

LA TOPICA EN LA LOGICA JURIDICA

El propósito de este trabajo es analizar las variaciones que se introducen en la formulación lógica por causa del contenido de las premisas en materia no necesaria. Debemos tener en cuenta que la Tópica es una técnica del pensamiento problemático, distinta del deductivo-sistemático totalmente formalizable. Sus guías o directrices no son principios lógicos ni enunciados en materia necesaria. Son, como decían los escolásticos, *loci communes* cuyo valor es relativo y circunscripto, avalado por la experiencia. No es difícil ver que muchos de los llamados axiomas que se suelen utilizar en Derecho son en realidad *topoi* cuyo punto de partida no es totalmente *a priori* y que se basan no en lo necesario sino en lo verosímil.

Esta característica de las argumentaciones jurídicas plantea varios problemas cuya dilucidación no es posible sólo con los medios de la lógica totalmente axiomatizada, y cuya solución es de relevancia no sólo para las formulaciones doctrinarias, sino también para la práctica jurisprudencial.

«EXCURSUS» HISTÓRICO.

El conocimiento de este tipo de argumento se remonta al *Organon* de Aristóteles, donde se proyecta una teoría de la dialéctica entendida como arte retórico. Más tarde Cicerón se ocupó de la Tópica concibiéndola como práctica de la argumentación (1).

También es posible rastrear las aplicaciones de la tópica en la jurisprudencia, comenzando por la técnica jurídica romana. La evolución del

(1) CICERÓN: *De inventione, Tópica*; en él desaparece la distinción, tan clara en Aristóteles, entre apodíctico y dialéctico. Su teoría está más bien inspirada en los estoicos, siendo la disertación el tema de sus investigaciones. Esta se compone de dos partes: la invención y la formación del juicio; esta segunda parte fue llamada *dialéctica* por los estoicos.

Derecho romano hasta el siglo VII permite distinguir tres épocas a las que corresponden tres sistemas de Derecho denominados: quiritario, romano-universal y heleno romano (2). La primera etapa aportó fundamentalmente la idea de la formalidad jurídica, mientras que la segunda desarrolló las bases antiguas por obra de órganos especialmente destinados a encauzar por nuevas vías los viejos Institutos. Nos referimos, por supuesto, al pretor, pero también a la labor de los jurisconsultos cuyos extractos sirvieron a Justiniano varios siglos después. Y la tarea del tercer período consistió precisamente en recopilar la antigua sabiduría jurídica, incorporándola a la nueva, tarea en la que no fue del todo feliz, ya que el *Corpus Iuris* adolece de desarmonías lógicas.

Gran parte de la dificultad de los compiladores del siglo VI se debió a que los jurisconsultos de la época clásica evitaron todas las fijaciones, su método de trabajo no consistía en fijar el caso en un sistema, y por ello las proposiciones que se obtienen no pueden ser sometidas a sistematización.

Durante la segunda etapa histórica el conservadorismo formal que sigue a las primeras fijaciones normativas hace necesaria la interpretación para volver a darles flexibilidad. La labor jurídica romana comenzó por buscar premisas objetivamente adecuadas (tópica de primer grado) y luego formó colecciones o *regulae*, tópica de segundo grado, es decir, un catálogo ordenado de los tópicos utilizables en la discusión (3).

La mayoría de estas reglas están justificadas dialécticamente, pues son aceptadas por la casi totalidad de los sabios. Este procedimiento, por lo demás, es sustancialmente el mismo de avalar doctrinariamente una solución jurídica, con lo cual no se la prueba apodícticamente, pero se la refuerza como tópica. Desde la época romana tal modo de proceder en jurisprudencia ha sido denominado *ars*, y también *disciplina* y *scientia* (4). Esto no implica una valoración desde el punto de vista de la teoría de la ciencia. La distinción entre *ars* y *scientia* y sus correlativos griegos *téchne* y *epistème* no entraba en el cuadro de las cuestiones de los juristas; sin embargo, es posible catalogar esta actividad como *ars* en sentido amplio.

(2) Cf. Pedro BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, Reus, Madrid, página 9.

(3) El primer grado de la tópica toma los puntos de vista que den premisas adecuadas. La tópica de segundo grado se sirve de catálogos de tópicos, como los enunciados por Aristóteles y Cicerón.

(4) Lo característico del *ars* es indicar las técnicas orientadas al problema, la *scientia* atiende a la índole demostrativa de las soluciones.

A pesar de las variantes perfectamente naturales debidas al desarrollo histórico, la técnica jurídica romana —y con ella toda la tradición jurídica occidental— unió la teoría de la ciencia con la solución concreta de casos mediante la teoría retórica del *status*.

En caso de conflicto para la determinación del Derecho aplicable a un problema concreto se distinguía:

- 1.º La afirmación y la negación.
- 2.º La determinación de los hechos y la determinación del derecho.

Esta segunda distinción ha sido muy importante posteriormente. Adoptada por el Derecho canónico, que la mantiene todavía con la misma fuerza (5), pasó a las legislaciones civiles, y aunque en la actualidad ha perdido bastante importancia, encontramos en la legislación vestigios ciertos (6). Mediante esta distinción se establecía el *status causae* y para cada uno de los aspectos había esquemas retóricos o tópicos, como son, por ejemplo las reglas referidas a la existencia de la ley, su interpretación, la contradicción entre leyes, la plurivocidad y las lagunas (7). La jurisprudencia romana solucionó por vía tópica ciertos problemas que hoy consideramos formalizables, como el de la contradicción entre leyes, o semánticos, como el de la plurivocidad.

El sistema esencialmente tópico de resolución de problemas jurídicos continuó en el período de los glosadores y los postglosadores, y justamente la falta de sistemática en el proceder fue algo que siempre se reprochó al sistema itálico. Pero debe destacarse que ello no obedece con necesidad a la utilización de *τοποι*, sino más bien a un cierto modo de pensar. La jurisprudencia medieval se orientó sobre todo hacia el problema. Frente a la variedad y contradictoriedad de normas su primera tarea fue salvarlas elaborando métodos de concordancia.

