

Tópica y humanismo jurídico

Por MANUEL JESÚS RODRÍGUEZ PUERTO

Universidad de Cádiz

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS ROMANISTAS DEL RENACIMIENTO Y LA NOCIÓN DE TÓPICO—3. LA TÓPICA ACTUAL.

1. INTRODUCCIÓN

En su *Tópica y Jurisprudencia*, Theodor Viehweg hace referencia a los diversos precedentes históricos de su Teoría: Aristóteles, Cicerón, el Derecho romano, el Derecho Común medieval o Vico¹. Es discutible hasta qué punto las propuestas de Viehweg concuerdan con esos modelos², pero esa comprobación requeriría un espacio mucho mayor del ahora disponible. Ahora sólo me referiré a la corriente que produjo las primeras manifestaciones expresadas de tópica jurídica surgidas en nuestra cultura. Me refiero al Humanismo jurídico y a los diversos tratados que con esa denominación aparecen a lo largo del siglo XVI.

Viehweg conocía los esfuerzos metodológicos realizados por los integrantes del Humanismo jurídico, aunque no los estudió con detalle³.

¹ Cfr. *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung*. München, München, 1974 (5.ª ed.), caps. II, IV y V, *per totum*.

² Vid. por ejemplo, BLÜDHORN, J., «Kritische Bemerkungen zu Theodor Viehwegs Schrift: Topik und Jurisprudenz», en *Revue d'Histoire du Droit*, xxxviii, 1970, *per totum*. Este autor considera que Viehweg no ha expuesto correctamente el contenido de la Lógica aristotélica y la relación que en ella poseen la Analítica y la Dialéctica.

³ En *Topik und Jurisprudenz*, hay referencias a los autores del Humanismo jurídico del XVI al analizar el *mos italicus*. Viehweg menciona a Petrus Andreas Gammarrus, Johannes Apel, Claudio Cantuuncula o Johannes Oldendorp, y con algo más deta-

Quizá sea interesante aludir ahora a la relación de sus teorías con las de los juristas del XVI, y no por un mero placer arqueológico, sino porque las diferencias entre ambas maneras de entender la Tópica pueden ser útiles para comprender el alcance de la obra de Viehweg.

2. LOS ROMANISTAS DEL RENACIMIENTO Y LA NOCIÓN DE TÓPICO

A pesar de los nombres de algunas de sus obras, establecer si los representantes del Humanismo jurídico hacían tópica jurídica no es una tarea tan fácil como puede parecer, sobre todo porque no está claro en qué consiste exactamente la Tópica. Según G. Otte, básicamente hay tres acepciones de este concepto. La primera consiste en una racionalización de la búsqueda de las premisas necesarias para la argumentación. En este caso, la tópica se basa en catálogos de puntos de vista utilizables en la discusión. En segundo lugar, puede ser una forma de reconocimiento de validez, basada en el consenso y la discusión. Finalmente, puede entenderse como una forma de razonamiento opuesta al sistema y determinada por la conformación del problema en cuestión⁴.

La forma de entender la cuestión tópica de la época humanista podría incluirse bajo la primera acepción. Señala Otte que la tópica jurídica desde la Edad Media hasta el siglo XVII consistió en catálogos generales de tópicos que actuarían como arsenales de argumentos de tipo formal utilizables en todo tipo de controversias⁵. A partir de los siglos XII y XIII son redactadas recopilaciones de argumentos, destinadas a la discusión de cuestiones jurídicas, partiendo del presupuesto de la imposibilidad de dar una única respuesta correcta a determinados problemas⁶. Consecuentemente, según este mismo autor, la teoría tópica de esos años consiste en un medio de introducir en la discusión jurídica cualquier argumento concebible⁷, y una interpretación de este tipo es la que parece tener en cuenta Viehweg cuando alude a la jurisprudencia romanista como un proceder tópico. Sin embargo, la cuestión puede ser algo más complicada. Es verdad que el saber jurídico medieval partía de una

lle a Mateo Gribaldo, pp. 73, 75 y 76 de la ed. cit. También señala que a partir del siglo XVI se reprochó a los representantes del *mos italicus* la falta de sistema (p. 64). Hay referencias bastante sucintas a las reformas metodológicas propias del Humanismo en su artículo «Perspectivas históricas de la argumentación jurídica: la época moderna», en *Tópica y Filosofía del Derecho*, trad. de J. Malem, Barcelona, Gedisa, 1991, pp. 151 y 161-162.

⁴ Cfr. «Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben», en *Rechtstheorie*, I (1970), pp. 185, 188, 191.

⁵ Cfr. OTTE, G., «Zwanzig Jahre...», cit., p. 187.

⁶ Cfr. OTTE, G., «Theologische und juristische Topik im 16. Jahrhundert», en *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie von 16. bis zum 18. Jahrhundert*. Ed. por J. Schröder. Stuttgart, Franz Steiner, 1998, p. 19.

⁷ Cfr. *Theologische und juristische Topik...*, cit., p. 24.

consideración casuística de la actividad *práctica*, y concebía la decisión en este ámbito como un proceso de contraposición sucesiva de argumentos hasta llegar a una solución razonable⁸. Por lo demás, ésta era una mentalidad bastante extendida por la cultura medieval: la *disputatio*, la discusión y la alegación de opiniones diversas para llegar a la verdad, era una actitud intelectual difundida entonces, y no sólo en el ámbito del Derecho: la estructura de los artículos que forman la *Suma Teológica* de Tomás de Aquino es un buen ejemplo de ello⁹. Cabe preguntarse entonces si todos los argumentos empleados por los juristas del *ius commune* eran tópicos. A lo largo de su etapa medieval los argumentos utilizados por estos autores pueden agruparse en tres categorías: los textos de la Compilación justiniana, el argumento de autoridad, normalmente referido a juristas prestigiosos y lo que algunos autores han denominado *rationes*, es decir, argumentos de origen diverso que basaban su relevancia en consideraciones de utilidad, justicia natural, lógica, etc.¹⁰. En este tercer grupo pueden ser incluidos los tópicos o *loci communes* de naturaleza formal que con cierta frecuencia utilizaban los juristas. Estos incluían, ya en la época de los Glosadores, los tópicos *a diffinitione, a descriptione, a toto, a partibus, a divisione, a causis, ab effectu, ex consequentibus*, etc.¹¹. Su origen está sobre todo en Boecio y lo que éste transmite de Cicerón, y una serie de autores, que conformaron la *logica vetus* propia de las escuelas medievales¹². En bastantes ocasiones estos tópicos se empleaban en conjunción con el texto jurídico romano, ya que servían, como el *locus a simili*, para facilitar su entendimiento y aplicación.

Ahora bien, no todas las decisiones y argumentaciones que aparecen en las Glosas y Comentarios del Derecho Común se basan en el empleo de esos tópicos. Desde ese punto de vista, no estamos ante una jurisprudencia tópica. En cambio, si entendemos esta noción, según la clasificación de Otte, como un proceder basado en la contraposición de puntos de vista, puntos de vista que no funcionan como

⁸ Vid. CARPINTERO, F., «En torno al método de los juristas medievales», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, p. 52 (1982), *per totum*.

⁹ Viehweg ve en esto una prueba del carácter tópico de la cultura medieval, aduciendo el ejemplo de Santo Tomás y de Bartolo. Cfr. *Topik und Jurisprudenz*, cit., p. 70.

¹⁰ Cfr. LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 104 ss.; CARPINTERO, F., «En torno al método...», cit., pp. 625 ss.

¹¹ Vid. OTTE, G., *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt am Mainz, Vittorio Klostermann, 1971, pp. 186-226. Sin embargo, a juicio de este autor, no todos estos instrumentos son tópicos en un sentido estricto; algunos, como el *locus a simili*, son más bien tipos de razonamiento, concretamente entimemas. Cfr. también sobre el empleo de los *loci*, HORN, N., «Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus philosophus», en *Ius Commune*, I, 1967, pp. 115, 118, 129.

¹² Cfr. HORN, N., «Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren...», cit., p. 129. Indica este autor que Baldo, uno de los juristas medievales más cultos, cita poco los escritos de lógica de Aristóteles.

axiomas, sino como premisas abiertas a la discusión según las exigencias del problema, tal vez sí pudiéramos considerarla como tal, entendiendo por tópicos las leyes del *Corpus Iuris*, las *regula iuris*, las opiniones de los juristas, etc. Sin embargo, los autores medievales no emplearon el término *locus* en ese sentido.

