

PENSAR EL DERECHO DESDE EL PROBLEMA THEODOR VIEHWEG: TÓPICA y SISTEMA EN LA HISTORIA DEL DERECHO

MARIANO G. MORELLI (*)!

"El sistema es por su esencia cerrado, hostil a la espontaneidad, a la inagotable diversificación de lo existente; en suma, a todo lo que no puede ser controlado y puede poner en peligro al mismo sistema. Por este camino el sistema racional se convierte en sistema de autoconservación, capaz de crecer por intususcepción, es decir, por lo que se incorpora y asimila al orden de su propia estructura, más incapaz de abrir ventanas y puertas a lo otro, a lo diverso, a lo no controlado... El realismo es saber ver, saber oír, saber subordinarse, saber renunciar a su sistema"!

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 racionales"

I. Introducción

Desde hace algunos años el tema de la argumentación jurídica ha recuperado el papel en los estudios de derechos que le cupiera hasta que el pensamiento racionalista y el método

(*) Docente de la cátedra de Filosofía del Derecho de la Facultad.

1 KOMAR, Emilio, "Orden y Misterio", ed. Emecé, Bs. As., 1996, pág. 45 Y 148

2 CALAMANDREI, Piera, "Elogio de los jueces hecho por un abogado", Bs. As., 1980, pág. 178

exegético intentaron sepultarlo'. En algunos casos se trata de planteos que intentan reproducir o reflejar cómo de hecho razonan los juristas y los operadores del derecho (teoría descriptiva de la justificación jurídica, que opera en el contexto de descubrimiento). En otros, en cambio, se trata de fijar reglas o pautas que debería seguir el razonamiento jurídico para considerarlo aceptablemente justificado (teoría prescriptiva de la justificación jurídica, que se mueve en el contexto de justificación). Muchas veces, de hecho, ambas perspectivas se combinan en los autores. Recorramos brevemente la historia para poder ubicar el objeto de nuestro trabajo.

Hasta la Edad Moderna, resultaba habitual entender con Aristóteles que no se puede pedir el mismo grado de certeza a todas las disciplinas, que una cosa son las matemáticas y

, Puede verse, además de las obras de Viehweg que citaremos a lo largo de este trabajo, AARNIO, Aulis, "The rational as reasonable", Dordrecht, Reidel, 1987; ABRAHAM, Tomás y otros, "El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos", Buenos Aires, ed. Hachette, 1982, Comentario de CRACOGNA, Dante, en "La Ley", 1983-D, 1171; ALBANESE, Susana, "Principio de razonabilidad", en "La Ley", 1989-E, 1; ALEXY, Robert, "Teoría de la Argumentación Jurídica", Madrid, ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1989; ARISTÓTELES, "Ética a Nicómaco"; ARISTÓTELES, "La Retórica"; ATIENZA, Manuel, "Derecho y Argumentación", Colombia, 1998; ATIENZA, Manuel, "Las razones del derecho", ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; BÁRBARA, Fernando L., "Sana crítica y lógica, algo más", en "La Ley", 1993-A, 737; CARNOTA, Walter F., "El correcto razonamiento judicial (Jurisprudencia Comentada)", en "El Derecho", 154-298; CARRIÓ, Genaro R., "Estado de sitio, habeas corpus y razonabilidad", en El Derecho, 36-392; CUETO RÚA, Julio c., "Lógica y experiencia en el derecho (A propósito de Zepeda v. Zepeda)", en "La Ley", 1991-D, 954; DARAY, Hernán, "El discurso jurídico como fundante de la cultura", en "La Ley", 1989-D, 1331; DARAY, Hernán, "Las ciencias del lenguaje el estructuralismo jurídico y la interpretación de la ley", en "El Derecho", 96-895; DWORKIN, Ronald, "El imperio de la justicia", Barcelona, Gedisa, 1988; GARCÍAAMADO, Juan A., "Teorías de la tópica jurídica", Madrid, Civitas; GOWLAND, Alberto J., El "razonamiento circular y la doctrina de la arbitrariedad. La atribución de tenencia como sentencia definitiva", en "El Derecho", 145-470; GUZMÁN, Carlos y HERNÁNDEZ ROJAS, Gerardo, "Implicancias educativas de seis teorías psicológicas", UNAM, México, 1993; LACLAU y MARTÍN, "Relación entre lógica y derecho en el último período de Kelsen" en "La Ley", 1982-B, 699; LEGAUZ, LACAMBRA, Luis, "Lógica formal y lógica razonable en la lógica jurídica" (Anuario de Filosofía del Derecho. Madrid -España-, tomo XVIII. 1975, p. 1) reseña de J.L.G.c., en "La Ley", 1981-A, 952; LÉRTORA MENDOZA, Celina A., "Lenguaje jurídico y lógica de la decisión. A propósito de la veracidad testimonial", en "El Derecho", 166-829; LERTORA MENDOZA, Cecilia Ana, "La tópica en la lógica jurídica" (Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid -España-. tomo XVIII, 1975, p. 203) reseña de J. L. G. c., en "La Ley", 1980-D, 1493; LEVI, E. H., "Introducción al razonamiento jurídico", Bs. As., Eudeba, 1964; MANCINI, Luis Y MANCINI, Susana, "Los mapas conceptuales", Bs. As., ed. Santillana, 1997; PADILLA Miguel M., "Razonabilidad jurídica y razonabilidad técnica", en "La Ley", 1984-D, 1106; PERELMAN, Chaim y OLBRECHT-TYTECA, Lucie, "Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica", Madrid, ed. Gredas, 1989; PERELMAN, Chaim, "La lógica jurídica y la nueva retórica", Madrid, ed. Civitas, 1988, trad. de Luis Diez-Picazo (tít. orig. Logique Juridique. Nouvelle rhetorique); RABBI-BALDI, Renato, "La ciencia del derecho como saber retórico -tópico", en "El Derecho" 185-1270; ROSETTI, Raúl, "El discurso legal; pautas lingüísticas, en su dimensión pragmática, para redactar una ley", en "El Derecho", 161-1097; RUSSO, Eduardo Angel, "Las reglas de la sana crítica como lógica de la persuasión", en "El Derecho", 72-829; SARAIVIA, José Manuel. "Lógica y realización del derecho". en "El Derecho", 25-896; SMITH, Juan Carlos, "El principio lógico de razón suficiente y la sentencia judicial", en "El Derecho", 72-717; SMITH, Juan Carlos, "Estructura lógica de la relación jurídica", en "El Derecho", 81-913; VARGAS GÓMEZ, Rafael, "Reflexiones sobre el constructivismo lógico de Hans Kelsen", en "El Derecho", 74-793

4 Este parece ser el caso de Theodor Viehweg.

otra los "saberes prácticos". Por la misma razón, resultaban de importancia fundamental en la formación de los universitarios, y especialmente los juristas, el arte de convencer, de buscar los argumentos más razonables y plausibles, la retórica.

"Así, pues, cuando se trata de un asunto de este género [el bien y lo justo] y se parte de tales principios, es preciso saber contentarse con un bosquejo un poco grosero de la verdad; y, además, como se razona sobre hechos generales y ordinarios, sólo deben sacarse consecuencias del orden mismo y también generales. De aquí que deba acogerse con indulgente reserva todo lo que habremos de decir. Un espíritu ilustrado no debe exigir en cada género de objetos más precisión que la que permita la naturaleza misma de la cosa de que se trate"s.

Exigencias de "verdades claras y distintas" (racionalismo) y de una seguridad utópica en el campo jurídico (división absoluta de poderes, teoría de la exégesis) condenaron a la retórica, la argumentación, y su objeto, a la marginación académica y científica, en especial en la Europa continental y sus ex provincias y colonias. La escuela francesa de la exégesis concebía como función del operador jurídico la de mero "aplicador" lógico del tenor literal de la ley (exégesis): "boca inanimada que pronuncia las palabras de la ley" (Montesquieu). Más tarde, la teoría pura del derecho kelseniana seguirá un camino que llevará al mismo resultado: reducir el derecho a lógica deóntica y normativa, en cuanto lo demás no pertenece a la ciencia jurídica y, en muchos casos, a ninguna ciencia.

En este contexto, el problema de la justificación de las decisiones jurídicas no debía merecer mayor consideración. Por un lado, si operar el derecho es simplemente aplicar normas mecánicamente, entonces toda la justificación radicaba en la norma misma. Por otro lado, en la versión de Kelsen, como la interpretación brinda al intérprete un marco dentro del cual puede elegir, discrecionalmente, la solución que estime conveniente, sin que esta elección sea científica ni jurídicamente controlable, entonces la justificación deviene no solo injustificada sino injustificable.

Frente a esta visión, que acercaba el razonamiento jurídico a los postulados de la lógica formal, o lo consideraba jurídicamente incontrolable, aparecieron voces que desde el rescate de nociones antiguas como la de retórica, o de los tópicos, o la idea de razonabilidad práctica, trataron de fundamentar y racionalizar un proceso de justificación de las decisiones jurídicas que satisfaga las exigencias de justicia en la solución de los casos.

¿Cuándo una decisión jurídica, cuándo la solución de un caso concreto debe reputarse aceptable o admisible? 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.

otra los "saberes prácticos". Por la misma razón, resultaban de importancia fundamental en la formación de los universitarios, y especialmente los juristas, el arte de convencer, de buscar los argumentos más razonables y plausibles, la retórica.

"Así, pues, cuando se trata de un asunto de este género [el bien y lo justo] y se parte de tales principios, es preciso saber contentarse con un bosquejo un poco grosero de la verdad; y, además, como se razona sobre hechos generales y ordinarios, sólo deben sacarse consecuencias del orden mismo y también generales. De aquí que deba acogerse con indulgente reserva todo lo que habremos de decir. Un espíritu ilustrado no debe exigir en cada género de objetos más precisión que la que permita la naturaleza misma de la cosa de que se trate".

Exigencias de "verdades claras y distintas" (racionalismo) y de una seguridad utópica en el campo jurídico (división absoluta de poderes, teoría de la exégesis) condenaron a la retórica, la argumentación, y su objeto, a la marginación académica y científica, en especial en la Europa continental y sus ex provincias y colonias. La escuela francesa de la exégesis concebiría como función del operador jurídico la de mero "aplicador" lógico del tenor literal de la ley (exégesis): "boca inanimada que pronuncia las palabras de la ley" (Montesquieu). Más tarde, la teoría pura del derecho kelseniana seguirá un camino que llevará al mismo resultado: reducir el derecho a lógica deóntica y normativa, en cuanto lo demás no pertenece a la ciencia jurídica y, en muchos casos, a ninguna ciencia.

En este contexto, el problema de la justificación de las decisiones jurídicas no debía merecer mayor consideración. Por un lado, si operar el derecho es simplemente aplicar normas mecánicamente, entonces toda la justificación radicaba en la norma misma. Por otro lado, en la versión de Kelsen, como la interpretación brinda al intérprete un marco dentro del cual puede elegir, discrecionalmente, la solución que estime conveniente, sin que esta elección sea científica ni jurídicamente controlable, entonces la justificación deviene no solo injustificada sino injustificable.

Frente a esta visión, que acercaba el razonamiento jurídico a los postulados de la lógica formal, o lo consideraba jurídicamente incontrolable, aparecieron voces que desde el rescate de nociones antiguas como la de retórica, o de los tópicos, o la idea de razonabilidad práctica, trataron de fundamentar y racionalizar un proceso de justificación de las decisiones jurídicas que satisfaga las exigencias de justicia en la solución de los casos.

¿Cuándo una decisión jurídica, cuándo la solución de un caso concreto debe reputarse aceptable o admisible? 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.