Todas las formas de discusión en que debían aplicarse estos métodos tenían un esquema tópico; inclusive seguían el modo que se hizo tradicional en las cuestiones filosóficas (8). La parte estrictamente cien-

(5) *Código de Derecho Canónico*, Libro IV, «De los procesos».

(6) Por ejemplo, los recursos de apelación que sólo se conceden por cuestiones de Derecho; en nuestro sistema el caso de la competencia de la Corte Suprema en el recurso extraordinario previsto por el artículo 14 de la Ley 48.

(7) J. M. CARAMÉS FERRO: *Curso de Derecho Romano*. Perrot, Bs. As., 1958, especialmente en las aplicaciones de las siguientes nociones: Patrimonio (pág. 14), Obligaciones y fuentes (pág. 27).

(8) La metodología de la *quaestio* medieval se hizo tradicional en la formulación estereotipada parisina de fin del siglo XIII. La cuestión se divide en artículos, cada uno de los cuales representa un problema. El artículo se compone de las siguientes partes:

tífica de las mismas es sólo la resolutoria o solución del problema. Durante un tiempo se ha considerado que la sistemática filosófica se inspiró en la práctica jurídica, aunque más bien hay que entender que ambas se basaron en una tradición cultural común (9), con fórmulas que varían según los autores en detalles, siguiendo siempre el mismo esquema.

Una referencia explícita a los tópicos la encontramos en Gribaldo Mopha, quien llama *sedes materiatarum* a los *loci ordinarii*, que son los tópicos reconocidos escolarmente. Su autoridad deriva de este reconocimiento y constituyen una etapa de la dialéctica, pero no tenían necesariamente un lugar específico en ella, pudiendo integrar cualquiera de sus pasos, pues eran algunos criterios de división, otros de síntesis, y los restantes simplemente relativos o vinculados al problema (10).

Los juristas utilizaron siempre la tópica como un estilo o modo de trabajo, pero no como método en el sentido cartesiano de la palabra. Por eso poco tienen en común con la tópica tal como la entendía Leibniz, al modo deductivo-sistemático, y que explica su intento de materializarla (11), siguiendo una idea antigua de Raimundo Lullio (12), quien

- 1.º Fijación del problema (*Utrum...*).
- 2.º Estado de la cuestión (*Videtur quod...*).
- 3.º Enfoque dialéctico (*Sed contra...*).
- 4.º Resolución del problema (*Respondeo...*).
- 5.º Solución a las objeciones (*Ad primum... Ad secundum...*).

(9) Esta analogía puede constatararse tomando como ejemplo de una *quaestio* filosófica las de Tomás de Aquino, que responden al esquema indicado en la nota anterior, y una cuestión de los tratados de Bártolo, divididas en las siguientes partes:

- 1.º Fijación del problema (*Quaeritur an...*).
- 2.º Solución aparente (*Et videtur quod...*).
- 3.º Objeciones (*In contrarium facit...*).
- 4.º Solución personal (*Ad solutionem quaestionis...*).

(10) Gribaldus Mopha esquematizaba las cuestiones de manera más compleja y completa que Bártolo.

- 1.º Preliminares (*Praemitto...*).
- 2.º La división (*Scindo...*).
- 3.º Síntesis (*Summo...*).
- 4.º Ejemplificación con un caso concreto (*Casumque figuro...*).
- 5.º Textos relativos al problema (*Perlego...*).
- 6.º Fundamentación de su solución (*Do causas...*).
- 7.º Observaciones (*Connoto...*).
- 8.º Réplicas y controversias (*Et obicis...*).

(11) W. LEIBNIZ: *Dissertatio de Arte Combinatoria*.

(12) Raimundo LULLIO: *Ars Magna*, donde proponía un sistema que haría posibles todas las combinaciones conceptuales, consistente en cinco círculos concéntricos giratorios, con nueve conceptos cada uno, que al girar representaban las com-

le dedicaba uno de los cinco círculos conceptuales de su modelo combinatorio. Con todo, ya que la axiomática actual tomó ideas de ambos, algunas cuestiones que la tradición consideraba tópica han dejado de serlo, como ya dijimos. Pero la introducción esencial en la proposición jurídica de contenidos problemáticos pone una valla decisiva a la axiomatización, con lo cual la tópica sigue siendo el límite de la conceptualización lógica.

EL PAPEL DE LA TÓPICA EN EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO.

Desde Aristóteles, la teoría lógica distingue varias formas de conclusión: apodeixis (conclusión de las proposiciones que contienen primeras verdades), dialéctica (concluye partiendo de opiniones), eristítica y pseudo-proposiciones o paralogismos. Las dos últimas formas son incorrectas; la segunda pertenece a la tópica, que comprende todo un libro del *Organon* aristotélico (13).

Las conclusiones tópicas admiten corrección formal y por tanto no quedan fuera de la lógica, y en este sentido es posible una cierta axiomatización. La diferencia fundamental entre estas proposiciones y las apodícticas se debe a la índole de las premisas: las premisas tópicas son opiniones «verosímiles» que deben contar con la aceptación previa del disputador.

En la dialéctica es posible utilizar la inducción y el silogismo deductivo, procedimientos comunes con la apodíctica, pero además le es propio un segundo grupo de procedimientos: descubrimiento de las premisas, diferenciación de la plurivocidad de las expresiones lingüísticas, descubrimiento de los diferentes tipos y géneros y descubrimiento de las analogías y semejanzas (14).

Con ayuda de tales procedimientos es posible fijar con precisión el problema y ordenar las preguntas que surgen con respecto a él. Tal es

binaciones posibles. Los círculos eran: 1.º *Circulus subjectorum*; 2.º *Circulus praedicatorum absolutorum*; 3.º *Circulus praedicatorum respectivorum*; 4.º *Circulus praedicatorum negativorum*; 5.º *Circulus questiorum*. Los argumentos tópicos corresponden al quinto círculo. Este intento original y adelantado para su tiempo, lejano y fallido antecesor de la cibernética, no podía sino fracasar, aunque más no fuese que por el quinto círculo. Pero debieron pasar varios siglos hasta que los límites de un sistema combinatorio fueran vistos con claridad.