En este punto, la irrupción del Humanismo jurídico supone un cambio destacado. En efecto, los juristas influidos por esta corriente estimaban que el modo de proceder medieval había disuelto el saber jurídico en un mar de opiniones inabarcables, debido principalmente al desorden y al abuso del argumento de autoridad, sobre todo a partir del siglo XV. Los humanistas, que valoraban particularmente el orden y la claridad en la exposición de todas las materias rechazaron ese proceder y abogaron por un nuevo acercamiento al material jurídico de base romanista¹³. Uno de los medios que emplearon para llevar a cabo esa tarea fue precisamente la Dialéctica, de tal forma que los *loci communi* comenzaron a desempeñar un papel diferente del que habían tenido en la jurisprudencia medieval. En ese proceso fue decisivo el prestigio extraordinario de Cicerón entre los Humanistas. Sus obras fueron muy influyentes en el ámbito jurídico, y de su estela, nacieron libros tan representativos de la cultura humanista como la *Dialéctica* de Rodolfo Agricola.

El modelo ofrecido por este tipo de escritos, en los que se ofrecían los «lugares» a partir de los cuales puede ser conocida una realidad, es utilizado por algunos juristas, que, a partir de las primeras décadas del siglo XVI publican obras destinadas a presentar los contenidos del Derecho común de una forma ordenada. En esos casos, las instituciones aparecen clasificadas según sus definiciones, sus géneros, partes, etcétera, siguiendo las directrices de la nueva Dialéctica de los Humanistas. El *Iurisprudentia liber unus* de Sebastian Derrer¹⁴, o la *Methodica dialectices ratio ad iurisprudentiam adcomodata* de Johann Apel¹⁵. Claro está que no se trata de obras de tópica destinadas a la argumentación, sino de intentos de organizar el material jurídico romanista, empleando para ello los instrumentos proporcionados por la reciente cultura humanista. Y es necesario recordar que muchas de estas obras, como Apel reconoce expresamente¹⁶, tienen una finalidad más bien didáctica e introductoria al mundo jurídico.

¹³ Vid. la descripción del *ius commune* decadente en Carpintero, F., «“Mos italicus”, “mos gallicus” y el Humanismo racionalista», en *Ius Commune*, VI, 1977, pp. 117 ss. Sobre la actitud de los juristas humanistas y sus preferencias metódicas, vid. mi estudio *La Modernidad discutida. Iurisprudentia frente a iusnaturalismo en el siglo XVI*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1999, pp. 244 ss. y la bibliografía allí citada.

¹⁴ Vid. *Iurisprudentia liber unus*, Paris, 1539, tít. VI y VII, por ejemplo, en los que emplea la definición, la división, el género o la especie para clasificar diferentes figuras como el *ius scriptum* o el *ius commune*.

¹⁵ He manejado la edición de Nürmberg, 1535.

¹⁶ Cfr. *Epistola nuncupatoria*, de la *op. cit.* Las páginas de esta edición no están numeradas.

En cualquier caso, estas pretensiones atraviesan todo el siglo XVI y llegan hasta el XVII. Johann Althusius utiliza un esquema basado en la Dialéctica renacentista –concretamente en la de Pierre de la Ramèe o Petrus Ramus– para presentar una visión general de toda la materia jurídica propia de los romanistas¹⁷.

Todas estas obras son catálogos de instituciones jurídicas y no compendios de argumentos de tipo formal. Además, siguiendo las directrices trazadas ya por Agricola, el punto de partida inicial debe ser la definición de forma que nos encontramos con la exigencia de partir siempre desde lo más general para ir luego a lo más particular. Esta querencia hacia el orden recuerda bastante a la propia de un sistema, y esto nos lleva a una cierta contradicción. Como es bien sabido la tópica propuesta por Viehweg se caracteriza fundamentalmente por su oposición a los planteamientos sistemáticos. Ahora bien, los «lugares comunes» propios de la Dialéctica o tópica ciceroniana son empleados a veces por los juristas humanistas para redactar libros apariencia «sistematizadora»¹⁸. Para solventar esa perplejidad es necesaria una breve precisión sobre la idea de sistema.

Recordemos que Viehweg identificaba la idea de sistema con la de un sistema deductivo axiomático en el que todas las reglas jurídicas debían derivarse de manera necesaria de los axiomas iniciales¹⁹. Los defensores del mantenimiento de la idea de sistema lo han criticado por reducirla a esa noción tan estricta que nadie defiende hoy en el ámbito de la ciencia jurídica, y sostienen también que no es razonable renunciar completamente a toda sistematización, ya que eso supondría introducir el caos en el Derecho, en la medida en que no sería posible establecer ninguna idea directriz para comprender el orden jurídico. La idea de sistema ahora defendida no consiste en una estructura cerrada y absoluta, basada en procedimientos deductivos, porque es preciso satisfacer constantemente nuevas exigencias y problemas que no están recogidos –o al menos no en todas sus facetas– en el sistema²⁰. En ese sentido, M. Kriele afirma que un sistema no deductivo puede ser visto

¹⁷ Vid. *Dicaeologicae libri tres totum et universum ius, quo utimur, methodice complectentes*, Frankfurt a.M., 1649. Reprint de Scientia, Aalen, 1967.

¹⁸ Es preciso advertir que la Dialéctica no fue el único procedimiento empleado por los juristas del XVI en sus afanes ordenadores. Hubo otros criterios, como el modelo de las *Instituta* del Corpus Iuris, el del *Digesto*, etc., los métodos expuestos por Galeno, etc.

¹⁹ Vid. *Topik und Jurisprudenz*, cit., cap. III, pp. 33 ss., y cap. VII, pp. 81 ss.

²⁰ Vid. las críticas a Viehweg en LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 155, 438-439, 479. Vid. también CANARIS, C.-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts* (Berlin, Duncker & Humblot, 1969). La racionalidad sistemática de estos autores se basa en criterios axiológicos y teleológicos y no en un proceder deductivo.

Acerca de esta cuestión J. Esser explica que hay un ciclo presente en toda cultura jurídica, que se inicia con el descubrimiento de nuevos problemas, el establecimiento de principios, su consolidación en un sistema y la nueva apertura de ese sistema. Por

como un catálogo de tópicos y que la oposición sistema y problema no se encuentra en los defensores clásicos de la tópica²¹. De hecho, el mismo Viehweg ha admitido la existencia de diversas nociones de sistema diferentes a la deductiva, incluso la de un sistema «dialéctico-clásico» o «tópico». Este peculiar sistema de origen retórico tiene un carácter argumentativo y está orientado al problema. En realidad no es otra cosa que una colección de tópicos o puntos de vista, en constante movimiento debido al origen de nuevos problemas, de forma que puede ser considerado un «sistema abierto». Viehweg explica que los conjuntos de tópicos de este tipo tienen un carácter fundante, y de él se derivan otros sistemas como el de tipo deductivo. El conjunto de tópicos tiene un carácter cetético –según la terminología del autor alemán– ya que sirve como instrumento de búsqueda de premisas y paso previo para la formación de un sistema de tipo dogmático, donde las premisas están ya consolidadas y son bastante inamovibles²².

Viehweg indica que hay ejemplos históricos de tales catálogos de tópicos, como los existentes durante la época del Renacimiento, que fueron, según su opinión, suficientemente conocidos y adecuados para una posterior sistematización. Una reordenación del contenido de esos catálogos sirvió para obtener sistemas deductivos como los de los siglos XVII y XVIII, aunque esos esfuerzos no consiguieran un éxito completo²³.

Desde luego, debemos tomar precauciones a la hora de estudiar la posible «sistematicidad» de las aspiraciones de los juristas de aquellos años y su relación con los sistemas jurídicos posteriores. En primer lugar, porque ellos no utilizaron ese término. Pero además, sus ideas no coincidían con la noción de ciencia jurídica y sistema que

tanto, no es posible establecer una contraposición cerrada entre pensamiento problemático y pensamiento «cerrado» o sistemático en el Derecho; ambos son necesarios. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. de E. Valentí. Barcelona, Bosch, 1961, p. 19. En una línea parecida *vid.* Stoljar, S., «System and Topoi», en *Rechtstheorie*, 12, 1981, pp. 386 ss.

²¹ Cfr. KRIELE, M., *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976 (2.ª ed.), pp. 145-146, 117-120, 150. Aunque Kriele no hace referencia a los juristas del XVI, creo que su reflexión es relevante para la comprensión de la tópica en el siglo XVI.