No faltó mucho para que se adviertan los límites de una visión semejante. Creemos que esta posición es insuficiente tanto en relación con la premisa normativa, como con la premisa fáctica, como con la relación entre ambas.

En primer lugar, la premisa mayor no siempre aparece "clara". Por un lado, además de la ley, estaban una serie de costumbres, actos individuales, normas de inferior jerarquía, otras leyes y disposiciones, y además, valores e ideas acerca de lo justo y lo injusto, que resultaba imposible dejar de lado. Por otro lado, como lo había graficado Cossio con la imagen de la "esfera" (el sistema jurídico se apoya con todo su peso en el caso), en tal premisa está de algún modo presente el ordenamiento completo con sus elementos sistemáticos. Por último, deja siempre cierto marco de indeterminación propio de la limitación humana y de las limitaciones del lenguaje (piénsese, por ejemplo, en el uso de conceptos generales de difícil delimitación conceptual).

En segundo lugar, la premisa menor tampoco aparece siempre con claridad. Hechos probados, semi probados, posibles, sombras de dudas y de sospecha, distintos niveles de convicción y adhesión convertían el silogismo en algo muy alejado de los preceptos de la lógica formal. Por otro lado, los hechos son muchos, y entre ellos el jurista debe elegir los que va a considerar determinantes, y de algún modo descartar o dejar en segundo lugar los otros.

No tenemos premisas, ciertas y necesarias, sino un conjunto de elementos, con mayor o menor fuerza, que nos llevan a construirlas de determinado modo. Esto resultaba inevitable, y dejarlo a la libre e incontrolable discrecionalidad de los jueces no satisface las exigencias del estado de derecho. Y por eso la necesidad de una teoría de la argumentación.

Por último, también escapa al modelo del "silogismo" el problema que se da en la relación entre las premisas. Estas dos grandes "premisas" (mayor, normativa, y menor, fáctica) no constituyen elementos aislados: los hechos de la "premisa menor" nos permiten descubrir principios y valores que pasarán a constituir parte de la "premisa mayor"; y en la perspectiva inversa, los criterios normativos de la premisa mayor influyen en la selección y valoración de los hechos que vamos a considerar en la premisa menor.

Frente a tales limitaciones, varios son los pensadores que han destacado las nuevas perspectivas sobre el problema, intentando mostrar los límites de los planteos racionalistas-deductivistas cuando se trata de la justificación jurídica de las decisiones. Theodor Viehweg enseñaba que el nuevo vuelco hacia la retórica de los últimos años ha traído nuevos aspectos de análisis: la problemática del lenguaje, las cuestiones de lógica operativa, y las nuevas cuestiones de fundamentación⁶. Considera que la actual teoría retórica del derecho puede ser

⁶ VIEHWEG, Theodor, "Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica" (original alemán: Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin, en Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie, Düsseldorf, 1972) en VIEHWEG, Theodor, "Tópica y filosofía del derecho", Barcelona, ed. Gedisa, 1991, trad. de Ernesto Garzón Valdés, pág. 167

considerada como una complementación de la teoría pura kelseniana del derecho? Veamos, brevemente, en qué consistiría su propuesta.

11. Theodor Viehweg y la Tópica Jurídica

1. Introducción

Theodor Viehweg nació en Leipzig el 30/4/1907 y falleció en Maguncia el 29/7/88. Desde 1962 fue profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Maguncia. En 1949, junto a Rudolf Laun, volvió a fundar el *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* y logró transformarlo en una de las revistas de filosofía del derecho más importantes del mundo⁷.

El núcleo fundamental de su elaboración radica en considerar que el razonamiento jurídico no es ni debe ser sistemático (deducir a partir de sistemas cerrados), sino tópico (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 Alemania"⁸. El mismo autor se ocupa de sintetizar su propuesta del siguiente modo: "Los resultados más importantes del trabajo son los siguientes: La tópica es una técnica del pensamiento problemático, que fue desenvuelta por la retórica y que es el desarrollo de una contextura espiritual, que incluso en sus particularidades se distingue en una forma inequívoca del espíritu deductivo sistemático. La tópica se encuentra en el *ius civile*, en el *mos italicus*, en la doctrina civilista actual y presumiblemente también en otras sedes. Los esfuerzos que en los tiempos modernos han sido hechos para desconectar de ella a la jurisprudencia han tenido éxito sólo en una medida muy escasa"⁹. Levanta la bandera de la distinción entre un modo de pensar más o menos casuístico y otro más o menos sistemático, o uno más práctico y el otro más teórico¹⁰. Si se distingue entre una forma

⁷ VIEHWEG, "La teoría pura del derecho y la teoría retórica del derecho" (original alemán: *Reine und Rhetorische Rechtslehre*, en *Revue Internationale de Philosophie*, Nro. 138, 1981) en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho". Kelsen, dice, nos trae dos concepciones sobre la norma básica. La primera, proporciona tanto el fundamento como el contenido de validez de un contexto normativo. La segunda, sólo el fundamento (ej. un padre ordena a su hijo ir a la escuela, a la pregunta de por qué, porque el padre lo ha ordenado y el hijo debe obedecer las órdenes del padre, y si pregunta porqué, porque Dios ha ordenado obedecer a los padres; si pregunta por qué ha de obedecer a Dios, cuestiona la validez de la norma básica, cuya validez es presupuesta) dando lugar a una teoría del derecho estrictamente formal que no permite deducir contenidos de las normas básicas.

⁸ VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho", pág. 11

⁹ VIEHWEG, "Tópica y Jurisprudencia", Madrid, ed. Taurus, 1986, traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León, Pág. 12, Prólogo de Eduardo García de Enterría

¹⁰ VIEHWEG, "Tópica y Jurisprudencia", pág. 21

¹¹ VIEHWEG, "Tópica y Jurisprudencia", pág. 26

jurídica de hablar y de pensar orientada, ante todo, sintáctica-semánticamente y otra tópicoprágmatca, se percibe que la segunda predomina in praxi, y, a menudo proporciona, in casu, la respectiva decisión. El pensamiento retórico está ligado a la situación, y el no retórico sustraído de la situación¹².

2. Vico y los métodos científicos

Parte Viehweg de una distinción que trae Vico en su *De recentiori et antiqua studiorum ratione conciliata*, donde se refiere a los métodos científicos calificando al antiguo como retórico (tópico) y al nuevo como crítico. El primero es una herencia de la antigüedad transmitida sobre todo por Cicerón; en el segundo, aparecen de influencia cartesiana. Vico caracteriza el nuevo método 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 forma el *sensus communis* (sentido común, *common sense*), que manipula con lo verosímil (*verisimilia*), intercambia puntos de vista de acuerdo con los cánones de la tónica retórica y trabaja principalmente con un tejido de silogismos"¹³.

La ventaja de los nuevos estudios, según Vico, radican en la agudeza y la precisión, siempre que el *primum verum* sea efectivamente un *verum*. Pero sus desventajas parecen predominar, pues produce pérdida de la penetración, marchitamiento de la fantasía y de la retentiva, pobreza del lenguaje y madurez del juicio. en resume, una depravación de lo humano. Esto lo evita, según Vico, el viejo método retórico y especialmente la tónica retórica.

3. La tónica en Aristóteles y Cicerón

Luego de constatar como el método crítico competía con el retórico en tiempos de Vico, rastrea los orígenes de este último, para lo que acude a fuentes aristotélicas y ciceronianas.

Aristóteles se ocupa de distinguir el terreno de lo apodíctico frente al terreno de lo que es solo dialéctico¹⁴. Pretende que el primero sea el campo de la verdad para los filósofos, mientras que el segundo es lo que se expresa en disputas, y lo que debe asignarse, por tanto, a

¹² VIEHWEG, "Acerca de la tónica, especialmente en el ámbito jurídico" (original alemán: *Zur Topik, insbesondere auf juristischem Gebiete*, en D. Breuer (ed.). *Topik*, Munich, 1981) en VIEHWEG, "Tónica y filosofía del derecho", pág. 196

¹³ VIEHWEG, "Tónica y Jurisprudencia", pág. 31

¹⁴ Idem., pág. 38

los retóricos y a los sofistas como campo de lo meramente opinable. La *Topika* pertenece, con los Argumentos sofísticos -partes Sa. y 6a. del *Organon*-, al terreno de lo dialéctico, no de lo apodíctico. La preocupación de Aristóteles (Top. 1, 1, 1) es encontrar un método con arreglo al cual, partiendo de proposiciones opinables, sea posible formar silogismos sobre todos los problemas que se puedan plantear, evitando las contradicciones en el discurso. Distinguirá silogismos dialécticos (parte de simples opiniones y llega a conclusiones dialécticas) y silogismos apodícticos (parte de proposiciones verdaderas y llega a conclusiones verdaderas). Los primeros pertenecen al arte de la disputa (tópica), primer escalón de la filosofía, los segundos a la filosofía. La diferencia está colocada fundamentalmente en la índole de las premisas.

Las conclusiones dialécticas son proposiciones que parecen verdaderas a todos o a la mayor parte o a los sabios y, de éstos, también a todos o a la mayor parte o a los más conocidos y famosos. La tópica tiene por objeto conclusiones que derivan de proposiciones que parecen verdaderas con arreglo a una opinión acreditada.

En la dialéctica se dispone también de la inducción y del silogismo como modos de fundamentación, pero hay también cuatro procedimientos instrumentales (*organa*) muy importantes, que ayudan a encontrar conclusiones adecuadas: a) el descubrimiento y la captura de las premisas o proposiciones iniciales; b) la diferencia de la plurivocidad existente en las expresiones lingüísticas o distinción de las diversas denominaciones de las cosas y la diferenciación de las distintas categorías; c) el descubrimiento de las diferencias de géneros y de tipos; d) el descubrimiento de analogías o semejanzas en los diferentes géneros¹⁵.

En este marco aparecen los "topoi" o lugares que se refieren al tipo de objeto (ej. de lo más y lo menos). También "principios propios", referidos a un género y especie particulares (ej. principios del derecho). Para Aristóteles, entonces, *topoi* son "puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean a favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad"¹⁶. Así, "Cuando se quiere hacer una pregunta lo primero que se tiene que descubrir es el tópico que debe emplearse para obtener la conclusión dialéctica; en segundo lugar, se deben plantear en sí mismas las preguntas concretas, llevándolas con un determinado orden; y, por último, dirigirlas adecuadamente al interlocutor" (*Topika*, Libro VII, 1,2).

La Tópica de Cicerón, escrita en el 44 A.e. tuvo una influencia histórica mayor a la de Aristóteles. Cicerón la escribió para un amigo jurista que había leído la de Aristóteles, sin poder comprenderla totalmente, y le pidió que escribiera para él, el jurista, una obra más comprensible. Cicerón abandona la distinción de Aristóteles entre lo apodíctico y lo dialéctico; pero distingue, heredando al estoicismo, entre la invención y la formación del juicio. Aristóteles había cultivado las dos, pero los estoicos fundamentalmente la segunda

¹⁵ Idem., pág. 41

¹⁶ Idem., pág. 41

(lógica, que llamaban "dialéctica"). Cicerón se propone desarrollar la segunda, pero se dirige hacia la primera, por su precedencia, y dice: "si queremos profundizar en una materia cualquiera, tenemos que conocer sus tópicos; pues así llama Aristóteles a los lugares, diría yo, de donde se extrae el material para la demostración" (Topica 2, 6).