(13) El lugar que ocupa, después de las *Categorías* y *La interpretación* y antes de los *Argumentos sofísticos*, indica que Aristóteles consideraba la *Tópica* como intermedia entre la demostración científica y la falsedad lógica.

(14) Los temas más centrales de la tópica están casi todos contemplados en el Libro Segundo.

la tarea propia del dialéctico, pues el suyo es el arte de lo problemático.

Problema es toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere un entendimiento preliminar (15). Para encontrar la solución hay que inordinarlo en un sistema. En la tónica de primer grado se buscan las premisas adecuadas para expresarlo. En la de segundo grado se formula un catálogo de las reglas o puntos de vista. En ellos es posible distinguir los que contienen sólo tópicos universales y los que se refieren a determinada rama del saber.

En la ciencia jurídica pueden emplearse tanto tópicos universales como específicos. Su función, cualquiera que sea su clase, es servir a la discusión del problema y a la búsqueda de las premisas adecuadas para solucionarlo. Obtenidas ellas, la conclusión puede derivarse por los procedimientos lógicos generales de la axiomática. La única diferencia con las proposiciones apodícticas está en que sus premisas son problemáticas. Generalmente ellas se han obtenido por analogía y no son lógicamente perfectas.

Son en realidad tópicos algunos argumentos jurídicos cuya formulación axiomática descubre la posibilidad de falsedad, como el *ad maiorem, a contrario*, etc. Este modo de proceder parte de ciertos puntos de vista que no son evidentes por sí, ni pueden probarse apodícticamente en todos los casos. Por ejemplo: la conclusión jurídica basada en el principio: «quien puede lo más puede lo menos» (si puede vender puede hipotecar, si puede salir del país puede transitar de una provincia a otra, etc.), sólo es axiomáticamente válido en la formulación hipotética, que supone la aceptación previa. Para refutar una conclusión basada en este principio no basta demostrar la incorrección, y tampoco es suficiente, pues puede ser correcto. Ocurre solamente que la premisa es un punto de vista que puede ser cambiado y cuya aceptación no es obligatoria. Puesto que no podemos asegurarnos de su verdad, diremos sólo que dicha premisa es relevante.

Por otra parte, las premisas tópicas admiten multitud de grados intermedios, ya que pueden ser «apenas defendible», «más defendible», etcétera. Pero esto nada tiene que ver con la lógica probabilística; las premisas tópicas de un razonamiento jurídico no son grados intermedios entre la verdad y la falsedad, y por eso es posible mantenerla en una lógica bivalente. Lo opinable en una lógica de este tipo se explica

(15) Esta definición de problema en lo fundamental coincide con la caracterización aristotélica, que en el capítulo IV del Libro I distingue entre proposición y problema, concluyendo que hay tantos problemas como proposiciones, pues de cada proposición puede derivarse un problema.

de la siguiente manera: toda proposición admite dos variables semánticas: verdadera o falsa, pero si se trata de una proposición con contenido sólo puede asignársele el valor lógico por constatación real. Hay casos en que nos falta esa posibilidad de constatación y por eso decimos que la premisa es opinable, vale decir, que aún no ha podido asignársele un valor semántico con certeza. Pero aun en estos casos debe ser posible una efectiva inteligencia del problema y no una opinión arbitraria. Por eso hay enunciados que no son defendibles, aunque no sean absurdos, otros más defendibles y otros, por fin, que pueden fundar una inferencia casi segura, lo que los escolásticos llamaron «certeza moral». De este tipo son aún muchas verdades científicas (por ejemplo, las teorías químicas, los modelos atómicos, la relatividad, etc.) que si bien no son axiomáticamente puras, están bien fundadas.

En cambio, fundamentar o demostrar en sentido estricto una premisa (no solamente inferirla) es una operación puramente lógica. Esta tarea tiene límites modestos en el caso de proposiciones tópicas, que se manejan generalmente con la inducción incompleta y la analogía; sólo el sistema deductivo puede garantizar la comprobabilidad lógica de sus proposiciones.

Para que haya ciencia en sentido estricto es necesario convertir de algún modo lo tópico en deductivo. La cientificación de una rama del saber implica los siguientes pasos:

- 1.º Poner orden en los conceptos y definirlos unívocamente.
- 2.º Utilizar el método deductivo para fundamentar los conocimientos adquiridos.
- 3.º Axiomatizar los conceptos del sistema según su dependencia lógica. Es posible axiomatizar en parte una ciencia, pero inmediatamente aparecen las limitaciones. La primera y quizá más importante es que sólo puede hacerse con respecto a los conocimientos ya adquiridos, pero no es factible en la vía inventiva, en que la verdad recibida por doctrina (el que ya sabe algo del tema) debe tomarse como una hipótesis a verificar. Tampoco puede desecharse la tópica en la etapa del descubrimiento según la propia investigación. Las hipótesis probables o fundadas que se obtienen con procedimientos tópicos son materia de la vía demostrativa, segunda etapa del proceso de adquisición de la ciencia.

Una aplicación rigurosa del formalismo permitiría eliminar la tópica. Para ello serían necesarios los siguientes pasos:

- 1.º Considerar las relaciones entre conceptos prescindiendo de todo lo que no sea teórico-relacional. Inmediatamente debe dejarse de lado el sentido literal de los términos para darles una ubicación relacional

estable (sintáctica) en la fórmula lógica. Esto permitiría eliminar una parte de la tópica, es decir, la utilización literal de los términos.

2.º Debe reducirse el tejido de relaciones, con ayuda del cálculo, de tal forma que sea posible llegar a un número determinado y el menor posible de correspondencias. Vemos así que a las proposiciones fundamentales de la ciencia corresponden las fórmulas iniciales del cálculo; a los conceptos, las variables de las fórmulas, etc.

Pero la aplicación de la axiomática es muy diferente si en lugar de la lógica pura se trata de ciencias de lo real. Mientras que el formalismo puro procede a aplicar los cálculos dotándolos de uno u otro modo de significación, en el caso de la ciencia hay que hacer referencia especial a la realidad, dando al cálculo un precepto de significación que es arbitrario desde el punto de vista lógico. Esto demuestra que la tópica no puede ser totalmente eliminada en un sistema-objeto, como es el jurídico, porque reaparece con la significación, que es indispensable para una aplicación relevante del cálculo.