²² Cfr. *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtstforschung*, en *System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation*, ed. por A. Diemer. Meisenheim am Glan, Anton Hain, 1968, pp. 101 y 104. Viehweg distingue entre cetética y dogmática. Para la primera la discusión siempre está abierta; para la segunda, hay premisas y argumentos que componen un punto de partida que no se discute. Según Viehweg el pensamiento dogmático es imprescindible para el pensamiento en la vida cotidiana (*Umgangsdanken*), pero peligroso para la investigación científica y filosófica. Cfr. «Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin», en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 2, 1972, p. 446. Sobre esta relación entre tópica y pensamiento cetético e investigador, *vid.*, GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo/Civitas, 1988, cap. VI, pp. 224 ss.

²³ Cfr. VIEHWEG, T., «Systemprobleme in Rechtsdogmatik...», *cit.*, p. 102.

triunfará con la Modernidad, y que es identificable, en líneas generales, con el objeto de la crítica de Viehweg. Efectivamente, si hoy casi todos reconocen que existen diversas nociones de sistema, hay que reconocer también que la concepción predominante durante muchos años ha sido la deductiva (en sus diversas variantes), centrada en el establecimiento de un punto de partida único a partir del cual pueda deducirse el resto de la materia jurídica²⁴.

Las pretensiones ordenadoras de la jurisprudencia del XVI no iban por ese camino, como ha señalado la doctrina²⁵. Su función era más bien la de catalogar y ordenar lo existente, y no la de desarrollar una construcción jurídica derivada desde un punto de vista unitario, fundamentalmente porque ese fin estaba muy lejos de la mentalidad de los juristas humanistas. Ellos parten de una consideración multifacética de la realidad jurídica, y creen que ésta no puede reducirse a un principio único, o a una sola idea de justicia. De ahí que sea difícil establecer una relación, sin solución de continuidad entre las obras humanistas y las primeras sistematizaciones jurídicas de la Modernidad. Por otra parte, la actitud de los juristas humanistas es una muestra de que no existe una contraposición necesaria entre la tópica y la idea de sistema, entendida en un sentido amplio²⁶.

²⁴ Esta definición aproximativa a lo que ha supuesto tradicionalmente el sistema es la que ofrece H. Coing, en «Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft», en *Zur Geschichte des Privatrechtssystem*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1962, p. 9. Por supuesto hay mucho que matizar en este concepto de sistema y su asunción por la cultura jurídica moderna. En primer lugar, porque el desarrollo del pensamiento sistemático en esta época es bastante complejo, ya que no posee un solo modelo. Conviven los planteamientos analíticos-sintéticos típicos de las ciencias naturales y el modelo axiomático deductivo de corte euclídeo, que influirán en grado distinto en los autores de la época. Vid. RÖD, W., *Geometrischer Geist und Naturrecht*, München, Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1970; OTTE, G., «Das sogenannte mos geometricus in der Jurisprudenz», en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, 8, 1979, ambos *per totum*.

²⁵ Cfr. TROJE, H. E., «Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts», en *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahr*, ed. Por J. Blüdhorn y J. Ritter. Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1969, pp. 66-68 y 76-77; SCHRÖDER, J., «Die Ersten juristischen Systematiker. Ordnungsvorstellungen in der Philosophie und Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts», en *Festschrift für Sten Gagner zum 3. März 1996*; Hrsg. von M. Kriechbann, Ebelbach, 1996, y «Die Ordnungsvorstellungen des 16. Jahrhunderts», en *Ius Commune*, XXIV, (1997), ambos *per totum*.

²⁶ H. E. Troje señala que la tópica poseía una doble función en el Humanismo jurídico: proporcionar argumentos y aportar principios ordenadores de carácter general, destinados a una ordenación tópica y no sistemática-deductiva. Cfr. «Die europäische Rechtsliteratur unter dem Einfluss des Humanismus», en *Ius Commune*, III, 1970, p. 52. A. Mazzacane recuerda que los intentos sistematizadores del siglo XVI pertenecen a una cultura retórica muy diferente de la que dará lugar a los sistemas cerrados propios, por ejemplo, de la Pandectística, y precisa que la intención de los juristas humanistas está en la «Ordnung der Deutung, die der Ordnung der "Dinge" zu entsprechen vermag». «Methode und System in der deutschen Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts», en *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie von 16. bis zum 18. Jahrhundert*, cit., p. 130.

Unos puntos de vista sobre la realidad

Esa visión del mundo jurídico aparece de forma clara en una serie de obras de los juristas humanistas más cercanas a la imagen habitual de tópica, es decir, a tratados sobre argumentación. Uno de los más completos es el redactado por el alemán Johann Oldendorp (1480-1567).

Escribe este autor que el *locus* suele entenderse como aquella nota o aspecto a partir de la cual puede hallarse algo, en la medida en que se trate de algo probable. Añade que según Aristóteles y Cicerón, el *locus* es la «sede del argumento» desde la que puede obtenerse veracidad (*fidem*) acerca de los asuntos dudosos²⁷. Así como el lugar o «sede natural» contiene una cosa corporal, así el «lugar civil» contiene argumentos o razones por las cuales puede mostrarse la verdad de aquello de lo cual se discute, tanto si es cuestión de derecho como de hecho²⁸. Estos *loci* pueden tener un origen doble: la razón natural y el uso continuado de las cosas. A partir de estas instancias se establecen unas fórmulas mediante las que se prueba y demuestra la cosa de la cual hay cuestión y controversia²⁹. El tópico, por tanto, no es algo que proceda de una decisión arbitraria. Según la opinión de Oldendorp, el arte de los tópicos sirve para la discusión escolástica y forense, y mediante él obtenemos el conocimiento de lo bueno y de lo equitativo. «Pues, así como el fuego late en el sílex, de forma que no aparece si no es arrancado, el derecho ínsito en las circunstancias de los hechos no puede ser conocido, si no se investiga mediante la disputación sutil y metódica a partir de estos tópicos»³⁰. En consecuencia, el arte tópico es el arte de razonar desde los lugares adecuados

²⁷ «Locus itaque accipitur hic, pro communi quadam nota, cuius admonitu, quatenus aliquid probabile sit, inveniri potest. Cicero secundum Aristotelem vocat Topica, quasi sedes argumentorum seu rationum, quibus rei dubiae fidem facere licet». *Topica legalia, en Opera*. Tomo I. Basilea, 1559 (Reprint de Scientia, Aalen, 1966), p. 83.

²⁸ «Sicut enim locus vel sedes naturalis, rem quamlibet corporalem continet. Ita locus civilis, argumenta seu rationes complectitur, quibus ostendi potest veritas eius, de quo quaeritur controvertiturve, vel iure vel facto». *Ibidem*.

²⁹ «Quam ob rem ductu naturalis rationis, et longo rerum usu, constitutae sunt certae formulae, quibus ad probandam demonstrandamque rem, cuius quaestio vel controversia incideret, uteremur sine ullo errandi periculo». *Ibidem*.

³⁰ «Huic arti deservit disputatio scholastica et forensis: utpote, per quam exercemus et profitemur noticiam boni et aequi. Quemadmodum enim ignis in silice latet, nec adparet nisi excutiatur: Ita ius in facti circumstantiis situm, non potest intelligi, nisi subtiliter et artificiose ex hisce locis disputando investigetur». J. OLDENDORP, *Topica...*, cit., p. 83. Traduzco «artificioso» por «metódica», ya que la palabra española «artificioso» tiene un sentido un tanto peyorativo que no expresa lo que Oldendorp quería decir: el trabajo con los tópicos debía tener el carácter de un *ars*, lo que para los juristas humanistas suponía que debía obedecer a unas reglas y a un orden determinados y no estar sometido al arbitrio personal. Podemos traducirlo por método, pero teniendo en cuenta que el término no posee aún el significado que le darán los autores modernos, a partir sobre todo del siglo XVII.

para probar lo verdadero, refutar lo falso, discernir las argumentaciones justas de las viciosas, y evitar que las pruebas falsas oscurezcan la verdad³¹.