Ofrece Cicerón, luego, un catálogo o repertorio de tópicos con vistas a su aprovechamiento práctico (argumentos estrechamente ligados con el asunto -referidos al todo: definición, división, etimología o a determinados aspectos: conexiones lingüísticas, género, especie, semejanza, diferencia, contraposición, circunstancias, causa, efecto, comparación -; y argumentos procedentes de fuera -ej. autoridad)

"Aristóteles, como hemos visto, proyectó en su Topika una teoría de la dialéctica, entendida como arte retórica, para lo cual ofreció un catálogo de tópicos estructurado en forma flexible y apto para prestar a la práctica considerables servicios. Esto interesó a Cicerón, que entendió la tópica como una práctica de la argumentación, que maneja el catálogo de tópicos que con este fin esquematizó. Mientras que Aristóteles trata, en primer lugar, aunque no de modo exclusivo, de formar una teoría, Cicerón trata de aplicar un determinado catálogo de tópicos. A aquél le interesan fundamentalmente las causas; a éste, en cambio, los resultados"¹⁷. El camino de Cicerón es el que fue más seguido.

De este modo la retórica se ganó un lugar importante en la cultura de la época. Al final de la Edad Antigua se consideraban artes liberales a la gramática, retórica, dialéctica (lógica), aritmética, geometría, música y astronomía. La tópica integró las tres primeras artes, el trivium.

4. Análisis de la Tópica

Como lo sintetizó el autor, "el punto más importante en el examen de la tópica lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema", y la organización que propone es una organización según zonas de problemas!¹⁸.

Contrapone Viehweg el pensamiento problemático y el pensamiento sistemático. El primero permite profundizar y actúa como guía del pensamiento jurídico. "Si colocamos el acento en el sistema, el cuadro que resulta es el siguiente: en el caso extremo de que sólo existiera un sistema (A), a través de él, podrían agruparse todos los problemas en solubles e insolubles, y estos últimos podrían ser desechados, como simples problemas aparentes, puesto que una prueba en contrario solo sería posible desde otro sistema distinto (B) (...) Con otras palabras: el establecimiento de un sistema opera una selección de problemas. Acontece lo contrario si el acento lo colocamos en el problema; éste busca, por decirlo así,

¹⁷ Idem., pág. 48

¹⁸ Idem., pág. 58

un sistema que sirva de ayuda para encontrar la solución. Si existiera un único sistema A, que declarara insoluble nuestro problema, como simple problema aparente, sería necesario otro sistema para encontrar la solución (...) Con otras palabras: el planteamiento de un problema opera una selección de sistemas, y conduce usualmente a una pluralidad de sistemas cuya conciliabilidad dentro de un sistema omnicompreensivo no se demuestra"¹⁹.

Se vale de palabras de N. Hartmann para distinguir todavía más estas dos maneras de aproximarse al fenómeno jurídico: "El modo de pensar sistemático procede desde el todo. La concepción es en él lo principal y permanece siempre como lo dominante. No hay que buscar un punto de vista. El punto de vista está desde el principio adoptado, y desde él se seleccionan los problemas. El contenido del problema, que no se concilia con el punto de vista, se rechaza y se considera como una cuestión falsamente planteada. Hay que decidir con carácter previo algo que se refiera no a la solución del problema, sino a los límites dentro de los cuales esta solución debe moverse"²⁰.

Volvamos al tema de los "tópicos". Trae Viehweg un estudio breve de esos "tópicos". No solo hay tópicos universalmente aplicables sino también otros que son aplicables sólo a una determinada rama del saber. Los puntos de vista probados y frecuentes de estos campos especiales son también tópicos que están al servicio de una discusión de problemas.

De todos modos, los catálogos de tópicos satisfacen "tan poco nuestro espíritu sistemático que nos sentimos impelidos a hacer urgentemente el trabajo deductivo-sistemático. Sentimos el deseo de empezar a establecer, por una parte, una serie de conceptos fundamentales, con el fin de obtener definiciones en cadena, y, por otra parte, a fijar proposiciones centrales, con el fin de hacer deducciones en cadena o algo parecido a lo que hemos aprendido en el marco de una investigación de principios. Con ello, sin embargo, alteramos la peculiar función de los tópicos. Los desligamos progresivamente de su orientación hacia el problema cuando sacamos conclusiones extensas y absolutamente correctas. Y, finalmente, notamos que estas conclusiones se encuentran muy lejos ya de la situación inicial y son, a pesar de su corrección formada, inadecuadas, por lo cual tenemos que acabar por afirmar que entre el sistema que habíamos proyectado y el mundo del problema, que a pesar de todo no ha perdido nada de su problematicidad, se ha abierto una notable fisura"²¹. Por otro lado, ya la frecuente utilización de conclusiones analógicas suele indicar que falta un sistema lógico perfecto.

Cicerón distinguió el ars inveniendi, como arte de encontrar las premisas, del ars iudicandi, o lógica demostrativa, que recibe esas premisas y trabaja con ellas. Si se cuenta con un número reducido y constante de premisas se pueden hacer largas conclusiones en cadena; mientras que un modo de pensar para el cual la búsqueda de premisas no terminara nunca

¹⁹ Idem., pág. 58

²⁰ Idem., pág. 56

²¹ Idem., pág. 59

tendría que contentarse con conclusiones cortas. Vico censuraba el derroche de silogismos que se produce en la tópica.

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. 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. "En el marco de lo opinable se puede aspirar también a una efectiva inteligencia y no a una simple y arbitraria opinión, lo que no tendría sentido y justificaría que la empresa no se tomara en serio. Se trata de un procedimiento indirecto de conocer muy característico, en el que realmente todo depende en gran medida de con quién se practique"²².

Cosa distinta de legitimar o de probar una premisa es demostrarla o fundamentarla. Esta última es una operación puramente lógica que reclama un sistema deductivo.

Pasa luego Viehweg a analizar el devenir de la tópica a lo largo de la historia, por el derecho romano justiniano, la escuela de los glosadores y postglosadores, la exégesis, la escuela histórica y los autores contemporáneos. Lo sintetizaremos en los párrafos que siguen.

5. La tópica y el *ius civile*

Comienza el autor con sus análisis sobre la perspectiva tópica en la elaboración del derecho romano helénico, el "*ius civile*".

"Para un espíritu sistemático el *ius civile* constituye, como es sabido, una desilusión bastante grande. Apenas es posible encontrar en él series de deducciones de largo alcance"²³. Toma como ejemplo el Digesto de Juliano (Dig. 41, 3, 33): se estudia allí el problema de la usucapición, al que Juliano realiza algunas aportaciones. "La introducción versa acerca de la adquisición por usucapición del parto de una esclava robada. No sólo el comprador de buena fe -dice el texto- sino todos aquéllos que posean en virtud de una causa a la que suele seguir la usucapición, hacen suyo el parto de una esclava romana" y analiza luego el tema con un nexo no sistemático sino puramente problemático, pasando por una serie de soluciones a un complejo de problemas, buscando y fijando puntos de vista.

El mismo estilo jurídico de los autores mencionados se encuentra en casi todos los juristas romanos. Hay muy pocas excepciones, como Quintus Mucius y Gaio, que fueron los modelos de las Instituciones, y que se esforzaron efectivamente en esbozar un sistema y, por ello, están expuestos con criterio sistemático, aunque es sabido lo poco que pudieron

²² Idem., pág. 64

²³ Idem., pág. 73

ajustarse a él. Además, puede decirse que un propósito sistemático puro estaba muy lejos de ellos y su interés era primordialmente didáctico. "El jurista romano plantea un problema y trata de encontrar argumentos. Se ve, por ello, precisado a desarrollar una técnica adecuada. Presupone irreflexivamente un nexo que no intenta demostrar, pero dentro del cual se mueve. Es la postura fundamental de la tópica"²⁴

De todos modos, formula una distinción importante: "Tomar casos decididos en toda su extensión y utilizarlos como exemplum (¡tópico de la tópica retórica!), es decir, reasoning from case to case, por ejemplo, es algo distinto de abstraer el caso al modo romano y ampliarlo de tal manera que se pueda obtener una regla general. Es posible pensar en otras matizaciones distintas (...) Aquí nos importa solo constatar sustancialmente que en la base de una casuística semejante existe un pensamiento problemático"²⁵.

Considera un error contraponer a Cicerón, "sistemático", con los juristas asistemáticos. Cicerón criticó el antiguo estilo jurídico (De legibus, 1, 4; 2, 19; De oratore, 1, 42; 2, 33) pero por no ajustarse a las reglas del arte de la dialéctica o disputa; y se ubica en el mismo terreno que éstos.

"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... Aquéllo 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 sistemático"²⁶

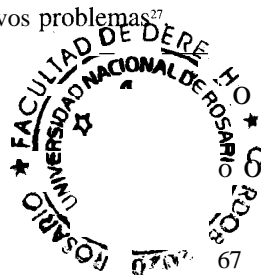
Este modo problemático de acercarse a los problemas se refleja en el escaso número de leyes dictadas en la Roma clásica y en la producción anual del pretor: "En el *ius civile*, sin embargo, se ve con claridad especial cómo las fijaciones se evitan en la medida de lo posible. Buenos ejemplos de ello 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 (0) 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 problemas²⁷

²⁴ Idem., pág. 78

²⁵ Idem., pág. 77

²⁶ Idem., pág. 81

²⁷ Idem., pág. 82



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

De estas consideraciones concluye Viehweg, además, que el método de trabajo de los juristas romanos estuvo más influido por los jóvenes peripatéticos y académicos y facilitado por la retórica, que por la lógica estoica.

6. La Tópica y el Mos Italicus

Analiza también Viehweg la suerte de la tónica en la obra de los glosadores y postglosadores: el "mas italicus".

El mas italicus tuvo su más famoso representante, junto a la glossa ordinaria (1227) de Accursio, en Bartola de Sassoferrato. El "mas italicus había recibido la evolución precedente, se caracteriza por un esquema de pensamiento tónico, conservó largamente el estilo jurídico llamado magistraliter y constituye en cierto modo el cierre de toda esta evolución. La dirección moderna, que tematizó después el sistema jurídico, tomó partido contra él y pretendió proceder methodice, como entonces se decía"²⁸.

Su formación cultural y educación familiarizaba a los glosadores y postglosadores con la tónica. "La vinculación genética entre jurisprudencia y retórica en la Edad Media es mucho menos dudosa que en la Antigüedad. Los eruditos medievales de derecho, conforme a los planes de estudios entonces vigentes, antes de poder acometer sus estudios especiales, tenían que haber estudiado las septem artes liberales"²⁹. "La estrecha vinculación existente entre retórica (tónica) y jurisprudencia, que de ello resulta y que queda en lo sustancial justificada, se ha ido perdiendo para la conciencia histórica de los juristas modernos (...) Se ha apuntado con razón que Quintiliano exigía al orador conocimientos de derecho; que para Cassiodoro la relación entre los estudios gramáticos, retóricos y jurídicos era evidente; y que Isidoro de Sevilla calificaba a la retórica como scientia iuris peritorum"³⁰.

Incluso por su carácter tónico, asistemático, fue criticado el mas italicus en la racionalista Edad Moderna. "La falta de sistemática del procedimiento, que es una de las características más importantes de la estructura tónica, fue también uno de los principales reproches que se hicieron al mas italicus desde el siglo XVI en adelante. Las pruebas son muy abundantes. Por parte de los humanistas se hacían reproches a Cicerón, quien, según se dice, en un escrito perdido De iure civili in artem redigendo, había no solo exigido sino, proyectado incluso, un sistema jurídico. Semejante finalidad, sin embargo, no se alcanzó siquiera con Justiniano. El

²⁸ Idem., pág. 94

²⁹ Idem., pág. 96

³⁰ Idem., pág. 97

llamado *ars iuris* -expresión que según nos informa el *Thesaurus linguae latinae* (München) era desconocida en la antigüedad- se convirtió en una palabra utilizada para designar la sistematización frente al insistemático *mos italicus*"³¹.