LA TÓPICA EN LA CIENCIA JURÍDICA.

I. Ya hemos dicho que para que haya ciencia es menester que exista unidad sistemática. En el ámbito jurídico, tal unidad es algo «anticipado», vale decir, que sólo existe aproximadamente, ya que no hay investigaciones axiomáticas exhaustivas que permitan fijar con seguridad todos los postulados del sistema. Por eso el tejido de las proposiciones jurídicas no constituye un sistema en sentido lógico, no es un sistema perfecto pues pueden formarse varios, resultando también diversos sus alcances. Esto es lo que posibilita las colisiones legales y doctrinarias.

Tomando el sistema jurídico en su totalidad, no es posible interpretarlo como un sistema lógico, pero tampoco puede admitirse que sea un simple agregado de nociones, en cuyo caso desaparecería la ciencia jurídica (16). La estructura total de tal ciencia sólo se puede determinar desde sus propios problemas, y la fijación correcta de ellos no es tarea de la axiomática. Por eso insistimos en que la lógica jurídica es más amplia que la axiomática pura, ya que junto a ella, que prescribe las reglas para el uso correcto de los argumentos lógicos, encontramos la tópica o fijación de las estructuras que convienen a la ciencia jurídica

(16) No han faltado teorías excépticas que negaran carácter científico al conocimiento jurídico, pero en general no han tenido resonancia. Por ejemplo, la posición de Kirchmann, cf. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, pág. 215.

como tal. Para ello no basta la simple reunión de los problemas, hay que buscarle una unidad, que sólo puede lograrse a la altura de los principios. Pero éstos, a su vez, no pueden ser sometidos a discusión, porque se cometería un grave error lógico de círculo vicioso. Tampoco pueden discutirse con ayuda de puros principios lógicos, porque éstos de por sí no son aptos para fijar ámbitos.

El punto de partida posible para una elucidación sobre los primeros principios de la ciencia jurídica no es otro que la comprensión de las opiniones sostenidas en cada cuestión particular por la doctrina (17), tales como el concepto de *derecho*, *jurídico*, *norma*, etc., y sus diferentes aplicaciones en legislación y jurisprudencia. Una vez definidas estas nociones se podrá calificar el problema que las contenga en la esfera de la ciencia del Derecho. Pero estas definiciones no son derivables de axiomas, sino que son ellas mismas preceptos de significación que permiten aplicar el cálculo. Sólo cuando se han dotado de significación unívoca estas nociones pueden realmente funcionar en un cálculo.

Tomemos un sencillo ejemplo para aclarar esta cuestión. La fórmula lógica tautológica:

$$(p \supset q) \supset [(r \supset p) \supset (r \supset q)] \quad (18)$$

que es expresión de la ley de transitividad puede intentar aplicarse a un razonamiento jurídico.

Sea que:

p signifique: «El acto jurídico A no es contrario a Derecho».

q signifique: «El acto jurídico A no es punible».

r signifique: «El acto jurídico A es testamento».

para que la fórmula concluya con relevancia: «nunca es punible testar» es necesario definir *testamento* y *acto jurídico*, definiciones que suponen la de *hecho jurídico*. Nótese que la fórmula seguirá siendo verdadera aunque se introduzcan definiciones falsas, y por eso insistimos en que

(17) Esto se hace en las disciplinas llamadas «Introducción al Derecho» o «Teoría general del Derecho», que son ciencia y no filosofía del Derecho. La iusfilosofía es parte de la filosofía y no de la ciencia jurídica, lo cual no excluye numerosos puntos de contacto, ya que hay zonas de matiz tan esfumado que resultan de calificación muy difícil.

(18) La transitividad del *sequitur*, ley fundamental del cálculo proposicional, en sí pertenece a un sistema axiomatizado donde su uso es imprescindible para la deducción por métodos sintácticos. Al utilizarse en un sistema mixto debe integrarse con algún método semántico.

para un funcionamiento real y relevante del cálculo se requiere un precepto claro de significación.

En algunos casos puede aparecer una primera solución, cuando podemos extraer la definición de una disposición legal, en nuestro caso el artículo 896 del Código Civil Argentino para los hechos jurídicos. Pero tal solución es engañosa. Porque, aun dejando de lado la cuestión de si una norma puede definir en estricto sentido lógico, no siempre pueden extraerse definiciones de los preceptos jurídicos, y aun en el caso de haberlos, tales definiciones no son axiomas y no tiene por sí valor unívoco, sino que es preciso interpretar sus términos, es decir, darles la significación que tendrán en la fórmula. Para eso recurrimos a la labor doctrinaria.

Podemos señalar varios casos importantes de las dificultades con que tropezará inevitablemente todo intento de axiomatización total debido al precepto de significación.

a) La distinción entre Derecho objetivo y subjetivo depende de la elucidación de un problema no formalizable y que proviene de la doble significación del término *derecho*. Pero cuando esto ocurre el cálculo no puede funcionar. En una consideración lógica pura no es posible decir que *Derecho* es algo así como un género del cual *objetivo* y *subjetivo* serían especies. Tal cosa sólo es posible en teoría de conjuntos si se demostrara previamente que ellos dos agotan la clase. Si tal prueba no es posible —y obviamente no lo es— las fórmulas quedan indeterminadas. Queda aún la posibilidad de asignarles variables diferentes, como si se tratara de dos conceptos independientes, pero se abren entonces nuevas dificultades, cual sería la formulación del concepto *derecho* en general.

Se ve, pues, que la dicha distinción ha de basarse en otros criterios extralógicos, que serán tomados como puntos de vista desde los cuales se entiende el Derecho, tal como hace en realidad la doctrina (19). Esto nos demuestra, que al menos a esta altura de las investigaciones lógico-jurídicas, no se ha pasado de la tónica en esta cuestión, y tal vez nunca sea posible trascenderla, por la misma índole de la problemática. En este caso sólo resta tener en cuenta que los resultados de cualquier elaboración doctrinaria no pueden ser presentados como verdades susceptibles de convertirse en axiomas.