En estas reflexiones, Oldendorp enlaza la existencia de tópicos con la posibilidad de conocer la verdad jurídica. El saber jurídico, como habían proclamado ya los juristas romanos, ha de partir de una noticia de lo bueno y lo equitativo, y la clarificación de esas nociones es la finalidad de la tónica³². Ello se debe a que muchas veces los requerimientos de la justicia no aparecen con toda claridad al jurista y es necesario inquirir con la ayuda de ciertas técnicas tales exigencias que están presentes en las circunstancias de la vida cotidiana. Desde el punto de vista de Oldendorp —que ejemplifica toda una mentalidad de siglos— el «lugar común» expresa de forma compendiosa un punto de vista, un dato de esa realidad humana que ha de ser tenido en cuenta a la hora de calibrar una solución jurídica.

Como señalé antes, Oldendorp sostiene que el tópico es la faceta de la realidad de la que procede el argumento. Eso quiere decir que los principios o reglas jurídicas no son en sentido estricto tópicos, sino que encuentran su justificación en su referencia a un tópico o aspecto de la realidad que resulta relevante en un problema determinado. Esas facetas están integradas por los siguientes tópicos: autoridad, lo encadenado, lo correlativo, los antecedentes y las consecuencias, las diferencias, los contrarios, la excepción, el escrito, la sentencia, el orden, la materia objeto de cuestión, los extremos, los ejemplos, la comparación entre similares, mayores y menores³³. Bajo esas etiquetas Oldendorp introduce ejemplos de Derecho común. La tónica viene a ser, entonces una especie de esquema —por emplear un término actual— para ordenar los argumentos jurídicos de tipo material existentes en el seno del *ius commune*. Es preciso tener en cuenta que la justificación de tales argumentos reside en su capacidad para recoger una propuesta de solución justa: por esto la tónica no tiene para estos autores un carácter puramente retórico. Respecto al tópico

³¹ «Quam ob rem hanc Topicen, hoc est, artem ex legitimis locis ratiocinandi, sic tractabo, ut in utranque partem possis, tam ea quae vere adseris adprobare, quam ea, quae falso obiiciuntur confutare: simul etiam discernere iustas argumentationes, a viciosis. Ne sub imagine falsarum probationum obscuretur veritas. Argu. 1. Filio quem pater. Digesto de liber et posthu. Et en sub autoritate iuris scientiae, perniciose erretur, 1. Si servum stipulatus, parágr. sequitur videre, Digesto, de verborum obligatione». J. OLDENDORP, *Topica...*, cit., p. 85.

³² Oldendorp, como todos los juristas de su época, afirma la existencia de unos principios morales básicos, captados mediante evidencia, que constituyen la ley natural. Igualmente mantiene la existencia del Derecho de gentes formado a partir de las necesidades comunes de todos los hombres. Cfr. *Isagoge, seu elementaria introductio, ad studium iuris et aequitatis*, en *Operae*, cit., pp. 2 ss. Su doctrina es la habitual en el *ius commune*. Sobre estas doctrinas vid. Carpintero, F., «Sobre la génesis del Derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XIV-XVII», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII, 1975, *per totum*.

³³ Cfr. J. OLDENDORP, *Topica...*, cit., pp. 102-103.

ab auctoritate, por ejemplo, Oldendorp afirma que la cita de un jurista prestigioso –algo muy frecuente en el Derecho común– sólo posee valor si esa decisión está basada en el derecho y la equidad³⁴. El peso de este argumento no está basado en la cantidad de autores que lo utilizan sino que procede de la «cualidad del negocio», o de la razón³⁵. Esto es más evidente aún en el tópico *ab honesto et utili*, ya que se fundamenta en las exigencias de la utilidad humana o en unos principios de moral últimos e irrenunciables propios de la vida humana³⁶. Por otra parte, el *locus a comparatione* exige estimar las circunstancias y características de las situaciones y negocios jurídicos, para poder aplicar la solución de un caso a la de otro. La adecuada apreciación de este tópico procede de una serie de ponderaciones y valoraciones acerca de realidades de tipo social, algo que no puede efectuarse, si el jurista no está convencido de la posibilidad de derivar criterios normativos de esas realidades³⁷. Es lo que otros integrantes del *ius commune* habían denominado el *locus a simile*, que servía para razonamientos oscilantes entre la interpretación extensiva y la analogía. Para estos juristas, el «triunfo» del tópico procede directamente de esas realidades, y no de su éxito retórico en la discusión.

Otro de los compendios de tópicos más completos de la jurisprudencia humanista fue el de Claudio Cantiuncula. Él parte, como era habitual, de las nociones de Aristóteles, Cicerón y Boecio, y conceptúa los tópicos como sedes de los argumentos a partir de las cuales se extraen argumentos probables³⁸. Para entender mejor su papel, Cantiuncula distingue lo necesario de lo probable, siguiendo fielmente las ideas de Boecio. Según este autor, todos los argumentos pueden ser probables y necesarios, probables y no necesarios, otros necesarios pero no probables y finalmente, el cuarto tipo incluye a los que no son necesarios ni probables. Probable es aquello que parece tal a todos, a la mayoría, o a los sabios; y de éstos a todos, a la mayoría, o a los más prestigiosos y principales³⁹. Respecto a esto poco importa que sea

³⁴ «Haec auctoritas, quanquam publice, conceditur, effectus tamen publicae auctoritatis non habet. Nempe, quod professoribus creditur: non, quia dixerunt aut scripserunt: sed quoniam ius et aequitatem responderunt vel adserverunt». J. OLDENDORP, *Topica...*, cit., p. 103.

³⁵ «Maioris partis auctoritas, non semper ex numero personarum, sed ex negotii qualitate, vel ex ratione fuerit aestimanda». J. OLDENDORP, *Topica...*, cit., p. 109.

³⁶ «Hi loci generalissimam in toto iure vim & potestatem habent: sic coherentes, ut alter comprehendat alterum. [...] Cum enim ordinationes politicae, ac omnes plane res, gratia hominis sint comparatae: consequitur necessatio, universam iuris institutionem non alio pertinere, quam ad honestam hominum utilitatem. [...] Recte igitur hunc locum appellaverimus, ab epieikeia, hoc est, a convenientia. quid enim convenientius humanae societati, quam honesta utilitas?». J. OLDENDORP, *Topica...*, cit., p. 110.

³⁷ Cfr. J. OLDENDORP, *Topica*, cit., p. 160.

³⁸ «Loci sunt argumentorum sedes unde probabilia educuntur argumenta: ad id quod in controversia positum est comprobandum». C. CANTIUNCULA, *Topica legalia*, Basilea, 1545, p. 1.

³⁹ Naturalmente, esto proviene de la noción aristotélica de tópico.

verdadero o falso, si parece probable a estos grupos de personas. Por su parte, lo necesario es lo que no puede ser de forma distinta a como de hecho es. A partir de esto, lo probable y necesario es aquello que además de cierto, parece a todos así, de forma que no se suscita discusión. Si afirmamos que al añadir algo a una cosa concreta se produce un todo más grande decimos una verdad que nadie discutirá. Lo probable y no necesario es aquello que aceptamos con facilidad, aunque no sea una verdad firme, por ejemplo que toda madre ama a su hijo. Lo necesario y no probable se refiere a verdades que encuentran un asentimiento difícil. Finalmente, lo que no es probable ni necesario carece de veracidad y tampoco está presente en la opinión de los hombres. De aquí no es posible extraer argumentos, ya que éstos sirven para arrojar luz sobre los asuntos dudosos, basándose en la verdad o en la opinión. Sin embargo, Cantiuncula no aclara en qué categoría se incluyen los tópicos jurídicos y se limita a señalar que en la sucesiva exposición de tópicos podrán hallarse varios ejemplos de esta distinción⁴⁰. Dado que los tópicos sirven para proporcionar argumentos, y que éstos pueden pertenecer a las categorías anteriores con exclusión de la última, parece razonable pensar que los argumentos surgidos de los tópicos podrán ser de cualquiera de esas tres clases. Esos tópicos son: el prejuicio, la definición, la etimología, lo analógico, el todo, la parte, el género, la especie, la forma, el orden, lo similar, la diferencia, el contrario, el anexo, el conexo, el antecedente, lo consecuente, lo repugnante, lo correlativo, la causa, el efecto, la comparación, el escrito, la sentencia contra lo escrito y lo verosímil; éste último se despliega a su vez en diversos «lugares» como la costumbre, la opinión, la naturaleza, la cualidad del asunto o de la persona, el tiempo, el lugar, los signos y circunstancias⁴¹.