Algunos autores, en cambio, reconocen al *mos italicus* un impulso sistemático, advertido en las distinciones y divisiones y en las miradas de conjunto insertas delante de cada título. Pero aquí enfrentamos un problema: no se suele indicar exactamente donde está la línea que separa al sistema del no-sistema. Los críticos contemporáneos son más precisos: un sistema lógico debe llevar a una completa deducción, y en Bartolo no hay nada semejante; aunque hay ejemplos medievales de una deducción rigurosa, como Anselmo de Canterbury, que demuestra con un único gran silogismo *cur Deus homo*. Tampoco se puede presentar a la ciencia sistemática del derecho como una creación de la escolástica, pretendiendo llevar a la jurisprudencia el método desarrollado por la teología.

"De la jurisprudencia medieval puede decirse, lo mismo que del *ius civile*, que se orientaba hacia el problema y que tenía, por tanto, que desarrollar una técnica adecuada para ello"³². Como le daba mucha importancia a los textos, el uso de la tópica se ve en sus dos principales problemas: resolver los casos cuando los textos se contradicen, y establecer una adecuada correlación de situaciones. "En el caso de falta de acuerdo entre los textos, las cosas ocurren así. Las contradicciones dan lugar a dudas y a una discusión científica que exigen una solución. 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"³³ [Ej. Platón para llegar a la pesca con anzuelo, parte de la *tecné*, que puede ser para producción o adquisición, el segundo, por medio del cambio o del botín, el segundo en la lucha y en la caza, etc. hasta llegar a la pesca con anzuelo. Desde el punto de vista lógico estas distinciones son arbitrarias, se pueden configurar de diversas maneras, son el resultado de una invención limitada por la aceptación del interlocutor).

"Si la tópica posee una importancia estructural tan grande para el pensamiento medieval, parece consecuente darle una forma practicable. La usualmente llamada forma escolástica lleva con fines escolares el estilo de la reflexión de búsqueda de premisas a una fórmula, es decir, ofrece un esquema tópico"³⁴. Viehweg ve reflejado esto en el esquema del artículo de la *Suma Teológica* (*utrum*-fijación del problema, *videtur quos*-puntos de vista próximos, *sed contra*-puntos de vista contrarios, *respondeo dicendum*-solución). Casi idéntico es el esquema de Bartolo en sus *Consilia* (*quaeritur an*-fijación del problema, *et videtur quod*-

³¹ *Idem.*, pág. 98

³² *Idem.*, pág. 100

³³ *Idem.*, pág. 100

³⁴ *Idem.*, pág. 104

puntos de vista próximos, in contrarium facit-puntos de vista contrarios, ad solutionem quaestionis-solución). En Bartolo vemos también que el estilo es cualquier cosa menos impersonal: predomina el uso de la primera persona no sólo en las preguntas, sino también en las contestaciones y en las afirmaciones.

Además del pensamiento, se ajustaba al estilo tópico la empresa de la lección jurídica (lectiones, lecturae): 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 4 causas), 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 vista.

El interés moderno se inclinará en cambio hacia el poner un peso especial en las antes citadas generalizaciones. En cambio, vistos desde el problema, las generalia (introducciones que estaban en las obras) solo tienen función de tópicos en el sentido debatido: son medios auxiliares que los experimentados juristas y profesores medievales tratan con una extraña despreocupación.

7. Tópica y ars combinatoria:

Aborda Viehweg el recorrido por la tónica en la obra de un gran filósofo y jurista moderno: Leibniz. Con ocasión de él, se preocupa del problema de fijar un método para una jurisprudencia que quiera ser tónica, desde los problemas.

"La tónica ha prestado, como hemos visto, grandes servicios a la jurisprudencia, pero, como hemos visto también, hace que la jurisprudencia no pueda convertirse en un método, pues sólo puede llamarse método a un procedimiento que sea comparable por medio de una lógica rigurosa y cree un unívoco nexo de fundamentos, es decir, un sistema deductivo. La jurisprudencia, que hasta aquí hemos descrito, no es un método, sino un estilo, que tiene, como cualquier otro estilo, mucho de arbitrio amorfo y muy poco de comprobabilidad rigurosa. Con alguna aptitud, se puede imitar y practicar. Puede incluso alcanzar, como actitud espiritual que se ejercita, un alto grado de perfección. Pero sólo el proyecto de un sistema deductivo puede hacer de este estilo un auténtico método"¹⁵.

¹⁵ Idem., pág. 115

El joven Leibniz trató de dar un método a la jurisprudencia, no deductivo-sistemático, sino en forma combinatoria, bajo control aritmético, intentando matematizar la tópica con un proyecto de casuística jurídica general. La idea la toma de Raimundio Lulio, que trabajaba con círculos concéntricos. Leibniz naufragó ante la multivocidad del lenguaje espontáneo, que hubo de conducir más tarde a la creación de un lenguaje de precisión y más tarde a poner el acento en la axiomática.

8. La tópica y la axiomática

Con el fin de cientifizar la disciplina jurídica se ha pretendido sustituir la tópica por el sistema. Llama la atención que esto solo se pueda lograr conservando los resultados ya obtenidos por la tópica (sistematizando el catálogo de tópicos jurídicos). "Cuando se encuentra en un determinado territorio un estilo de pensamiento, surgen desde el punto de vista de una teoría de la ciencia dos posibilidades. Se puede intentar convertir este estilo en un método deductivo, en el sentido que antes hemos indicado. En caso de éxito, se obtiene una disciplina que cumple el ideal lógico de una ciencia, porque sus conceptos y sus proposiciones forman un conjunto unitario de definiciones y fundamentos. Se puede también prescindir de este intento, conservando el estilo encontrado sustancialmente tal como es y haciéndolo así objeto de una ciencia. La razón para obrar de este modo puede ser que el método, que habría de eliminarlo no se encuentra en condiciones de colocarse en el terreno en cuestión. Aplicado a las disciplinas jurídicas, significa que, en el primer caso, se intenta cientifizar la técnica jurídica y, en el segundo, hacerla tal como es objeto de una ciencia. En ambos casos, por más que sean diferentes, se puede hablar plenamente de una Ciencia del Derecho"³⁶

En el siglo XVII el sistema deductivo terminó por imponerse en todas las argumentaciones. Pufendorf y Wolff (de muchísima influencia dado que colaboró en la redacción de la *Enciclopedia*) se convirtieron en entusiastas partidarios de un sistema jurídico jerárquico, deductivo³⁷. En el sistema deductivo argumentar o fundamentar "significa después de un número finito de pasos, llegar a un fin, es decir, a los conceptos fundamentales que son sostenidos como ya no necesitados de fundamentación (por ejemplo, como evidentes)". Constata Viehweg la tensión presente entre la lógica matemática y la jurisprudencia³⁹.

³⁶ Idem., pág. 120

³⁷ VIEHWEG, "Perspectivas históricas de la argumentación jurídica: la época moderna" (original alemán: Historische Perspektiven der juristischen Argumentation: II. Neuzeit in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft Neue Folge Nro. 7.1972) en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho", pág. 153

³⁸ VIEHWEG, "Perspectivas históricas de la argumentación jurídica: la época moderna", pág. 154

³⁹ VIEHWEG, "La filosofía del derecho como investigación básica" (conferencia pronunciada el 3/3/61 en la Universidad de Francfort, con motivo de la fundación de la sección alemana de la IVR) (original alemán: Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, vol. XLVII, 1961) en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho", pág. 39

Si bien la sistematización no es una tarea demasiado difícil, en línea de principio; su ejecución efectiva puede provocar dificultades. Su expresión más precisa se obtiene conforme al método axiomático: ordenar, de acuerdo con su dependencia lógica, los conceptos y afirmaciones de un territorio cualquiera. Para que sean verdaderos axiomas o principios, es necesario que todas las demás reglas puedan reconducirse a ellas, y de ellas deducirse las demás (integridad del axioma); los axiomas no deben excluirse recíprocamente (compatibilidad); y tiene que ser imposible que algunos axiomas se deduzcan de los otros, pues si no serían superfluos (independencia). Cuando se han logrado estas 3 características todas las demás proposiciones pueden derivarse por medio de un simple procedimiento lógico, a través de una cadena de deducciones. De modo semejante se hace con los conceptos, estableciendo un concepto fundamental no definido y definiendo todos los demás a partir de él.

Si se pudiese hacer esto con todos los sistemas jurídicos, habríamos logrado una fundamentación lógica del derecho. Pero su construcción no se ha realizado nunca, aunque su existencia se presupone usualmente en nuestro pensamiento jurídico. "Supuesto que se diera un sistema jurídico semejante, todavía se nos plantearía el problema de saber hasta qué punto se habría conseguido con ello eliminar la tópica". No se puede eliminar de la selección de los axiomas; ni de los conceptos fundamentales. Ni tampoco evitar infiltraciones, porque en el lenguaje espontáneo opera una tópica oculta. Para evitar esto último 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"⁴⁰.

Para el formalismo puro este cambio es válido pero complicado, en lugar de desarrollar progresivamente la formalización de un territorio real, proyecta, como las matemáticas, una serie de cálculos formales, que son luego aplicables a este o aquel campo, dotándoles de un precepto de significación. Este camino "demuestra que hay que hacer unos esfuerzos extraordinarios y llenos de espíritu para eliminar del sistema todo influjo de la tópica, especialmente cuando no se reconoce que en el sistema deductivo el lenguaje espontáneo ofrezca garantías suficientes contra los influjos de la tópica"⁴¹.

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 soluciona 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 solución

⁴⁰ VIEHWEG, "Tópica y Jurisprudencia", pág. 124

⁴¹ Idem., pág. 127

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 jurídico (es preciso someter los hechos a determinada comprensión para hacerlo manejable jurídicamente). "Dondequiera que se mire, se encuentra la tópica, y la categoría del sistema deductivo aparece, al final, como algo inadecuado, casi como un impedimento para la vista"⁴².

Sin embargo, es necesario oponerse a la tópica si se pretende cientificar la técnica jurídica. "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)"⁴³.

En cambio, "frente al tipo de Ciencia del Derecho que acabamos de examinar, se puede colocar la que más arriba mencionábamos en segundo lugar, que no trata de modificar en su esencial la técnica jurídica, sino que la concibe como una forma de aparición de la incesante búsqueda de lo justo, de la que emana el Derecho positivo, y que se continúa de la mano del Derecho positivo"⁴⁴

9. La tópica y la doctrina civilista.

Por último, analiza Viehweg el problema de la tópica en las elaboraciones iuscivilistas más recientes.

Por lo general, dice, se acepta que una disciplina jurídica especifica sus puntos de vista relevantes de un modo casi completo, admite una cantidad de tópicos y deja en segundo lugar otros, que con el curso de situaciones pueden ir ganando importancia. Por ej., Ihering indicó que el Derecho Positivo no puede entenderse sin la categoría de interés, surgiendo un tópico que ha ido ganando importancia continuamente.

Se puede aceptar que toda disciplina especializada toma estado cuando surge una problemática cualquiera. Max Weber sostenía, por ejemplo, que las ciencias se producen

⁴² Idem., pág. 132

⁴³ Idem., pág. 132

⁴⁴ Idem., pág. 135

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"⁴⁵.

Por eso, "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"⁴⁶.