(19) Basta constatar las definiciones que se encuentran en la nutrida bibliografía de *Introducción al Derecho* y de *Derecho Civil general*. La diferencia de redacción no siempre implica diferencia de fondo, y a la inversa, formulaciones muy similares esconden divergencias profundas.

b) El concepto de *fuerza del Derecho* presenta la estructura de un problema opinable. Su ordenación y jerarquía, la distinción entre formales y materiales y la aceptación o rechazo de alguna deriva de una previa definición de *fuerza jurídica*. Se ve desde ya que la cuestión se encamina por derroteros dialécticos. Basta notar que la división cuatripartita de las fuentes —ley, costumbre, jurisprudencia y doctrina—, que proviene del Derecho Romano, fue formada experimentalmente y nada indica que se haya agotado la enumeración o que todas ellas deban considerarse en pie de igualdad. Por eso algunos autores, como Goldschmidt, proponen una distinción previa entre fuentes de producción y de conocimiento, que, por supuesto, modifica totalmente la estructura del problema.

c) Hay varios modos posibles de definir jurídicamente, y todos deben cumplir las siguientes reglas:

- 1) Aplicar las reglas de la definición correcta.
- 2) Salvar las posibles ambigüedades.
- 3) Eliminar las redundancias, que son más frecuentes de lo que a primera vista pudiera parecer (20).

Los modos más usados para definir en Derecho son: Por una propiedad esencial; por el efecto; por la génesis. Por ejemplo, el artículo 1.323 del Código Civil define contrato de compraventa por una propiedad esencial. Para hacer esto correctamente hay una serie de reglas tópicas (21). La definición del artículo 1.137 del mismo Código es genética, y *hecho jurídico* (art. 896) es definido por el efecto. A veces estas distinciones se desdibujan, pues un efecto jurídico puede ser considerado propiedad esencial. Otras veces la propiedad esencial es la forma jurídica (como en la definición de *mandato* del artículo 1.869).

La labor doctrinaria consiste en esclarecer estas definiciones dotándolas de significación concreta para cada caso. Aquí encontramos nuevamente los límites problemáticos. Es cierto que no toda definición doc-

(20) En lo fundamental es el método propuesto por Aristóteles en los *Tópicos*, libro VII, cap. 3.

(21) Las reglas propuestas por Aristóteles para enunciar correctamente una propiedad esencial son las siguientes (*Tópicos*, libro V, cap. 1):

1.ª Regla para determinar si se ha formulado correctamente: sus términos deben ser inteligibles. De lo contrario es un pseudo-problema.

2.ª Ver si el término que formula la propiedad tiene más de un sentido. La ambigüedad también ocasiona pseudo-problemas.

3.ª Ver si en la propiedad se repite el mismo término o su sinónimo. La redundancia entre la pregunta y la respuesta anula esta última.

4.ª No debe expresarse como propiedad un atributo universal.

trinaria es aceptable en un sistema jurídico. Así, cualquiera que sea el valor académico de una definición de contrato, para el sistema jurídico argentino sólo será relevante una definición doctrinaria compatible con la definición legal del artículo 1.137 del Código Civil. Sin embargo, este hecho no la transforma en apodíctica, y seguirá siendo opinable. ¿Por qué? Porque esta definición doctrinaria puede formarse según diferentes metodologías.

Por ejemplo, para definir doctrinariamente y con relevancia jurídica para el sistema argentino *contrato*, puede utilizarse la distinción entre hechos y actos jurídicos, luego la de éstos en unilaterales y plurilaterales y en patrimoniales y no patrimoniales, en una suerte de árbol de Porfirio civilista. Se llegará así a la definición que propone Spota (22), «contrato es todo acto jurídico plurilateral patrimonial». Esta definición «coincide» con el artículo 1.157 a condición de interpretar «derechos» de dicho texto legal como «derechos patrimoniales». La definición propuesta por Borda (23) coincide también con la legal pero restringe «reglar» a «generar» (derechos u obligaciones). Así resulta que para Borda la convención es un género (crear, extinguir, modificar derechos u obligaciones) y el contrato es la especie (sólo crea derechos u obligaciones). En cambio para Spota la primera distinción es: patrimonial-no patrimonial. Las convenciones no patrimoniales para él no constituyen contrato (tampoco para Borda pero por otros motivos y en esto ambos están concordes a los textos) y en el ámbito patrimonial convención y contrato se identifican.

Ambos autores se han basado en una interpretación del texto legal y de sus fuentes, y sin embargo han llegado a distintas conclusiones, porque sus argumentos no son deducciones desde el punto de vista lógico. Por eso ninguna de ellas puede fijarse como axioma, ni es posible introducir algunas de sus distinciones en un razonamiento estricto, pues carecen de validez lógico-formal. El único requisito para admitir distinciones basadas en textos legales es tópico. Pero un cálculo que las incluya debe renunciar a la pretensión de ser un teorema.

d) El análisis de las significaciones tiene por finalidad evitar las ambigüedades y los pseudo-problemas, que los antiguos ya trataron a propósito de la falacia de los cuatro términos del silogismo. En realidad es posible utilizar un mismo término con más de una significación sin

(22) Of. Alberto SPOTA: «Teoría general del contrato». Edic. Universidad de El Salvador, Bs. As., 1963, t. I, cap. 1 y ss.

(23) Cf. Guillermo BORDA: «Manual de contratos», Perrot, Bs. As., 1963, páginas 7 y ss.

caer en ambigüedad a condición de que se lo defina en cada caso, pero esta práctica, amén de engorrosa, es poco recomendable. La conveniencia práctica de definir primero el sentido de un término se transforma en necesidad cuando se quiere formalizar el argumento. Algunos de los problemas jurídicos no son más que pseudo-problemas, como se descubre al analizarlos semánticamente. El concepto iusfilosófico de «Derecho natural variable», que algunos afirman con tanta insistencia cuanto ponen otros en negarlo, no alcanza muchas veces la categoría de verdadera disputa pues no se ha determinado el alcance del mismo: si se refiere a normas de un Derecho natural en sí, a nuestro conocimiento de ellas o a ambas cosas. Un modo de evitar estas inútiles discusiones que no tienen fin porque no tienen solución posible, es definir al comienzo de una investigación los términos problemáticos. Por supuesto ésta no es una solución perfecta desde el punto de vista axiomático pues habría que definir al infinito o llegar a un axioma. Pero desde el ángulo práctico, que es el que interesa a los juristas, hay que admitir la regla tópica que exige emplear términos definidores más evidentes o más avalados doctrinariamente que el término problemático (24).