De forma muy parecida a Oldendorp, algunos de los tópicos enumerados por Cantiuncula suponen cierta presencia de la veracidad. El *locus a definitione*, por ejemplo, refleja la realidad en que consiste una cosa⁴². Por cierto que en Cantiuncula sin embargo, encontramos ya cierta inclinación al «sistema», en la medida en que el orden de los tópicos muestra preferencia hacia una cierta ordenación desde lo más general como las definiciones y los géneros, a lo más particular.

Otro ejemplo de esta mentalidad tópica es Mateo Gribaldo Moffa quien escribe que los lugares comunes no son otra cosa que modos de argumentar mediante los que se llega a la verdad más fácilmente. Al lado de los «lugares», Gribaldo recomienda el uso de las «sedes materialium», que permiten organizar la materia jurídica de forma que el jurista pueda situar con relativa facilidad el asunto controvertido⁴³.

⁴⁰ Cfr. C. CANTIUNCULA, *op. cit.*, pp. 1-2.

⁴¹ Cfr. C. CANTIUNCULA, *op. cit.*, pp. 3-4.

⁴² Cfr. C. CANTIUNCULA, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁴³ «Nam communes locos hic nihil aliud volo, quam modos argumentandi, quibus ad veritatem facilius pervenitur. Memoriam vero (quae in iuris professores ob

Por tanto, para él la tópica no tendría una función ordenadora, sino meramente argumentativa. Por lo demás, los tópicos que expone son los habituales entre los romanistas: definición, causa, antecedente, género, diversidad de tiempo y lugar, materia, cualidad, cantidad, etc.

Estas visiones de la tópica tienen detrás toda una Filosofía jurídica que normalmente no aparece explicitada en los tratados de argumetación de aquella época. Como ha mostrado F. Carpintero, esa mentalidad supone que es posible conseguir resultado objetivos en el Derecho, en la medida en que la decisión jurídica asume las exigencias y necesidades propias de la vida personal y social. Para ello, estos juristas cuentan con los principios de la ley natural como directrices básicas, con las normas y reglas de Derecho positivo y con las circunstancias del caso que determinan en buena medida el sentido que tendrán esos principios y esas normas a la luz del problema concreto⁴⁴. A causa de esa relevancia de las circunstancias, normalmente cambiantes, estos juristas estiman que lo justo es en buena medida contingente y está sometido al cambio histórico⁴⁵.

Continúa Carpintero indicando que los romanistas bajomedievales y humanistas estaban convencidos de la existencia de relaciones humanas que, aun creadas por el hombre, no son, sin embargo, completamente disponibles, sino que poseen una estructura en buena medida objetiva e independiente de apreciaciones subjetivas⁴⁶. El hombre en sociedad vive inserto en una serie de situaciones típicas que proporcionan criterios jurídicos y que muchas veces no tienen que ver con la voluntariedad de los integrantes de tales situaciones⁴⁷. Para el *ius commune*, esa vinculación del Derecho a lo dado socialmente no alcanza del todo a lo que los escolásticos llamaban «primeros principios de la razón práctica», que forman un conjunto de exi-

scriptorum multitudinem magis, quam in alio genere hominum desideratur) vehementer adiuvant materiarum sedes. Cum enim tot casuum quotidie emergentium definitiones, totque decisionum cumulos retinere, memoriae fragilitas non patiatur, saltem eius rei sedes, in qua universa materia communi Doct. calamo pertractatur, in proprium habenda est». «De methodo ac ratione studendi in iure», en *Cynosura Iuris*. Spira, 1588, p. 116. Como indiqué más arriba, Mateo Gribaldo es el único jurista de la época humanista que Viehweg trata con un poco de detenimiento dentro de sus referencias al *mos italicus*, aunque junto a otros juristas claramente humanistas como Apel. Cfr. *Topik und Jurisprudenz*, p. 73. Esto muestra que en el ámbito de la tópica jurídica, aunque las diferencias entre medievales y renacentistas son evidentes, hay una línea de continuidad. Significativamente, la obra de Gribaldo que he citado está incluida en la *Cynosura iuris*, un compendio de obras sobre método jurídico muy influidas por la cultura humanista del XVI.

⁴⁴ Cfr. CARPINTERO, F., «Historia y justicia según los juristas de formación prudencial», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp. 368-369; «Nuestros prejuicios acerca del llamado derecho natural», en *Persona y Derecho*, 27, 1992, pp. 46, 52-53, 173.

⁴⁵ Cfr. CARPINTERO, F., «Historia y justicia según los juristas...», cit., p. 368.

⁴⁶ Cfr. «Nuestros prejuicios...», cit., p. 172.

⁴⁷ Cfr. CARPINTERO, F., «Persona y "officium": derechos y competencias», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXIII, 1996, pp. 5-7, entre otras.

gencias éticas siempre leídas desde el caso concreto, pero no inducidas desde él.

Toda la serie de exigencias que depende de la variedad de asuntos y circunstancias de la vida social, puede ser captada –desde el punto de vista de los romanistas– mediante la adecuada ponderación de los tópicos. Esto supone, por un lado, rechazar la identificación del Derecho con el simple arbitrio humano. Por otro, reconocer que el Derecho normalmente no pertenece al ámbito del conocimiento de las verdades evidentes y necesarias. Esta idea la expresó con notable concisión Gregorio Hopper en el *Prefacio* a la obra de su padre Joachim Hopper *Seduardus sive De Vera Iurisprudencia ad Regem libri XII*⁴⁸. Escribe que el objeto de atención del jurista no está formado por lo que resulta indudable, ni por lo incompresible, sino que está situado en un lugar medio ocupado por lo verosímil, cuyas razones pueden ser investigadas y conocidas⁴⁹. A este sector de lo verosímil pertenece la tónica, ceñida a verdades argumentables y discutibles, abiertas al cambio y la diversidad de opiniones, pero siempre con referencia a una realidad que va más allá del acuerdo voluntarista de los participantes en la discusión⁵⁰. Al fin y al cabo, como reconoce Pierre de la Grégoire, las distintas situaciones exigen diferentes consejos y remedios⁵¹.

Que la realidad jurídica era así les parecía tan claro que no se preocuparon demasiado por fundamentarlo. Los autores del XVI más proclives a la teorización alegaron que el derecho se fundamenta en la *natura*. Con esto no pretendieron afirmar la existencia de un orden natural de normas a partir de las cuales debía ser deducido el orden jurídico positivo. Más bien, querían indicar que había un fundamento ontológico para el Derecho y que éste no se reducía al arbitrio de los poderosos

⁴⁸ Amberes, 1590. Es un extenso tratado que pretende exponer los principios básicos de justicia y la manera de trasladar esos principios a la vida social, primero mediante la legislación del monarca y posteriormente mediante las decisiones de los juristas tomadas a partir de esas leyes. J. Hopper (1523-1576) fue un jurista humanista que, además desempeñó cargos de consejero para la Corona española en lo referente a los Países Bajos.

⁴⁹ «Tertii medique generis sunt ea quae nec omnibus indubitata sunt, nec item inextricabilia: sed quorum rationes longius a communi sensu remotae expediri tamen, et quaerendo investigari possunt, atque intelligi vel verae, vel verisimiles. Horum longe maxima pars est, non quidem fortuitu; sed ita constituenta perfectissima naturae harmonia: ac in iis propria vis et efficacia Iurisconsulti cernitur. [...] Cum enim dixerimus, verum Iurisconsulti obiectum, medium locum inter indubitata, quae sensui cuiuslibet patent; et inexplicabilia, in quibus ut penitus abstrusis abditidque ingenii acies deficit, obtinere». Praef. p. 4.

⁵⁰ No estoy de acuerdo con G. Otte cuando señala que la tónica el *ius commune* tenía una preocupación pragmática ajena a la búsqueda de la verdad jurídica. Cfr. «Theologische und juristische Topik...», cit., p. 24.

⁵¹ «Cum diversi eventus, diversa postulent consilia et remedia». *De iuris arte, methodo et preceptis*. Lugduni, 1580, cap. III, 18, p. 72. Grégoire (1540-1599), también conocido como Petrus Gregorius Tholosanus, fue uno de los representantes más destacados del Humanismo jurídico francés.

sino que había razones objetivas para establecer la solución justa. Esas razones eran de diverso tipo: los principios básicos del Derecho natural –no hacer daño al inocente, dar a cada uno lo suyo, etc.– y también las necesidades propias de la vida social ofrecían esas razones. La mayoría de estos juristas mantenían la naturaleza social del hombre, en un sentido aristotélico no siempre explícito. El *Seduardus* de Hopper, citado más arriba, es un ejemplo de esta actitud, cuando presenta una amplia lista de relaciones y situaciones humanas como «fuentes» para los principios de justicia. Una característica de esas distintas situaciones es su variedad: obedecen a diferentes necesidades y demandas de justicia. El *ius commune* parece entender a la realidad humana como algo múltiple e irreductible a una sola faceta. Si el Derecho debe partir de relaciones humanas que no aceptan la reducción a un principio o ideal de justicia únicos, la tópica era útil al reflejar esa variedad de exigencias que daban sentido al saber jurídico⁵².