Así recorre Viehweg los planteos de Fritz von Hippel, en los que el autor se instala en la posición del legislador y comienza constatando que, dónde, cuándo y cómo sea, todo ordenamiento jurídico tiene que hacerse con pretensión de ser justo; de Gustav Hugo y Walter Burckhardt, quiénes ven al derecho privado como una elección histórica de un ordenamiento que se adecúe a las exigencias de la justicia; y nuevamente de Hippel, al considerar al derecho privado como una serie de respuestas históricas a determinadas preguntas permanentes sobre un determinado conjunto de problemas. En este marco, el orden a que se aspira no se busca en el Derecho Positivo, que consiste en un tejido de cuestiones, de problemas, que se conecta con la cuestión de la justicia como cuestión fundamental. De todos modos, reconoce que la oposición al deductivismo sistemático contaba ya con diversas voces. Montesquieu fue quien primero fundamentó la posición opuesta: para la comprensión del derecho hay que tener en cuenta las especiales condiciones estamentales y sociales en las cuales surge y se modifica siempre el derecho, toda argumentación jurídica debía realizarse en un contexto histórico y social más grande. Los marxistas también notaron la insuficiencia de la argumentación jurídica aislante, y también otros (ej. jurisprudencia histórica y jurisprudencia sociológica). La concepción histórica se presentó, desde la perspectiva política, como la adversaria conservadora de la Revolución de 1789⁴⁷.

⁴⁵ Idem., pág. 141

⁴⁶ Idem., pág. 141

⁴⁷ VIEHWEG, "Perspectivas históricas de la argumentación jurídica: la época moderna", pág. 154

Luego 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 tienen que estar ligados de modo especial con el problema".⁹

En este camino, si una deducción produce unos resultados que no son satisfactorios como respuesta a la cuestión central, es preciso interrumpirla por medio de una invención. Todos los conceptos que se forman tienen la función de servir de medios auxiliares a una discusión de problemas, del modo indicado. En este marco cobran valor los principios: "estos principios, que reiteradamente se citan y que en su aplicación aparecen unas veces demasiado amplios y otras en cambio, demasiado estrechos, solo proporcionan unos resultados efectivamente aceptables, cuando se les liga con la idea de la justicia, y, en este sentido, se les disecciona primero y se les recompone después (...) Tomados de un modo absoluto, estos principios son inaplicables, viven más bien, como diríamos nosotros, en relación con el problema respectivo y con el respectivo modo de entender la justicia, y tienen, por ello, que ser diferenciados continuamente".¹⁰

Ilustra esta problemática con el moderno derecho de daños, considerando que no es posible extraer del Derecho de daños positivo vigente un único principio omnicompreensivo. Más bien son varios: el principio de la culpa, el de la causalidad, el del riesgo y el de la equidad. El problema se da cuando algunos de estos principios aspira al monopolio, a convertirse en absoluto, cosa necesaria si se pretende una jurisprudencia sistematizable, que debe tener un principio en su cúspide.

Por otro lado, la perspectiva tópica es la que de hecho se utiliza en la vida jurídica: "Todo parece hablar en favor de esta vía [sistematización lógica], salvo, cabalmente, la experiencia del trabajo cotidiano de los juristas ⁰⁰. Una trama de conceptos y de proposiciones que impida la postura aporética no es utilizable. Esto ha de valer especialmente para un sistema deductivo. A causa de lo inabarcable de su problemática, una jurisprudencia así concebida tiene un interés mucho mayor en una variedad asistemática de puntos de vista"⁵⁰.

⁸ VIEHWEG, "Tópica y Jurisprudencia", pág. 146

⁹ Idem., pág. 151

⁵⁰ Idem., pág. 155

III. Viehweg, el sistema y la deducción: planteos matizadores

Conviene destacar que la oposición de Viehweg al "sistema" y a la deducción se matiza bastante en otros de sus trabajos, posteriores al que hemos citado, reconociendo en ellos la posibilidad de admitir cierta estructura sistemática en la jurisprudencia (llega a hablar de sistemas "tópicos"), y advirtiendo sobre la utilidad que puede tener la dogmática.

Así, en *Problemas sistémicos en la dogmática jurídica y en la investigación jurídicas*⁵¹ distingue más bien entre sistemas con función dogmática y sistemas con función cetética, y considera que cumplen funciones importantes incluso los primeros. También matiza la distinción entre el sistema continental y el common law, indicando que en tesis, los ordenamientos jurídicos de la familia romano-germánica constituyen un sistema cerrado; mientras que el sistema jurídico inglés es un sistema abierto, pero no un cuerpo asistemático⁵².

Comienza distinguiendo las estructuras de la investigación o la cetética (integrada por la investigación jurídica y la filosofía jurídica), y por otro lado las de la dogmática. El pensamiento dogmático se refiere a la opinión y formación de opinión; el cetético a la investigación, a la disolución a través de la duda de las meras opiniones en un ámbito disciplinario delimitado, o filosóficamente, es decir, abarcando varios ámbitos disciplinarios. Se puede hablar de sistemas con función dogmática y sistemas con función cetética. Y nos advierte que si se quieren guiar acciones y esquemas de acciones con una fundamentación racional, hay que presuponer un sistema que contenga afirmaciones dogmatizadas (sustraídas a cuestionamientos), porque tiene por función la formación de opinión del pensamiento cotidiano⁵³. No en vano hay dogmática en derecho y en teología: "una opinión considerada como vinculante (dogma) es desarrollada y diferenciada a través de variados esfuerzo intelectuales (dogmática)"⁵⁴.

El pensamiento deductivo solo tiene importancia parcial en el ámbito de la investigación jurídica, en cambio tiene mejor perspectiva en la dogmática jurídica, porque los principios establecidos dogmáticamente para la derivación pueden ser establecidos de una vez para siempre; aunque podría ser mantenido solo si se aceptara ilimitadamente que se rechacen algunas decisiones como insolubles en este sistema.

En la misma obra, señala que el sistema dialéctico moderno hegeliano ha influido en el derecho del siglo XIX y XX, basado en dogma básico de convicción histórico-filosófica.

⁵¹ VIEHWEG. "Problemas sistémicos en la dogmática jurídica y en la investigación jurídica" (original alemán: Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung, en A. Diemer (ed.), *System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation*, Meinsheim am Glan, 1968) en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho", pág. 72.

⁵² Idem. Menciona también los sistemas cibernéticos, con autorregulación.

⁵³ Idem., pág. 81

⁵⁴ VIEHWEG, "La filosofía del derecho como investigación básica", pág. 35

Si no se desea esto, el interés vuelve sobre el sistema dialéctico clásico o sistema tópico, que procede de la retórica; que está orientado y ordenado hacia los problemas, y brinda una recopilación de puntos de vista (topoi); con características de un sistema abierto⁵⁵ (nótese especialmente esta última expresión).

Vuelve sobre estas ideas en *Ideología y dogmática jurídica*⁵⁶, atribuyendo a la dogmática jurídica el pensamiento dogmático; y a la filosofía e historia del derecho el pensamiento cetético. El pensamiento dogmático es un pensamiento de opinión, que se atiene a una opinión establecida (dogmas), puestos fuera de toda duda. En el campo jurídico se realiza con la finalidad de realizar comportamientos lo más libre posible de perturbaciones. Exige un núcleo conceptual estable, indiscutible (dogma o dogmas fundamentales) y una suficiente flexibilidad de pensamiento (irrepetibilidad, declinabilidad y discutibilidad) a fin de mantenerlo en las distintas situaciones. Es más bien una teoría operativa que influye en el comportamiento social. Tiene por ello que presentarse con pretensiones de poder responder a todas las cuestiones sin dejar fuera ninguna, alienta intención holística. En la actualidad este pensamiento dogmático ha despertado interés como peculiar pensamiento prudencial".

En cambio, el pensamiento cetético tiene primariamente una función cognoscitiva, no permite que ideas fundamentales presupuestas queden afuera de cuestión, sino que para avanzar en la investigación a veces tiene que ponerlas en tela de juicio. Es tentativo. Cuando se siente ligado con su modelo se le reprocha un dogmatismo inadmisibles".

En *Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico*⁵⁹, analiza la complejidad del razonamiento jurídico y sus vínculos con distintas partes o aspectos del saber jurídico.

El razonamiento jurídico, dice, es complejo, puede ser vinculado con la dogmática del derecho, la historia del derecho y la filosofía del derecho⁶⁰.

Cada campo del conocimiento es una estructura de preguntas y respuestas. Si hacemos hincapié en las preguntas, hasta los puntos rectores son cuestionados. Si en las respuestas, algunos puntos de vista adoptados como respuestas quedan explícitamente excluidos de toda discusión, son pensados como atemporales, absolutos.

Para pasar de un pensamiento dogmático a uno cetético, que siempre están entremezclados, basta cuestionar la proposición ahora intangible, y a la inversa, declarar incuestionable la cuestión hasta ahora problemática.

⁵⁵ VIEHWEG, "Problemas sistémicos en la dogmática jurídica y en la investigación jurídica", pág. 84

⁵⁶ VIEHWEG, "Ideología y dogmática jurídica" (original alemán: Ideologie und Rechtsdogmatik, en Wemer Maihofer (ed.), Ideologie und Recht, Francfort del Meno, 1969) en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho"

⁵⁷ Idem., pág. 98

" Idem., pág. 98

⁵⁹ VIEHWEG, "Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico", (original: Some considerations concerning legal reasoning, en Graham Hughes (ed.), Law, Reason, and Justice - Essays in Legal Philosophy, Nueva York, 1969) en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho"

⁶⁰ Idem., pág. 116

La teoría jurídica dogmática es una doctrina básica de la dogmática del derecho, dentro del cual se desarrollan algunas doctrinas jurídicas especiales (ej. del derecho francés de la indemnización)⁶¹. En general estas teorías pueden inferirse con suficiente exactitud desde las constituciones políticas y leyes sobre la materia. Las reinterpretaciones y retoques (porque se debe mantener el dogma básico) son características del pensamiento jurídico dogmático.

Las corrientes intelectuales han dado, algunas veces, mayor énfasis a la cetética; otras, a la dogmática del derecho. Ej. cuando las dogmatizaciones son claramente superadas por los desarrollos sociales, provocan, por lo general, reacciones cetéticas⁶². De todos modos, En todo ámbito cultural las dogmatizaciones, desdogmatizaciones y redogmatizaciones juegan, encubierta o manifiestamente, un papel considerable. Catálogos de topoi dogmatizados (a veces protegidos constitucionalmente) constituyen los fundamentos de las diferentes culturas jurídicas⁶³.

La teoría racional del derecho eligió como modelo la estructura deductiva de la matemática, el razonamiento jurídico significaba pensar en términos de un sistema deductivo del derecho y solucionar los casos mediante la clasificación sistemática correspondiente; sin embargo, la comprensión histórica y el cambiante mundo social del XIX arrojaron dudas sobre la supuesta irrefutabilidad y fertilidad de los axiomas jurídicos⁶⁴.

Diferencia Viehweg los sistemas en cuanto a su estructura en seriales (combinación enumerativa de los puntos de vista -ej. tópicos en el Corpus Iuris-), deductivos, cibernéticos (autorregulación), dialécticos modernos (en la izquierda hegeliana se enuncia un dogma básico abarcador de lo histórico y filosófico) y dialécticos clásicos (o tópicos). El sistema tópico, dice, "es tomado de la retórica. Permanece estructuralmente conectado con la retórica y es restringido a un sistema argumental. Está orientado a los problemas; es decir, es un todo organizado de acuerdo con los problemas. Para solucionar ciertos problemas, tanto en el campo de la investigación como en el de la dogmática, ofrece una combinación de puntos de vista (topoi) que son discutidos. La agrupación de topoi que corresponden a problemas puede ser entendida como un sistema básico en el campo del derecho, en el sentido de que los otros sistemas pueden ser desarrollados a partir de él. El sistema tópico está en permanente movimiento. Sus formulaciones respectivas indican meramente los estadios progresivos de la argumentación al tratar problemas particulares. El sistema puede razonablemente ser llamado un sistema abierto ya que su discusión, es decir, su enfoque de un problema particular, está abierta a nuevos puntos de vista... Con respecto a su contenido renuncia a la noción de

⁶¹ Idem., pág. 122

⁶² Idem., pág. 123

⁶³ VIEHWEG, "Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica" (original alemán: Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin, en Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie, Düsseldorf, 1972) en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho", pág. 173

⁶⁴ VIEHWEG, "Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico", pág. 124

argumento final o definitivo pero recomienda un método de argumentación que no procede deductivamente sino dialógicamente. Su última ratio es el discurso razonable"⁶⁵.