La utilidad de los diccionarios jurídicos es proporcionar hecho este trabajo y dar un elenco lo más completo posible de los términos técnicos y sus significaciones. Pero ninguna ciencia puede utilizar sólo palabras técnicas; por eso los diccionarios técnicos no son a su vez técnicos, pues no todas sus palabras están definidas en ellos, como sucede con los diccionarios idiomáticos.

Debemos renunciar, pues, a la pretensión de un lenguaje totalmente técnico en una ciencia de contenidos reales, que no admite el uso de símbolos convencionales más que limitadamente. A los fines prácticos de la discusión jurídica son suficientes las reglas expuestas. Siempre que se respeten, costumbre que aún está en vías de adquisición.

En conclusión podemos proponer las siguientes reglas para la fijación de los sentidos:

- 1.º Detectar el número de significaciones de un término.
- 2.º Dar en lo posible sus definiciones.
- 3.º Para el caso de que los sentidos sean aparentemente inconciliables hay que determinar si se tratan de discrepancias esenciales o sólo aparentes.
- 4.º Tomar en consideración que un término puede variar su significado conforme a la categoría de seres a que se refiere. Por ejemplo

(24) ARISTÓTELES: *Tópicos*, libro VI, cap. 1.

«bueno» referido a un hombre y a un automóvil; en el primer caso tiene connotación moral y en el segundo utilitaria. Así, en Derecho hablar de una «buena ley» es ambiguo, ya que «buena» puede significar algo intrínseco, como «justa» o «técnicamente correcta» o «buena» por relación a un fin exterior a sí, tal como se dice que una ley impositiva es buena para obtener fondos con destino al erario público. También «justa» referido a una ley puede tener diferentes sentidos, y otro tanto con respecto a una sentencia. Puede significar que realiza en sí misma criterios de justicia, o puede querer decir simplemente que fue dictada conforme a un precepto superior, el cual a su vez es considerado justo en el primer sentido. También es famosa la ambigüedad del adjetivo «legal» que según las obras, y a veces en la misma y según los contextos, más o menos arbitrariamente, designa ya lo derivado o referido a la ley como producto jurídico del Parlamento, a cualquier norma positiva y aun como equivalente del adjetivo «jurídico».

Hemos visto hasta aquí que por falta de las condiciones requeridas para formalizar el sistema, la ciencia jurídica sólo tiene una estructura centrada sobre problemas, cuya ordenación y fijación es tarea de la tópica.

II. Una vez determinado el problema es preciso discutirlo. La fijación del problema puede ser provisoria, y de hecho lo es siempre en las ciencias experimentales, en que los «datos» no están todos dados en el momento de iniciarse las investigaciones, y que suelen modificarse después por causa de nuevas experiencias. En el caso de la ciencia jurídica la movilidad del problema es menor, pero también existe, sea por el aporte de nuevas disposiciones legales o por modificación o afirmación de la jurisprudencia relativa.

La discusión de un problema es libre, en el sentido de que todo argumento lógico y científicamente válido puede ser aducido, pero aun en estos casos se deben cumplir ciertos requisitos formales si se quiere llegar a un resultado positivo. Así como hay pseudo-problemas, hay también falsas discusiones que conducen a un callejón sin salida. El segundo tema de la tópica es, pues, el de la disputa o discusión (25). La discusión a la que nos referimos en este apartado es la doctrinaria y no la originada por una controversia judicial, no se elabora sobre cuestiones de hecho o casos concretos, aunque ellos pueden aducirse como ejemplificación, sino sobre proposiciones universales.

(25) Corresponde al libro VIII de los *Tópicos* aristotélicos.

Las teorías jurídicas se elaboran como respuesta a problemas centrales, sea dentro de una de las ramas del Derecho, o referidas a su totalidad. El primero es el caso de las teorías jurídicas particulares, y el segundo, de la teoría general del Derecho. El problema sobre el cual se desenvuelve la teoría puede ser más o menos amplio, desde una cuestión jurídica hasta abarcar el mismo concepto de Derecho en cuanto ordenamiento normativo (26).

Llamamos *aporía fundamental* al núcleo central problemático del cual se derivan los otros, cuyo conjunto es solucionado o explicado por una teoría jurídica. Hay que destacar que una cosa es discutir la aporía fundamental y otra toda la teoría. Al dar la solución a la aporía fundamental nos inscribimos en una línea de respuestas. Para que la teoría derivada de esta primera solución sea coherente, todos los problemas deben poderse resolver según esa primera solución. Si esto falla, tal teoría, amén de carecer de valor científico, es inútil en su aplicación práctica porque conduce a resultados contradictorios.

Llamamos *complejo dialéctico* al conjunto de elaboraciones que completan la primera respuesta. Todos los estudios jurídicos, aun los que pretenden ser sólo exposiciones de la legislación vigente, salvo que se limiten a copiarla, son complejos dialécticos. Es muy raro que un estudio jurídico sea meramente expositivo, aunque su autor afirme lo contrario, porque si quiere hacer algo más que repetir los preceptos legales, los problemas y sus soluciones tendrán un esquema que supera la positividad jurídica. Y si fueran realmente sólo expositivos no serían científicos.