3. LA TÓPICA ACTUAL

Quizá Viehweg no habría considerado tópica esta forma de ver las cosas, si atendemos a la noción de tópico expuesta a lo largo de su carrera. En su *Topica y jurisprudencia* hacía referencia a los *topoi* como puntos de vista sobre un problema, sin explicitar mucho su estatus. Debido a esa relativa indefinición, era posible entenderlos como criterios jurídicos materiales, incluso fundados en algún criterio de justicia relativamente objetivo, de la cual procedería su fuerza vinculante. No obstante, también escribía que las premisas se legitimaban por la aceptación del interlocutor y que el debate es la única instancia de control⁵³. Posteriores reflexiones de Viehweg se han decantado por lo que denomina una teoría jurídica o argumentativa de tipo retórico, que deja al lado los problemas de la verdad jurídica.

Para ese fin, Viehweg distingue dos tipos de pensamiento que se han desarrollado en la Historia de la Filosofía occidental: el modelo retórico y el antirretórico. El primero se caracteriza por estar ceñido a la situación controvertida, es decir, por establecer los criterios de racionalidad siempre desde el problema concreto. En cambio, el modelo antirretórico se basa en el ofrecimiento de soluciones que no estén vinculadas a ningún contexto concreto⁵⁴.

⁵² I. Maclean ha resaltado que los juristas del Renacimiento confiaban en la «existencia previa del mundo» y basaban en ello sus interpretaciones y razonamiento. Cfr. *Interpretation and Meaning in the Renaissance. The Case of Law*. Cambridge, Cambridge University Press, p. 213.

⁵³ Cfr. *Topik und Jurisprudenz*, cit., pp. 42-43.

⁵⁴ Cfr. VIEHWEG, T., «Antirhetorische und Rhetorische Kontrolle rechtlicher Argumentationen», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en*

Para explicar mejor esa contraposición, cita la distinción presente en la semiótica de Ch. Morris entre sintaxis, semántica y pragmática. La primera se ocupa de las relaciones de los signos entre sí, la segunda de las relaciones de los signos con los objetos que representan; finalmente, la pragmática estudia la forma en que los signos son empleados por los integrantes de una situación determinada⁵⁵. Viehweg conecta esta distinción con los modelos básicos del pensamiento occidental que ha mencionado. Así, el antirretórico asume una visión sintáctica y semántica, mientras que el retórico adopta un carácter pragmático. Esta relación tiene consecuencias muy relevantes a la hora de establecer procedimientos argumentativos, porque los partidarios del modelo antirretórico establecen criterios de corrección fundamentalmente de tipo sintáctico, lo que, a juicio de Viehweg, supone conceder una gran importancia a las conexiones lógicas en el proceso decisorio.

En cambio, el modelo retórico explica todas las argumentaciones mediante una visión pragmática del lenguaje, que hace depender el papel de tales argumentos de la conformación de una situación de discurso concreta. Por discurso entiende Viehweg una «acción recíproca con función social». La Retórica, en consecuencia, trata del uso que dan los participantes del discurso a sus pretensiones dentro de un contexto determinado. La tónica jurídica desempeña precisamente esa función para el ámbito jurídico, y los tópicos no son otra cosa que tales pretensiones dentro del discurso jurídico. Viehweg indica que los tópicos no tienen una función descriptiva en sentido semántico, es decir, que no dependen de ninguna realidad previa, sino que poseen sólo una función directiva; son «ofertas directivas con fines comunicativos» utilizables en una situación específica y, por tanto, justificables sólo desde el punto de vista pragmático de la argumentación⁵⁶.

memoria y homenaje al Catedrático D. Luis Legaz y Lacambra. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales/Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1985, pp. 847-848 del t. II. Cfr. también de VIEHWEG, «Rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung und zeitgenössische Rhetorik», en *Estudios en honor del Dr. Luis Recaséns Siches*, ed. por F. E. Rodríguez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, pp. 939-940.

⁵⁵ Cfr. VIEHWEG, T., «Antirhetorische und rhetorische...», cit., p. 848. «Rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung...», cit., p. 940.

⁵⁶ Cfr. VIEHWEG, T., «Antirhetorische und rhetorische Kontrolle...», cit., pp. 850-851. En «Acerca de la tónica, especialmente en el ámbito jurídico» (en *Tópica y Filosofía del Derecho...*, cit., p. 198), también señala que los tópicos son ajenos a una «función reflejante» del lenguaje, que Viehweg ejemplifica en el primer Carnap, y defiende un acercamiento a estas cuestiones como el defendido por el segundo Wittgenstein. Opina que es un error difundido en el mundo jurídico la creencia en objetos que preexisten al lenguaje jurídico, como también es un error pensar que la solución jurídica proviene del significado de las palabras del texto. Para Viehweg, en cambio, lo justo procede de una «situación comunicativa compleja», a partir de los textos jurídicos. Cfr. Viehweg, T., *Topik und Jurisprudenz*, cit., p. 114 (la idea aparece en el párrafo 9, añadido en la 5.ª ed.). Sobre la preponderancia del plano pragmático cfr. también VIEHWEG, T., «Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der

Es llamativo que considere los aspectos semántico y sintáctico como «no situativos», y entienda que la forma de pensamiento no retórica y semántica pretende dar un significado estable e independiente de la situación en la que debe utilizarse el argumento del que se trate⁵⁷. Esto parece indicar que, desde su punto de vista, toda referencia a una realidad previa a la proposición lingüística que forma el argumento ha de ser considerada como algo estático e inmutable. Para Viehweg lo concreto, situacional y circunstancial no puede ser objetivo.

La tónica, en consecuencia, es un *ars inveniendi* que proporciona criterios para la argumentación y permite controlarla racionalmente⁵⁸, pero partiendo de esa visión lingüística-pragmática. Y ocurre que no queda muy clara cuál es la garantía de esa racionalidad, entre otras cosas, porque las declaraciones de Viehweg son un tanto concisas. Sus referencias a la situación de discurso, a la situación o a las obligaciones comunicativas propias de un Estado de Derecho⁵⁹, parecen tener en mente una cierta idea de consenso o acuerdo social, como medio justificativo. Aunque desde luego no se trata de un modelo discursivo acabado, porque eso supondría hacer de la tónica un método formal y la llevaría al ámbito de la sintaxis. La propuesta de Viehweg —aunque considerablemente ambigua— aludiría más bien a una especie de consenso producido en un contexto social histórico determinado por el juego de ideas y exigencias propias de los miembros de esa sociedad⁶⁰. En cualquier caso, los tópicos no tienen relación con la idea de verdad jurídica, y no ponen de manifiesto aspectos de la realidad que demandan una atención por parte del jurista. Viehweg sí afirmaría que los tópicos exigen atención, pero por motivos aleatorios, ya que su aceptación depende de los participantes del discurso. Como señala J. A. García Amado, la clave de este planteamiento parece estar en el consenso de los interlocutores, ya que la tónica sólo entiende al

Rechtsdisziplin», cit., p. 442. Este planteamiento se inserta en una actitud general de la Metodología jurídica influida por el «giro pragmático» en las concepciones sobre el lenguaje. Partiendo de las aportaciones del segundo Wittgenstein, estas reflexiones fundan el significado de los términos jurídicos en el uso práctico del lenguaje, de tal forma que aquél no viene dado por una semántica de objetos claros y terminados, sino por la asunción del uso del término en cuestión en una situación concreta. Cfr., por ejemplo, MÜLLER, F., *Juristische Methodik*. Berlin, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, pp. 133-134.

⁵⁷ Cfr. VIEHWEG, T., «Rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung...», cit., p. 941.

⁵⁸ Cfr. VIEHWEG, T., «Rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung...», cit., p. 943.

⁵⁹ Cfr. VIEHWEG, T., «Rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung...», cit., p. 944.