Al fin, puede expresar que "la cetética tiene que intervenir permanentemente como correctivo de la dogmática. Si la dogmática del derecho, en tanto pensamiento que guía las acciones, conduce necesariamente a limitaciones de pensamiento, es decir, al no cuestionamiento, la cetética del derecho, en nombre de la investigación libre, es decir, del cuestionar, tiene que protestar objetivamente en contra de un innecesario conformismo y evitar un estéril aislamiento de la dogmática. Mientras la dogmática se encarga de que no se derrumbe el necesario andamiaje de la acción, la cetética se ocupa de la flexibilidad de la dogmática"⁶⁶

En otro trabajo recoge Viehweg también consideraciones sobre la importancia de la lógica en el derecho.⁷ Sostuvo Recasens Siches que la lógica formal no basta por si sola para explicar el pensamiento jurídico; y García Maynez que los argumentos tan importantes para los juristas como a simili, a maiore y a minore, no se basan en la lógica formal sino en complementos de carácter evaluativo. Así, el ámbito de lo racional aparece como más amplio que el de la lógica formal. El pensamiento moderno se ha fijado más en el aspecto formal que material (contenido) del pensamiento jurídico.

Siguiendo a Aristóteles y Cicerón, dice se pueden distinguir dos métodos de pensamiento: invención y deducción; pero con el tiempo se ha realizado reducción progresiva a favor de la deducción⁶. Al fin, como señala Perelman, todo razonamiento consiste en argumentación y demostración; la argumentación predomina siempre, en ella se encuentra la sede de la fuerza creadora y la prudencia; de ella depende el éxito de la justificación de las decisiones. La argumentación jurídica ha utilizado desde hace tiempo la dialéctica clásica (tópica) y la demostración jurídica ha recurrido a la deducción.

IV. Aplicaciones de las ideas de Viehweg

Las tesis sobre el carácter tópico del razonamiento jurídico ha llevado a Viehweg a realizar interesantes análisis sobre temas como la distinción y relaciones entre la dogmática

⁶⁵ Idem., pág. 127

⁶⁶ VIEHWEG, "Sobre el futuro de la filosofía del derecho como investigación básica" (original alemán: Über die Zukunft der Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung, 1968) en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho", pág. 138

⁶⁷ VIEHWEG, "La lógica moderna del derecho" (original: La Logique Moderne du Droit, en Archives de Philosophie du Droit, Tomo XI, 1966) en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho", que recoge una investigación de los Archives de Philosophie du Droit sobre los beneficios para los juristas de la lógica, la lógica moderna y la argumentación.

jurídica, la teoría jurídica y la filosofía del derecho, y entre la tópica, la retórica y la argumentación jurídica. Nos ocuparemos de ellas brevemente.

1. Dogmática jurídica y teoría jurídica material

Sostiene Viehweg que como la Dogmática jurídica razona a partir de dogmas; requiere una teoría jurídica material como fundamentación última (pregunta por lo justo) para poder cumplir con su función de unificación. Mientras en los juristas romanos clásicos a veces está oculta la verdadera teoría del derecho que los sustentaba, en otros casos, como la teoría del derecho de Tomás de Aquino, se mostraba con toda claridad y estaba así en condiciones de aumentar considerablemente la racionalidad de la dogmática jurídica canónica y no canónica⁶⁸. Más tarde, tres generaciones de juristas europeos se nutrieron con la teoría jurídica del *De Officio hominis et civis* de Pufendorf; a la que siguieron las declaraciones de derechos, que refieren claramente a una teoría material del derecho.

Mientras que la teoría constitucional es la teoría de la creación para toda creación del derecho, inclusive el desarrollo judicial del derecho; y teoría de la interpretación para toda interpretación del derecho; "la filosofía del derecho resulta una teoría del derecho que, en tanto teoría fundamental, posibilita una dogmática jurídica"⁷⁰).

En este marco, puede decir que "cómo no existe ninguna teoría efectiva del derecho sin una imagen del hombre, ésta tiene que ser el objeto de las investigaciones. También aquí es recomendable, como ya se ha insinuado reiteradamente, reducir las expectativas y no formular pretensiones de lo absoluto que, cuando resultan defraudadas, conducen al nihilismo (...) Lo aceptable parecer ser simplemente una imagen del hombre apoyada en una base empírica lo más amplia posible. hipotética, incompleta, y por lo tanto, superable, que intente mostrar la propiedad peculiar común a todos los hombres. Si se admite que el derecho debe posibilitarle al hombre que viva como tal, tiene, en todo caso, que respetar y garantizar esta peculiaridad (...) Así, pues, la investigación básica remite, en última instancia, a los fundamentos antropológicos"⁷¹.

Lo dicho hasta ahora refiere a la teoría del derecho en el viejo sentido; pero hay una

⁶⁸ Idem., pág. 69

⁶⁹ VIEHWEG. "Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica" (original alemán: *Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*. en *Estudios jurídicos sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela. 1960) en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho", pág. 16

⁷⁰ Idem., pág. 21

⁷¹ VIEHWEG, "La filosofía del derecho como investigación básica" (conferencia pronunciada el 3/3/61 en la Universidad de Francfort. con motivo de la fundación de la sección alemana de la IVR) (original alemán: *Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung in Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. XLVII. 1961) en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho". pág. 49

teoría del derecho en un sentido moderno. Ésta, desea limitarse a ser una moderna teoría estructural. La cuestión de la justicia no se plantea, al menos en primer término (muchos son incluso escépticos). Parte de fenómenos jurídicos y se preocupa por averiguar su estructura desde un punto de vista lógico o sociológico. Antecedentes podemos encontrar en la obra de Bentham (*The limits of jurisprudence defined*), Austin (*The province of jurisprudence determined*); promovidos por estudios de Kelsen y de autores escandinavos (Hagerstrom).

Así concebida, la teoría jurídica estudia no sólo las relaciones lógicas en el campo del derecho, sino las relaciones entre las normas jurídicas y el comportamiento humano (particulares y funcionarios); entiende a la filosofía del derecho como historia de esa teoría del derecho, y recomienda evitar llamarla de ese modo ("filosofía del derecho"). Pero aunque pretenda lo contrario, señala Viehweg, la moderna teoría del derecho es ella misma filosofía del derecho, aunque no quiera que la llamen así [en otros países la materia se llama *legal theory*, o *jurisprudence*]: desea cuestionar radicalmente, es decir, filosóficamente, confiere importancia al uso del lenguaje (como algunas filosofías), subraya la pureza lógica. y ello aunque quiera esquivar el nombre de filosofía porque quieren seguir filosofando, pero de una manera distinta a la realizada hasta ahora om en otros casos, porque se quiere dejar de filosofar.

2. Dogmática jurídica e ideología jurídica

Frente a ello, sostiene Viehweg que la dogmática jurídica presupone una ideología jurídica, una teoría con función social. Hay que coleccionar, comparar y estudiar las ideologías jurídicas que son eficaces en nuestro mundo, que sirven de base a dogmáticas jurídicas más o menos elaboradas (ej. ideología jurídica marxista-leninista, islámica, norteamericana, etc.). Aunque no cabe confundir la ideología con la ciencia, porque aquélla es sospechosamente holística y sobrepasa los límites de lo conocido⁷². Pero cómo el dogmático del derecho está al servicio de una ideología jurídica, también es, en algún sentido, ideólogo.

¿Qué decir de la pretensión de eliminar la ideología a través de la racionalidad técnica? Se dice que la racionalidad técnica elimina la ideología de la sociedad. Tiene varias pretensiones. Primero, la sustitución de la dogmática por la investigación del derecho (intentado por la sociología del derecho, con el antecedente de las tres preguntas de Hugo que

⁷² VIEHWEG, "Ideología y dogmática jurídica", pág. 106. VIEHWEG entiende por ideología a las concepciones acerca del mundo y de la vida que vinculan vitalmente sentimientos, especialmente temores y esperanzas, aspectos volitivos y conocimientos. A ellas se han opuesto un filósofo austero y estricto. Expone VIEHWEG que en la desde la perspectiva marxista es imposible una discusión metaideológica, que no presuponta una ideológica. Para conseguirla propone VIEHWEG la comparación de las premisas; o hacer una crítica según criterios no ideológicos (ej. dar preferencia a teorías con mejor conexidad lógica), o "exigir el más alto grado posible de racionalidad de estas doctrinas de manera que en ellas predomine lo cognoscible".

referiremos más adelante. Savigny optó por empezar por la historia del derecho; pero a esta tentativa se opuso Kelsen). Segundo, desideologización de la dogmática jurídica (ej. enseñar obligaciones desvinculado de cuestiones históricas o filosóficas). En realidad no se logra desideologización sino su reducción a un mínimo. Anota Viehweg, anticipándose a algunas características de lo que iba a ser la "pos-modernidad", que por este camino de pretendida "desideologización", "Probablemente habrá que conformarse cada vez más con basar el orden público en la satisfacción de necesidades triviales a las que corresponde una ideología trivial de alcance universal (...) Este mundo jurídico puede funcionar, pues, sin reflexiones ideológicas; naturalmente, no porque esté libre de ideología sino porque la ideología trivial que presupone y no se discute, ha sido dogmatizada de una manera técnicamente perfecta"⁷³.

3. Tópica jurídica y discurso

Según Viehweg, a través del discurso sujeto a ciertas reglas y deberes procesales se puede llegar a premisas cuya validez depende de su aceptación de quienes intervienen. El fundamento de validez de estas premisas es su reconocimiento y no una decisión arbitraria ni una comprobación empírica o evidencia objetiva⁷⁴. Vemos la afinidad con elaboraciones de Jürgen Habermas y Robert Alexy.

De allí que cuando alguien habla, tiene que poder justificar su discurso. Solo el cumplimiento de los deberes del discurso, especialmente el respeto de los deberes de defensa y explicación, garantizan aseveraciones suficientemente confiables en las cuales existe indiscutiblemente un interés general". "Dada la complejidad del mundo, la brevedad de nuestra vida y la limitación de nuestras capacidades, la obligación de no distorsionar nuestra realidad con aseveraciones infundadas tiene un interés general"⁷⁵. Aquél que ingresa a una situación de discurso está obligado a explicar y fundamentar sus afirmaciones; asume deberes de comunicación"⁷⁶.