El caso más común en que se presenta la discusión de una aporía fundamental es el de la existencia o inexistencia de una rama jurídica autónoma. Existirá una rama autónoma si existen ciertos principios particulares, diversos y más específicos que los de la rama común del Derecho, o de la rama de la cual se separa. Sobre tales criterios se ha organizado como disciplina autónoma el Derecho de la Navegación, que sin embargo en nuestro Derecho carece de autonomía legislativa, pues sus normas están integradas al Código de Comercio. Tal vez sería también posible estructurar un derecho del transporte terrestre (27), y se habla de la autonomía del derecho espacial (rama que surgirá ya con independencia y en la cual se da el caso de que la doctrina precede a la

(26) Nos referimos aquí al Derecho positivo y no a una definición de derecho que comprenda el derecho natural, la justicia o sus fundamentos ontológicos, pues ellos corresponden a la Filosofía jurídica y no a la ciencia del Derecho.

(27) Cf. Domingo RAY: «Derecho de la Navegación», *Bs. As.*, 1962, p. 85.

positividad jurídica) y poco se discute la autonomía del derecho aeronáutico. También es fácil prever la posibilidad de un derecho general del transporte del cual los citados serían subramas. Es claro que estas variantes han sido determinadas históricamente por adelantos técnicos y de ellos dependen, por lo cual no puede legislarse anticipadamente a ellos.

La pregunta que contesta por sí o por no sobre la existencia de estas ramas es, ¿tiene principios propios? Pero, ¿qué debe entenderse por *principios propios*? Tal cuestión sólo admite una respuesta tópica. La existencia de una legislación específica, argumento que suele aducirse en las discusiones no es un criterio válido. Es cierto que generalmente un Código sobre una materia determina su autonomía, por la particular característica sistemática de estos ordenamientos legales. Pero si no diera principios doctrinariamente suficientes (por ejemplo, por defecto de técnica legislativa o por insuficiencia de la materia jurídica) tampoco bastaría. Una prueba es la autonomía sistemática del Derecho de la navegación, que carece de legislación autónoma. Otra, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, mucho más orgánicos que cualquiera de las disposiciones de Derecho Internacional Privado interno, no constituyen una rama específica.

Y la otra razón importante para negar que el criterio de la legislación específica determine por sí la autonomía de una disciplina jurídica es que precisamente se trata de saber si esas normas dispuestas en un conjunto legal independiente han de interpretarse conforme a los principios comunes del Derecho o según principios propios. La autonomía no puede ordenarse legislativamente si no se dan las bases para elaborar dichos principios particulares. Pero de cualquier modo su formulación completa corresponderá a la doctrina. Por eso es ingenua la repulsa a las interpretaciones de los ordenamientos, como las célebres de Justiniano y Napoleón. Supondría sencillamente la inaplicabilidad de sus normas y la muerte jurídica de las mismas.

LA TÓPICA EN LA LABOR JUDICIAL.

Tampoco es posible eliminar la tópica en la aplicación del Derecho. Ella aparece en tres pasos por lo menos: proceso de formulación de la norma singular; interpretación del estado de cosas, y determinación concreta de un margen indeterminado.

I. Sobre cuál sea la estructura lógica del proceso que conduce a la formulación de la norma individual o sentencia hay posiciones para to-

dos los gustos. Algunos afirman que es un silogismo; otros le niegan tal formalidad dándole un carácter especial e irreductible, sea por una intuición del juez sobre lo justo particular, sea por una labor creadora que aplicaría una lógica diferente a la común (28).

Nuestra opinión es que, desde un punto de vista formal, sólo podemos pasar de una proposición universal a una particular por inferencia, y el proceso judicial que basa una sentencia (norma individual) en una ley, decreto o resolución administrativa (norma general) mantiene esa forma lógica.

Para evitar confusiones aclaramos que nos referimos en este apartado sólo a la determinación jurisdiccional del Derecho aplicable a un caso y no de la «jurisprudencia» en el sentido de fundamento doctrinario o criterio de solución que ha seguido un fallo o conjunto reiterado de ellos, y que puede a su vez ser citado como fundamento. La jurisprudencia como criterio reiterado de solución de problemas no es obligatoria para el juez en nuestro ordenamiento, en que sólo son vinculantes los fallos plenarios. Pero sea que el juez la tenga en cuenta por obligación o por devoción, en la medida en que excede los casos singulares para los cuales fue dictada, constituye a su vez criterio general de solución, que complementan, modifican o especifican la norma legislativa aplicable y que funcionarán como premisas, no como conclusión.

La lógica tradicional explicaba la formación de una conclusión individual a partir de premisas universales por el *modus Barbara II*, silogismo cuya mayor es universal y la menor singular. Esta es equiparada a una universal al considerar que el predicado suple en ellas de la misma manera (29). La lógica moderna nos da una fórmula más perfeccionada, demostrando la existencia de otras posibles inferencias. Eso no hace a nuestro caso, y nos basta afirmar que siempre se requiere un término medio para la corrección formal de la inferencia mediata. Esto no significa afirmar que la sentencia, como inferencia, concluya necesariamente. Si así fuera no se explicaría la contradictoriedad de fallos sobre problemas muy similares y basados en las mismas normas. El carácter tópico de las argumentaciones da cuenta de ello.

La primera función de la tónica en la labor judicial es la determinación de la «premisa mayor» del llamado silogismo judicial, es decir, la

(28) Por ejemplo, RECASÉNS SICHES, en *Una nueva teoría de la interpretación del Derecho*, propone la lógica de la razón vital o «logos de lo razonable», que considera distinta y opuesta a la lógica formal, y fundamentada en la filosofía de Ortega.

(29) Ulrich KLUG: *Lógica Jurídica*, p. 110.

proposición que comprende la norma. Sólo en un sentido muy lato puede decirse que sea la norma. En rigor es la norma interpretada, es decir, a la que se le aplicó el precepto de significación que define sus términos. Las premisas legales que han tomado dos fallos contradictorios no son idénticas pues la interpretación las ha dotado de diferente contenido.

Los criterios de interpretación son tópicos e inclusive no es formal el modo de llevarla a cabo; por eso no es posible la existencia de una única interpretación: para ello sería necesario que todos los términos utilizados fueran definidos previamente hasta un axioma. Y ya hemos visto que la terminología jurídica no es un sistema cerrado de definiciones. La opinabilidad de los resultados es algo que no puede descartarse, sin embargo no cualquier resultado que cumpla los mínimos requisitos formales resultará adecuado.