⁶⁰ R. Alexy, defensor de una ética basada en las reglas del discurso práctico criticaba la tónica porque instalaba la discusión como única instancia de control, pero sin establecer reglas que procedimentales que puedan evitar los inconvenientes de un consenso puramente fáctico. Cfr. su *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 42.

derecho desde la comprensión pragmática de los textos lingüísticos⁶¹. García Amado indica, además, que la tónica supone el rechazo de cualquier tipo de realidades preestablecidas, seguras, y previas a las que los tónicos hayan de hacer referencia. Al contrario, éstos sirven para construir lo real mediante su interacción por medio de una praxis comunicativa⁶².

De esa forma, la tónica actual se presenta como un método argumentativo basado exclusivamente en una discusión contextual. La justificación tendría un carácter puramente retórico, es decir que depende sólo del éxito en la argumentación y no de la referencia a otro tipo de exigencias de justicia⁶³. Estas explicaciones parecen identificar

⁶¹ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tónica jurídica*, cit., pp. 123, 341, 344.

⁶² Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *op. cit.*, pp. 300 y 309. Canaris criticaba a Viehweg por considerar la discusión retórica como único criterio de corrección en el Derecho. Cfr. *Systemdenken und Systembegriff*, cit., pp. 140-141, 150-151. Una crítica similar es la expuesta por DIEDERICHSEN, U., «Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz», en *Neue juristische Wochenschrift*, 9, 1966, p. 702. Por su parte, G. Otte mantiene que, si el fundamento de la tónica es el *Anerkennung* de las premisas mediante una discusión, la jurisprudencia actual no es tónica. Cfr. «Zwanzig Jahre Topik-Diskussion...», cit., p. 191.

Las tesis de la tónica recuerdan a la «Nueva Retórica» de Perelman, rechaza cualquier pretensión de verdad por considerarla dogmática y totalitaria. El único fundamento justificador ofrecido por el autor belga es la aceptación mediante el éxito retórico, ante el auditorio universal. Vid. MANASSERO, M.^a A., *De la argumentación al derecho razonable. Un estudio sobre Chaim Perelman*. Pamplona, EUNSA, 2001, pp. 96, 115, 157, entre otras. Esta autora señala que la teoría de Perelman, a pesar de sus críticas expresas contra la epistemología moderna, conserva bastantes presupuestos del positivismo lógico, *op. cit.*, p. 121.

⁶³ T. M. Seibert entiende que una tónica entendida desde el punto de vista semántico es un error; la tónica se fundamenta en un análisis retórico-lingüístico centrado en el diálogo y en la situación discursiva. Cfr. «Topik als Problematisierung von Aussagesätzen», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 59, 1973, pp. 50, 51, 54. Schreckenberger, W., *Semiótica del discurso jurídico*. Trad. de E. Garzón Valdés. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, pp. 30-31. J. Wroblewski, que no pertenece al ámbito de las teorías tónicas mantiene que la discusión acerca de las premisas últimas en las que ha de fundarse en razonamiento tiene un carácter tónico o retórico entendiendo por tal que un resultado sólo puede proceder de la discusión y la contraposición de opiniones, ya que no hay fundamento objetivo material para la obtención de dichas premisas. «Justificación de las decisiones jurídicas», en «Sentido» y «Hecho» en *el Derecho*, trad. de J. Igartua y F. J. Ezquiaga, San Sebastián, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco/Laboratorio de Sociología Jurídica, 1989, p. 49. Por su parte, J. Esser, al defender la tónica para la discusión con elementos extradogmáticos (que son fundamentales en su teoría de la argumentación). Para Esser es clave el consenso, aunque un consenso elaborado a partir del sustrato de la precomprensión. Cfr. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt a.M., Athenäum, 1972, pp. 157 y 172. Los tónicos proceden de ese ámbito precomprensivo y se justifican mediante la discusión.

Algunos defensores de la tónica adoptan una actitud algo diferente. N. Horn la acepta porque sirve para superar la dogmática jurídica positivista, que reducía todo el derecho a la ley. La tónica proporciona una racionalidad que ya no estará basada en la referencia a la ley, sino en un procedimiento basado en la discusión racional y en la ponderación de argumentos. Estos argumentos o tónicos, tendrán un carácter opinable y procederán de la «comunidad social», la tradición, el orden social, las convic-

estos procedimientos con un acuerdo de voluntades y esto requiere una explicación requiere una explicación algo más detenida, porque puede servir para insertar la tónica de Viehweg en una tradición filosófica diferente a la que aparentemente pertenece.

Él plantea en su obra una defensa de la Retórica como alternativa a los planteamientos sistemáticos que habían triunfado con la Modernidad desde el siglo xvii⁶⁴. Probablemente la Filosofía jurídica más representativa de esa época sea la llamada Escuela de Derecho Natural Moderno, y es innegable que en ella aparece con toda claridad la querencia hacia el sistema que dominará en el ámbito iusfilosófico durante siglos. En ese sentido, en los mismos inicios de esta corriente, Thomas Hobbes explicaba que el razonamiento ha de partir de una definición inicial e ir de una consecuencia a otra de forma rigurosa, de tal modo que no puede existir certeza en la última conclusión si asegurar la misma certeza en todos los pasos del razonamiento⁶⁵. Algunos años después, Samuel Pufendorf defenderá la posibilidad de demostraciones rigurosas en los saberes prácticos, a partir de unos principios ciertos y claros⁶⁶. Cito estos dos autores para ejemplificar una actitud común a la época: la necesidad de establecer un punto de partida único a partir del cual desarrollar todo un edificio teórico.

Para el Iusnaturalismo Moderno ese punto de origen que da sentido a todo el edificio es el pacto o contrato social, como elemento fundamentador de todo el orden jurídico y político. F. Carpintero ha mostrado que los iusnaturalistas modernos entienden al hombre inserto en un «estado de naturaleza» en el que no existen obligaciones ni instituciones jurídicas supraindividuales. Sólo existen individuos libres que dirigen su vida según su arbitrio. Si ese es el ser «natural» del hombre, la construcción del orden jurídico que respete esos presupuestos

ciones generales, etc. Es decir, que los tópicos se basan en un consenso, pero no en uno conseguido mediante el comportamiento retórico, sino previo a la discusión. Cfr. «Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 20, 1967, p. 607. F. Puy ha defendido la tónica como un arte de la invención para «tener presentes en cada situación vital las razones que recomiendan y las que desaconsejan dar un determinado paso...». *Tónica jurídica*. Santiago, Imprenta Paredes, 1984.

⁶⁴ Esta es una actitud difundida. S. Ijsseling opone el pensamiento retórico al ansia de certeza y seguridad que aparece con la filosofía cartesiana. Cfr. *Rhetorik und Philosophie*. Stuttgart / Bad-Canstadt, Frommann Holzboog, 1988, p. 96.

⁶⁵ Cfr. HOBBS, T., *Leviathan. The English Works of Thomas Hobbes*. Ed. by W. Molesworth, 1839. Reprint de Scientia, Aalen, 1966, parte I, cap. V, p. 31. Hobbes añade que razonar no es otra cosa que sumar y restar los conceptos, a imagen de lo que se hace en aritmética. Esto se aplica a todos los saberes, Política y Derecho inclusive. *Op cit.*, p. 30.

⁶⁶ Cfr. *Elementorum Jurisprudentialis Universalis libri Duo*. Reprint de la edición de 1667 (Cambridge), Oxford, Clarendon, 1931 *praefatio*, p. IX. *De Jure Naturae et Gentium libri octo*. Francofurti et Lipsiae, 1759, parte I, lib. II, cap. II, pp. 22-24. Sobre el método en Pufendorf, por ejemplo, *vid.*, KOBUSCH, T., «Pufendorfs Lehre vom moralischen Sein», en *Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung*. Ed. por F. Palladini/G. Hartung. Berlin, Akademie, 1996, pp. 63-64.

sólo puede consistir en un pacto por el cual todos los individuos se obliguen a cumplir las exigencia de esa nueva instancia creada por ellos mismos⁶⁷. Siguiendo la interpretación de Carpintero, quizá podamos decir que una de las causas de esta actitud sea un cierto rechazo de «las cosas», entendiendo por tales –de forma muy imprecisa– todas las circunstancias y elementos que rodean a la persona y constituyen su ámbito de desarrollo. Los autores modernos pretendieron diseñar un Derecho completo prescindiendo de cualquier realidad ajena a la libertad individual⁶⁸. Todos los aspectos exteriores a la persona individual fueron contemplados como una masa amorfa de la que no podía proceder ninguna normatividad, ya que ésta sólo podía nacer de una imposición, bien de un ser supremo o de la voluntad libre del hombre. Esa libertad desarrollada sin directrices externas, se convierte en un arbitrio indeterminado que sólo encuentra límites en el encontronazo o en el acuerdo con otras voluntades⁶⁹.