⁷³ Idem., pág. 108

⁷⁴ VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho", Introducción preliminar, pág. 9

⁷⁵ VIEHWEG, "Sobre el desarrollo contemporáneo de la tópica jurídica", (original alemán: Zur Zeitgenössischen Fortentwicklung der juristischen Topik, en Anales de la Cátedra Francisco Suarez, Nro. 13, fascículo 2, 1973) en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho", pág. 184

⁷⁶ VIEHWEG, "Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica" (original alemán: Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin, en Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie, Düsseldorf, 1972) en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho", pág. 169

" VIEHWEG, "Retórica, pragmática lingüística, teoría del derecho" (original alemán: Rhetorik, Sprachpragmatik, Rechtstheorie, en Friederich Kaulbach y Werner Krawietz (eds.), Recht und Gesellschaft - Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag, Berlín, 1978), en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho", pág. 187

4. Viehweg y la filosofía del derecho

En sus análisis sobre los fundamentos del derecho, pasa Viehweg revista a la obra de Gustav Hugo y de Ihering, a la polémica vinculada con el positivismo jurídico, y al significado de la filosofía del derecho.

La palabra "filosofía del derecho", dice, aparece en el ámbito de habla alemana a fines del XVIII, junto con la designación tradicional "derecho natural" o en su lugar; pero implicaba un cambio de comprensión. Gustav Hugo la utilizó a fines del XVIII como abreviatura de la expresión "filosofía del derecho positivo".

Según Hugo existen 3 preguntas decisivas: 1. Qué es derecho, 2. es razonable que sea así. 3. Cómo ha llegado a ser derecho (Enciclopedia jurídica, # 16, E, 2a. ed., 1799, pág. 15). A la primera, responde la dogmática jurídica, constituye lo artesanal de la jurisprudencia, y puede ser aprendida empíricamente hasta sin conocimiento eruditos. En cambio la segunda pregunta corresponde a la filosofía del derecho, definida a modo kantiano: "en parte, la metafísica sobre la mera posibilidad (censura y apologética del derecho positivo según principios de razón pura), en parte, la política sobre la aconsejabilidad de una proposición jurídica (evaluación de la funcionalidad técnica y pragmática, según datos empíricos de la antropología jurídica)"⁹. En la tercera pregunta se trata de la historia del derecho. Al conocimiento jurídico artesanal (dogmática) solo le interesa la primera pregunta, el científico pregunta también por las razones, y como estas son dobles (preguntas de la razón y las históricas), la pregunta se divide en las dos preguntas acerca de estas razones.

Hugo dice que preferiría hablar de filosofía de la legislación para evitar confusos usos en la noción de derecho positivo, pero hacerlo podría llevar al error de pensar que el derecho de un país se basa solo en leyes arbitrarias (contra los postulados de la escuela histórica). Rechaza postulados de un derecho natural dogmático, por lo que algunos llamaron a su tesis "derecho natural indiferentista", o crítico, porque consiste en una crítica del derecho positivo (especialmente civil) a la luz de la historia y la razón. "En Hugo, la filosofía del derecho significa el interés por superar la dogmatización que había experimentado el derecho racional en la última fase de la Ilustración. Hugo estaba interesado en devolver al manejo filosófico del derecho su función crítica, es decir, mantener en movimiento un análisis crítico del derecho positivo, en el sentido de la fase inicial de la Ilustración". La teoría del derecho

" VIEHWEG, "Algunas observaciones sobre la filosofía del derecho de Gustav Hugo" (original alemán: Einige Bemerkungen zu Gustav Hugos Rechtsphilosophie, en Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann, Ulrich Kulg (eds.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Francfort del Meno, 1969) en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho", pág. 124. Recuerda que la palabra filosofía del derecho se hizo famosa con la obra de Hegel (pág. 96)

⁷⁹ Idem., pago 126

⁸⁰ Idem., pág. 92

¹ Idem., pág. 97

racional había colocado este derecho encima del positivo; la escuela histórica del derecho trajo un cambio de jerarquía en beneficio del derecho positivo, cuya validez se presumía. Lamenta sí el descuido de la escuela histórica por la filosofía del derecho, lo que trajo como consecuencia que careciera de un fundamento filosófico en sentido estricto. A fines del siglo XIX la ciencia del derecho parecía ser solo bipartita (historia y dogmática)⁸².

Considera el autor que Ihering dio un paso importante desde la dogmática a la cetética jurídica, pues quiso convertir la historia en una ciencia natural, y siguió para ello al utilitarismo⁸³.

En cuanto a la filosofía del derecho, es propuesta como una investigación básica, con función cetética. En la investigación el hilo conductor puede ser el pensamiento jurídico o las instituciones jurídicas"

En los últimos años, dice, ha aumentado considerablemente la bibliografía internacional sobre filosofía jurídica y social". Importante, porque "la jurisprudencia se convertirá en mera técnica jurídica si no se ocupa de sus fundamentos". Constata que siempre resulta necesario interpretar el derecho: "siempre interpreta, también cuando constata que, in casu, una prescripción no requiere mayor interpretación (...) Pues la constatación de que un texto no requiere interpretación solo puede significar que, en un momento dado, existe consenso acerca de la interpretación correspondiente". Ej. El Código Civil cambia de interpretación sin cambiar su texto; o el mismo texto del Código Civil o Comercial tiene distinta interpretación en ambas Alemanias. Pero, señala. Hay que buscar una teoría de la interpretación más o menos confiable; a veces existe sin que haya sido escrita; otras se requiere para que el interesado pueda saber qué se considera un fundamento en justicia. Hoy el interprete se encuentra remitido a la constitución nacional que contiene una teoría del derecho no solo formal sino material. Una teoría del derecho implícita en la constitución evita que la interpretación se vuelva una cuestión infinita (la misma constitución está sujeta a interpretación)"⁶. Pero dada la limitación por la teoría jurídica material constitucional, "la libertad de interpretación no ha aumentado sino que se ha reducido notoriamente (...) Pues en el curso de la historia política, nos hemos visto finalmente obligados a presentar un catálogo

⁸² VIEHWEG, "Sobre el futuro de la filosofía del derecho como investigación básica" (original alemán: Über die Zukunft der Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung. 1968) en VIEHWEG. "Tópica y filosofía del derecho". pág. 131

⁸³ VIEHWEG, "Dogmática jurídica y cetética jurídica en Ihering" (original alemán: Rechtsdogmatik und Rechtszettelik bei Jhering, en Franz Wieacker y Christian Wollschlager (eds.). Iherings Erbe - Gottinger Zymposium zur 150 Wiederkehr des Geburtstags von Rudolffh von Ihering. Gotinga. 1970) en VIEHWEG. "Tópica y filosofía del derecho". pág. 141

⁸⁴ VIEHWEG, "La filosofía del derecho como investigación básica", pág. 33

⁸⁵ Idem. pág. 30

⁸⁶ Idem. pág. 35

vinculante de valores, de manera similar a como lo habían hecho los Estados Unidos ya en 1776 y Francia en 1789"⁸⁷.

5. Viehweg y el positivismo

En cuanto al positivismo, Viehweg se interesa sobre todo por el positivismo práctico, que diría: "Nos consideramos positivistas en el sentido de que estamos obligados por la Constitución a atenemos, en todas nuestras reflexiones dogmáticas, a la Constitución positiva vigente aquí y ahora, así como también a las leyes positivas y sus equivalentes válidos constitucionalmente. Nos sentimos obligados a no sobrepasar los límites de nuestra legislación positiva". Dice que "las considerables objeciones que fueron formuladas hace ya tiempo en contra de esta posición -en el sentido de que sus adversarios la consideran impracticable- son ignoradas en creciente medida. Poco a poco han cedido las objeciones políticas que en 1945, después de la catástrofe, fueron formuladas vehementemente. En aquel entonces, con tardía sorpresa, se vio que cuando una jurisprudencia tan austera es convertida en el verdadero núcleo de toda la ciencia del derecho, fácilmente puede promover la dictadura. Pues es claro que queda totalmente librada allegislador"⁸⁹.

Para Viehweg, el marxismo leninismo y el tomismo-aristotélico son "las dos teorías más importantes de la filosofía jurídica y social"; y coinciden en señalar que la actitud juspositivista no ha sido pensada hasta sus últimas consecuencias y por ello es un engaño; que el ansiado aislamiento iuspositivista es inconcebible *in thesi* e *impracticable in praxi*. Si se quieren controlar las reflexiones transpositivas (algo que sería la tarea de una ciencia) y no meramente disimularlas (como supone el marxismo-leninismo), habría que decidirse por una concepción más amplia y el correspondiente método. "Ambas doctrinas coinciden en afirmar que por razones lógicas, el positivismo jurídico-práctico aquí descrito no puede satisfacer la función social de una dogmática jurídica"⁹⁰.

El positivismo práctico se somete a una doble limitación: 1) escepticismo frente a interpretaciones más amplias y 2) escepticismo frente a legitimaciones más amplias. Además el lenguaje ordinario es equívoco para cumplir postulados juspositivistas. Se atiene a principios constitucionales y esquivada la cuestión estricta acerca de qué sucede en realidad teóricamente cuando aquéllos son interpretados extensiva o restrictivamente. Pues, manifiestamente, es necesario considerarlos dentro de un contexto sistemático más amplio.

⁸⁷ Idem., pág. 44

" VIEHWEG, "¿Qué significa positivismo jurídico?" (original alemán: "Was heisst Rechtspositivismus?" en Peter Schneider y Otto Saame (eds.), *Positivismus als wissenschaftstheoretisches Problema*, Maguncia, 1965) en VIEHWEG, "Tópica y filosofía del derecho", pág. 56

⁸⁹ Idem., pág. 56

⁹⁰ Idem., pág. 57

Pero la necesidad de legitimación que fue muy grande en Alemania después de 1945, hoy ha disminuido (el jurista se atiene a los principios que puede extraer de la constitución y no ve mayores dificultades en ello). Se presenta entonces la pretensión de recortar la legitimación, dado que, se sostiene, la construcción de una dogmática jurídica requiere insistir en la finitud dando lugar a la actitud dogmática (rechazando pensamientos que se mueven por doquier hacia el infinito). Además después de la división confesional de Europa se trató de eliminar legitimaciones profundas a fin de lograr una neutralización ideológica; la abstinencia de legitimación del positivismo jurídico es comprensible. También porque se piensa que la realidad es, en profundidad, inescrutable. Pero ¿es posible delinear técnicas sociales que permitan prescindir de ideologías legitimantes? ¿o minimizarlas?

El juspositivista tiende fácilmente a suponer que las disciplinas específicas de investigación (filosofía del derecho, historia del derecho, sociología del derecho) tienen poco que ver con la verdadera ciencia del derecho, corriendo el riesgo de separar la dogmática de la investigación. "La insuficiencia de una ciencia del derecho reducida se les presenta con gran claridad especialmente -aunque no exclusivamente- a los juristas que trabajan a nivel legislativo"⁹¹

6. Tópica y derecho natural

La constante referencia de la tópica a lo justo, y su crítica al pOSITIVISMO, parece remitirnos a las consideraciones sobre el derecho natural y su virtualidad en el razonamiento jurídico.

