-1188-AR
- Corral Genicio, Jerónimo. *Un diálogo entre juristas: la reivindicación de la tópica para la inexcusable búsqueda de lo justo y razonable en derecho*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 5, 2001/2002, p.94. Disponible en <http://www.rtdf.es/n5.html>
- Guzmán Brito, Alejandro. *Mos Italicus y Mos Galligus*. Disponible en <http://rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/17/12>
- Mora Charles, Mary Sol. *Leibniz y los múltiples “usos” de su Arte Combinatoria. Aspectos Matemáticos*, p. 188. Disponible en <http://www.ahepe.es/VII Congreso/descargas/13-LEIBNIZ>
- Piña Mondragón, José Joaquín. *La tópica aristotélica en las teorías de argumentación jurídica moderna*. Disponible en <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/26/A7.pdf>