Consecuentemente, el sistema propuesto por la línea fundamental del Iusnaturalismo moderno resulta ser un expediente formal. No postula la existencia de un conjunto de normas inmutables desde las que pueda ser deducido el contenido de un ordenamiento, sino que establece el pacto como instancia legitimadora para la realidad jurídica. Un contenido sólo será jurídico si procede de ese pacto, o del órgano creado mediante él⁷⁰.

Esta indiferencia ante las realidades y circunstancias extraindivuales que conforman la vida humana ha impregnado de forma decisiva la evolución del pensamiento filosófico moderno, de tal forma que

⁶⁷ Cfr. CARPINTERO, F., «Voluntarismo y Contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del Derecho Natural», en *Persona y Derecho*, 13, 1985, pp. 64, 67, 73, entre otras.

⁶⁸ Thomas Hobbes escribía que lo bueno y lo malo sólo son nombres que el sujeto da a lo que le resulta beneficioso o perjudicial. Cfr. *Leviathan*, cit., p. I, cap. VI, p. 41 y cap. 15, p. 145. Es cierto que Hobbes niega la libertad humana, pero su noción de derecho natural, como poder sin restricciones que posee el individuo, coincide en líneas generales con la noción «moderna» de libertad.

Hay que recordar que la intención de los iusnaturalistas modernos era liberar al ciudadano europeo de la rigidez estamental propia de la sociedad del Antiguo Régimen. Ese afán liberador, de cuyas consecuencias positivas no es posible dudar, les llevó a prescindir en las condieraciones morales y jurídicas de todo elemento exterior a la libertad humana.

⁶⁹ Cfr. CARPINTERO, F., *Persona y «officium»: derechos y competencias*, cit., p. 33. Estos planteamientos individualistas fueron llevados a su más alto grado de refinamiento intelectual por los kantianos. Vid., CARPINTERO, F., *La cabeza de Jano*. Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1989, *per totum*.

⁷⁰ Cfr. CARPINTERO, F., «Los tres iusnaturalismos», en *Ars Iuris*, 12, 1994, p. 101. Problema diferente, y nunca del todo resuelto, es el de por qué cumplir la palabra dada, fundamento último del pacto. Para solucionarlo se barajaron diferentes posibilidades, desde el mandato divino hasta las meras consideraciones utilitarias. Sobre este problema, cfr. CARPINTERO, F., «Deber y fuerza: La Modernidad y el tema del deber jurídico», en *Obligatoriedad y Derecho*, Universidad de Oviedo, 1990, pp. 166 ss.

cualquier intento de tener en cuenta esas realidades en los ámbitos moral y jurídico es rechazada como «falacia naturalista» siguiendo la expresión de G. E. Moore. Me parece que la Retórica «pragmática» de Viehweg se mueve en ese plano típicamente «moderno». Evidentemente, las diferencias que existen entre sus explicaciones y las teorías de los iusnaturalistas son enormes, pero quizá coincidan en el núcleo del asunto, ya que la visión pragmatista de Viehweg y sus seguidores tampoco tiene en cuenta «las cosas», ya que, según ellos, el tópico no refleja realidad alguna, al ser tan sólo una fórmula de acción que ha de enfrentarse con otros tópicos rivales. El campo de actuación de estos tópicos es un contexto argumentativo, que desempeña un papel diferente al que tenía el problema en la tópica *premoderna*. No es una situación objetiva –como el parentesco, una relación profesional, etc.– de la que broten exigencias de orden jurídico, más bien es una especie de zona de encuentro de pretensiones o voluntades de la que surge un resultado mediante la contraposición, el intercambio y el acuerdo. Ahora bien, sin una referencia a medidas relativamente independientes de esas voluntades⁷¹, todo quedará limitado a un juego de voluntades vacías, cuyo resultado puede ser arbitrario o impuesto. El contexto argumentativo se transforma en un diálogo en el que el contenido de lo propuesto por los interlocutores no tiene relevancia. No se trata, en tal caso, de descubrir ninguna exigencia jurídica, que por su complejidad requiera discusión, sino más bien de constituir la mediante el comportamiento retórico⁷².

Un procedimiento de este tipo no parece diferir demasiado del expediente utilizado por los iusnaturalistas modernos; para ellos, no había otro baremo jurídico objetivo que el pacto, para la tópica no hay otro que el triunfo en un discurso entendido pragmáticamente. Es cierto que hay una aparente divergencia entre ambas teorías, porque Viehweg no propone ningún procedimiento como hacían –siquiera de manera sucinta– los iusnaturalistas. Para Viehweg, ese tipo de justificaciones se remiten a una rechazable visión sintáctica del lenguaje⁷³, pero, de hecho, el pacto de los modernos lo que hace es legitimar el triunfo pragmático en el juego de voluntades individuales.

Estas particularidades hacen dudosa la pertenencia de Viehweg a la tradición de la tópica jurídica, y parecen incluirlo en la que vino a

⁷¹ Cfr. F. CARPINTERO, «Persona y “officium”: derechos y competencias», cit., p. 17, entre otras.

⁷² A. Ollero ofrece una reflexión crítica acerca de un consenso que renuncia a cualquier pretensión de verdad anterior al acuerdo mismo. Cfr. en *Derechos Humanos y Metodología Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 24, 104 ss.

⁷³ Viehweg señala que los sistemas racionalistas y deductivos de la Modernidad implantaron una forma de pensamiento no-situativo de tipo sintáctico. Sin embargo, señala que en el ámbito jurídico los axiomas que forman los sistemas han sido desarrollado a partir de la lucha política, por lo que han de entenderse de una manera pragmática y extrasintáctica. Cfr. *Topik und Jurisprudenz*, cit., p. 113.

sustituirla. Esa sustitución se basó sobre todo en el abandono de la mentalidad *prudencial* típica del *ius commune* y en la defensa de un modelo teórico constructivo que creara una nueva sociedad desde presupuestos individualistas. La Modernidad entendió el individualismo como un rechazo de la ontología y ese rechazo sigue presente en la idea de tópico expuesta por Viehweg⁷⁴. Por supuesto, él podría decir que los presupuestos epistemológicos actuales impiden que se pueda aceptar ahora algo similar a lo que defendían los juristas del Derecho Común. En consecuencia, la única tópica posible actualmente es la de tipo retórico-pragmático. No es posible analizar ahora el valor de tales presupuestos, pero quizá pueda pensarse que Viehweg está empleando una etiqueta antigua para nombrar un planteamiento moderno.

Curiosamente, mayores similitudes con la tópica aparecen en autores que no se engloban de forma clara bajo esa etiqueta. Así, H. A. Schwarz-Liebermann, trata los axiomas jurídicos de una manera parecida a los tópicos romanistas. Indica este autor que los axiomas materiales de la lógica jurídica son instrumentos y representaciones valorativas obtenidos a partir de la experiencia, una experiencia que en parte es subjetiva y en parte objetiva y que aparece siempre como un contexto concreto y circunstancial a partir del cual se obtienen las valoraciones. El axioma, que Schwarz-Liebermann identifica expresamente con el tópico no tiene, en consecuencia un carácter arbitrario, sino que, ceñido al contexto histórico se relaciona con las cosas y refleja «lo vivido»⁷⁵.

⁷⁴ M. Kriele, tras señalar que para la tópica la verdad se fundamenta en el diálogo, advierte que no toda concepción antipositivista es tópica, ya que ésta no implica aceptar la existencia de un derecho natural o unos valores objetivos. Cfr. *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., pp. 148 y 150.

⁷⁵ Cfr. SCHWARZ LIEBERMANN VON WAHLENDORF, H. A., «Grundlagen der juristische Axiomatik», en *Rechtstheorie*, 11, 1980, pp. 325-326, 330. Un análisis más detenido de la relación entre los tópicos o axiomas y la realidad humana de la que surgen, se encuentra en su libro *Réflexions sur la nature des choses et la logique du droit*. París, La Haye, Mouton, 1973. Vid., especialmente el cap. *Logique et rhétorique*, en el que habla del orden tópico de la «naturaleza de las cosas», pp. 124-125.