Eduardo García de Enterría, al prologar la obra principal de Viehweg, nos dice que "la fragmentariedad, el casuismo, que de esta concepción resulta para el pensamiento jurídico no implica, sin embargo, un abandono de toda exigencia normativa general en la valoración de los preceptos de derecho, quiero decir, un abandono de la idea del Derecho Natural. Este abandono sería desde luego ineludible si el Derecho Natural pretendiese presentarse, como no es infrecuente entre los moralistas, como un sistema de axiomas desde los cuales fuesen obtenibles íntegramente las reglas positivas, a través de unas deducciones más o menos extensas, pero inexorables (...) Si el Derecho Natural, como todo el orden ético, no es un sistema dado de una vez por todas, sino que ha de ser buscado, descubierto, resulta simple comprender que los topoi en que se concentra la experiencia jurídica han de ser normalmente los puntos de condensación del mundo de valores superiores que en el Derecho viven, los lugares donde únicamente pueden descubrirse su virtualidad y su exigencia operativa (...) En el primero, concerniente a las estructuras sociales y políticas básicas, parece ineludible reconocer la operatividad inmediata, en cuanto Derecho Natural, de los grandes temas

⁹¹ Idem., pág. 64

morales y antropológicos. En el segundo orden, que es el ámbito propio de los juristas, esos grandes temas pierden inmediatamente su agudeza y deben ser objeto de una conversión técnica capaz de permitir su inserción en lo que son las verdaderas piezas maestras del funcionamiento de la vida jurídica, las instituciones (...) Los hallazgos de su autor (Viehweg) nos dejan así abocados a un pensamiento institucional y a la vez no sólo no nos ciegan el acceso al orden superior del Derecho Natural, sino que, por el contrario, nos ponen en la ruta exacta para comprender la efectividad verdadera de dicho Derecho en las estructuras positivas. Ello justamente hace posible convertir lo que tan frecuentemente (y especialmente entre nosotros, quizás por las condiciones políticas actuales) es una simple afirmación retórica y gratuita en una técnica aplicativa perfectamente operante y comprometida"⁹².

V. Conclusiones

La extensión de este trabajo nos impide un análisis pormenorizado de los aportes de Viehweg y un abordaje crítico exhaustivo de los mismos.

1. Es valioso el alegato contra un modo rígidamente racionalista-sistemático de pensar el derecho, que no solo no se corresponde con la forma en la que realmente se razona jurídicamente, sino que además nos condenaría a soluciones que difícilmente estaríamos dispuestos a aceptar.

2. Es necesario, al mismo tiempo, evitar ciertas proposiciones extremas que a veces se encuentran en la obra de Viehweg y que parecerían rechazar absolutamente la idea de sistema en el derecho (contra matizaciones que hace el mismo autor en otros lugares).

3. En especial, no debemos desconocer los desarrollos de la psicología cognitiva y la psicopedagogía que explican el aprendizaje de cualquier saber como un proceso de estructuración y reestructuración de sistemas conceptuales⁹³. David Ausubel ha desarrollado desde la psicología de la educación una teoría de la formación de los conceptos, su ordenamiento jerárquico en la estructura cognitiva del sujeto que aprende y su relación con el aprendizaje significativo⁹⁴. En la teoría de Ausubel, cada vez que se adquieren nuevas experiencias y se relacionan nuevos conceptos con conceptos ya existentes en la mente, estos conceptos ya existentes se compilan o se modifican, y a raíz de ello pueden relacionarse con un conjunto más amplio de información nueva, en procesos posteriores de aprendizaje. La información almacenada en la estructura cognoscitiva de cada persona está altamente organizada, con conexiones entre elementos antiguos y elementos nuevos, y ello da lugar

⁹² En VIEHWEG, "Tópica y Jurisprudencia", pág. 15

⁹³ GUZMÁN, Carlos y HERNÁNDEZ ROJAS, Gerardo, "Implicancias educativas de seis teorías psicológicas", México, UNAM, 1993

⁹⁴ AUSUBEL, David, "Psicología educativa", México, ed. Trillo, 1978

a una jerarquía conceptual en la cual elementos de conocimiento menos importantes están unidos a conceptos más amplios, más generales e inclusivos. Consiguientemente, la nueva información adquirida en el aprendizaje no se almacena tal cual fue recibida: por un lado, la asimilación en conceptos inclusivos produce, en alguna medida, su modificación (digamos nosotros, en algún grado, su resignificación); por otro lado, esta nueva información a la vez modifica a los inclusores con los que está relacionada. Por todo ello, el mejor aprendizaje, o el verdadero aprendizaje, es el "significativo", en el cual quien aprende relaciona los nuevos conocimientos con conocimientos anteriores, subordinándolos o supraordenándolos a estos, asimilándolos en su propia estructura cognitiva; y de allí que toda estrategia didáctica presuponga el diagnóstico y relevamiento de los conocimientos previos que trae el alumno.

Si esto ocurre con todo género de saber, también en relación con el saber jurídico

4. Desde la filosofía del derecho, se ha cuestionado a la obra de Viehweg el contener ciertas imprecisiones conceptuales. Por ejemplo, no queda claro si con el concepto de tópica se alude a una técnica de búsqueda de premisas, una teoría sobre la naturaleza o sobre el uso de éstas; o si con el concepto de topos se alude a argumentos, puntos de referencia para obtener argumentos, enunciados de contenido; tampoco se hace una conceptualización precisa de lo que se entiende por "problema", por "lógica" y por "sistema"⁹⁵. También se le ha criticado el terminar en postulados obvios, como que la jurisprudencia debe aspirar a la justicia pero sin indicar métodos o caminos que permitan hacerlo. Además, la tópica no permite advertir el papel que en la justificación jurídica cumplen las normas, la dogmática, los precedentes, limitándose a sugerir un catálogo de tópicos a un nivel de generalidad. De todos modos, no coincidimos en la dureza de críticas que podrían dirigirse desde posiciones logicistas. El derecho es un fenómeno complejo y no extraña que en estos campos deba resignarse, muchas veces y en sus comienzos, a planteos no carentes de ambigüedades.

En sentido análogo a la crítica anterior, se ha observado la "inseguridad jurídica" que traería la tópica⁹⁶. A ello responderíamos que muchas veces la pretensión de seguridad en el derecho es ficticia pues oculta lo que pasa realmente, cual es el alto grado de discrecionalidad del que es imposible privar al operador jurídico. Justamente, de lo que se ocupan autores como Perelman es de procurar elaborar algún método o criterio que permita servir de guía y de justificación de las decisiones en terrenos en los que no se puede reclamar certeza absoluta o matemática.

Se ha afirmado que "el mérito fundamental de Viehweg no es el de haber construido una teoría, sino el de haber descubierto un campo para la investigación"⁹⁷. Con lo que coincidimos parcialmente, porque entendemos que además ha proporcionado ciertos criterios o ejes

⁹⁵ ATIENZA, Manuel, "Las razones del derecho", ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 58

⁹⁶ Cfr. diversas opiniones en tal sentido en GARCÍA AMADO, Juan A., "Teorías de la tópica jurídica", Madrid, Civitas, pág. 136

⁹⁷ Ob. cit., pág. 63

fundamentales a tener en cuenta para esta construcción y, lo que es más importante, nos ha prevenido frente a posibles riesgos en el intento de acentuar rígidamente los componentes sistemáticos del razonamiento jurídico.

5. Es interesante también recordar que también se han ensayado propuestas de explicación sistemática del razonamiento jurídico que nada tienen que ver con el sistema axiomático cerrado que ataca Viehweg. Claus Wilhelm Canaris, profesor de la Universidad de Munich, por ejemplo, ha anotado las limitaciones de la tópica frente a problemas como la validez y la obligatoriedad del derecho y ha insistido sobre la necesidad de no desechar la pretensión sistemática en cuanto exigencia coherencia y unidad interna en el ordenamiento jurídico, pero postulando un sistema abierto, móvil y limitado, constituido fundamentalmente por principios".

6. Se ha destacado el mérito de Viehweg el poner el acento en el carácter práctico del derecho y en el proceso jurídico en que se forjan y justifican las soluciones, aunque con la limitación de aludir casi exclusivamente al proceso judicial dejando de lado el proceso legislativo⁹⁹. Pero incluso con esta incorporación el planteo es incompleto: falta todavía agregar el proceso de búsqueda y justificación de soluciones jurídicas que dan numerosos operadores del derecho y que no son ni jueces ni legisladores. Pensemos en los miles de abogados que en la actividad privada o la función pública redactan contratos, emiten dictámenes, en las personas que al hilo de la ejemplaridad forjan una costumbre. Una auténtica teoría de la decisión jurídica debería hacerse cargo de la creación, justificación y funcionamiento de normas y reglas jurídicas en todo el espectro de las fuentes del derecho. Por ejemplo, se ha reconocido del aporte que puede dar la tópica para la formación de profesionales en mediación¹⁰⁰.

7. Por último, vale la pena preguntarse por el lugar de la perspectiva sistemática respecto de los diversos géneros de entes que cabe tener en cuenta en el mundo jurídico: hechos, normas y valores. Respecto de las segundas, su condición de entes ideales (juicios lógicos) las hace fecundas para ensayos sistemáticos. Werner Goldschmidt, por ejemplo, ha construido una teoría fuertemente (y en algunos casos quizás excesivamente) sistemática en la jurística normológica, pero siempre vinculada a la realidad social (que se describe e integra); y menos sistemática en la jurística dikelógica, sosteniendo que en el plano de los valores las orientaciones generales se elaboran a partir de las valoraciones de las situaciones concretas.¹⁰¹

⁹⁸ CANARIS, Claus Wilhelm. "El sistema en la jurisprudencia", Madrid, ed. Fundación cultural del notariado, trad. de Juan Antonio García Amado. 1998

⁹⁹ Cfr. RABBI-NALD), Renato. "La ciencia del derecho como saber retórico -tópico". en "El Derecho" 185-1270

¹⁰⁰ BANDIERI, Luis María y PORTELA. Jorge Guillermo. "La formación del abogado y la aptitud para la mediación". en "El Derecho" 180-1160 y BANDIERI, Luis María, "La enseñanza del derecho y el aprendizaje de la mediación", en "El Derecho" 175-740.

¹⁰¹ Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", Bs. As., ed. Depalma. 1987

8. El planteo positivista tiende a pensar el sistema jurídico exclusivamente como sistema de normas, y aplicando además este último concepto muy restrictivamente. Pero cabe también dar una extensión diferente al asunto, concibiendo el mundo jurídico sí como sistema (abierto), pero de principios (Canaris)¹⁰², de tópicos (Viehweg), o tridimensional (hechos-normas-valores) en el marco de un horizonte histórico cultural¹⁰³.

9. Es posible dar cabida a planteos sistemáticos abiertos, flexibles, porosos, móviles, desde diversas perspectivas jusfilosóficas. Ya hicimos observaciones sobre el trialismo y cómo puede expresar lo que hay de legítimo en la pretensión sistémica. En relación al tomismo, basta recorrer las principales obras de Tomás de Aquino, por ejemplo, para comprender cómo a pesar de constituir un conjunto armónico de postulados y de expresarse incluso bajo la forma de "Sumas", los temas están permanentemente planteados, pensados y expuestos a partir de problemas concretos y sin pretensión de estar totalmente cerrados a correcciones o incorporaciones¹⁰⁴. En los planteos de la teoría crítica es más difícil obtener un equilibrio entre la perspectiva tópica y la sistemática, sea porque a veces parece que se impone a la realidad y los problemas un rígido sistema a-priori (defecto que, creemos, Marx heredó de Hegel), o porque es difícil construir un sistema lógico cuando se hace de la contradicción (dialéctica) y de la crítica destructiva el objeto de la ciencia. Problema que se acentúa todavía más en las perspectivas post-modernas, en las que se rechaza cualquier uso de la razón que vaya más allá de lo fragmentario y en la que incluso se reniega de cualquier método¹⁰⁵.

¹⁰² Insisten también sobre el rol de los principios Ronald DWORKIN y Robert ALEXI, en las obras citadas en la nota 1

¹⁰³ El Dr. Miguel Angel CIDRO CALDANI, por ejemplo, propone una teoría general del derecho como sistema jurídico, que será heredera una cosmovisión cultural. Cfr. de ese autor, "Lecciones de teoría general del derecho", en Investigación y Docencia, nro. 32, pág. 62

¹⁰⁴ Así lo destacan también tomistas de la talla de Camelia FABRO y Etienne GILSON.

¹⁰⁵ Cfr. FEYERABEND, Paul, "Contra el Método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento", Barcelona, ed. Ariel, 1974