El criterio tópico de adecuación supone varios elementos. Al buscar la interpretación que más se adecúe al caso afirmamos implícitamente la búsqueda de la que nos conduzca al resultado más deseable desde el punto de vista jurídico. Los juicios valorativos integran de esta manera —sean o no reconocidos como tales— las premisas y la conclusión judicial.

II. Otro punto de inserción tópica en la labor judicial es la interpretación de un estado de cosas. Todo caso judicial comporta un problema de hecho, al cual hay que calificar jurídicamente para hallar la consecuencia jurídica. Este proceso de calificación, desde el punto de vista formal, no es tan sencillo como parece. La segunda premisa del famoso silogismo, que ingenuamente se ha denominado «el hecho», no es el hecho en bruto, sino un hecho interpretado y calificado jurídicamente. Supongamos la siguiente inferencia: «Todo el que matare dolosamente a otro será condenado a prisión» (norma general); «Juan Pérez ha matado dolosamente a otro»; «Luego Juan Pérez debe ser condenado a prisión»; ella presenta, entre otros, el problema llamado de la determinación de los hechos. La acción de Juan Pérez tiene que ser calificada como «homicidio doloso»; el juez recibe una serie de datos que constituyen la prueba, pero no son informes desordenados sino orientados hacia lo que se quiere probar y suponen una calificación jurídica, al menos provisoria, que se inicia ya en el simple sumario policial. Estos criterios tópicos que se aplican a los hechos para su mejor comprensión nos impiden hablar de «puros hechos» y de pruebas totalmente objetivas, en el sentido de que carezcan de un elemento cualificador. Si éste no estuviera presente, ni siquiera se sabría qué es lo que se quiere pro-

bar o a qué hay que llamar un hecho jurídicamente relevante. El punto de partida en la consideración fáctica es, pues, necesario, y es necesariamente tópico.

III. Otro caso en que los criterios tópicos ayudan a la labor judicial es el margen de discrecionalidad que la norma general puede otorgar al juez. Por ejemplo, la gradación de la pena en el proceso penal, o la indemnización por daños en los civiles. También la misma norma general propone el criterio tópico, advirtiendo que para la fijación del tiempo de prisión o el monto pecuniario, se tendrá en cuenta en cada caso la peligrosidad, el daño realmente causado, las posibilidades económicas de las partes, etc. Tales criterios generalísimos nunca pueden determinar fallos unívocos, pues la aplicación no sólo dependerá de los casos, sino también de la apreciación subjetiva que el juez hace de los mismos. Y esta variación está consentida por el ordenamiento, es hasta necesaria para su mejor funcionamiento y no puede cuestionarse (30).

CONCLUSIÓN.

Por todo lo visto hasta aquí podemos concluir que si bien la axiomática tiene un interés grande para la ciencia jurídica, debe darse parte no menor a la tópica, ya que no es posible eliminarla del ámbito de la consideración formal de los problemas jurídicos. Porque para axiomatizar totalmente el Derecho y suprimir lo tópico no debería haber interpretación sino que el legislador continuamente definiera, y aun en esos casos ya vimos la imposibilidad de que un sistema-objeto sólo se valiera de términos técnicos. Ningún sistema mixto es totalmente formalizable, y quienes ven como negativa la total axiomatización del Derecho pero creen en ella, pueden quedar tranquilos. La tópica fija los

(30) Estas funciones de la tópica han sido recalcaídas recientemente por Teodor VIEHWEG, en *Tópica y Jurisprudencia*, y por G. KALINOWSKY, en «De la spécificité de la logique juridique», *Archives de Philosophie du Droit*, t. XI, p. 15, quien las incluye entre las reglas paralógicas de los razonamientos jurídicos. También han insistido en el carácter extra-axiomático del uso real de las argumentaciones jurídicas Jean GREGOROWICZ, «L'argument a maiore ad minus et le problème de la logique juridique» (*Logique et Analyse*, a. 5.º, n.º 17-18, 1962, pp. 66-75), y Joseph HOROVITZ, en su informe crítico sobre Klug (*Logique et Analyse*, n.º 9), y especialmente los autores del Common Law, tradicionalmente sensibles a las variaciones jurisprudenciales, por ejemplo: LOEVINGER, COHEN, CARDOZO, FRANK, LEVI, etcétera, con diversos matices, coinciden en que no hay una aplicación directa de las reglas jurídicas, ni una inferencia estricta en sentido lógico.

límites de la axiomatización, que están señalados por tres órdenes de cuestiones que son patrimonio tópico:

1.º La estructura total de la ciencia del Derecho debe determinarse desde sus problemas. La fijación del problema es tarea de la tónica y no de la axiomática.

2.º Las partes integrantes de la estructura jurídica (conceptos y proposiciones) deben quedar ligados al problema para conservar significación y por tanto debe haber un puente entre la posible simbolización de los elementos y su referencia significativa al problema.

3.º Los conceptos y proposiciones jurídicas sólo pueden ser utilizados en su implicación con el problema. La vinculación entre los elementos y el problema mismo y los criterios para fundarla o mantenerla son patrimonio de la tónica.

Estos órdenes de cuestiones nos muestran que el sistema jurídico es abierto y no totalmente formalizable. Hart se ha referido a la «textura abierta del Derecho» precisamente para indicar la constante incorporación y variación de las significaciones jurídicas. Incluso podemos afirmar que no sólo las significaciones sino los criterios valorativos se introducen en el Derecho por la tónica. Si se quiere que el Derecho realice algún valor —y parece que no es posible que no realice ninguno, positiva o negativamente— se los debe introducir como criterios generales de interpretación, y como orientaciones en la aplicación del Derecho y en la creación de normas. La introducción de tales tónicos impide la seguridad formal de la axiomática pura, pero en cambio otorga más flexibilidad. La justicia como criterio valorativo se introduce inclusive como explicación de la preferencia de una entre varias interpretaciones o soluciones lógicamente posibles, o entre varias normas de posible creación dentro de los límites fijados por la norma superior. No existe una regla general y determinada para la formación de estos criterios, pero sin embargo no es imposible encontrar criterios de justicia que puedan tener aplicación general en un sistema.

CELINA ANA LERTORA MENDOZA.