

## **EL DERECHO COMO ARGUMENTACION<sup>1</sup>**

**(Un comentario a la tesis de T. Viehweg)**

### **I.-) Escorzo sobre la metodología del derecho.**

1.-) Asumo que el ensayo de VIEHWEG tiene principalmente un contenido metodológico, razón por la cual considero apropiado algunas consideraciones sobre el punto, especialmente con referencia al objeto jurídico.

La metodología de las ciencias implica una reflexión más o menos sistemática acerca de los modos de acercamiento a un determinado objeto de conocimiento. Si el objeto del conocimiento es la materia jurídica la reflexión metodológica implicará una reflexión científica sobre los procedimientos que deben seguirse para el conocimiento del derecho.

Este enunciado sin embargo presenta la dificultad inicial de que la apropiación de un determinado método está necesariamente imbricada con la visión inicial que se tenga del objeto de conocimiento en tanto objeto formal. Cuando hay acuerdo acerca del objeto formal de una determinada ciencia se ha superado el primer escollo, y es como si se pudiera iniciar el debate sobre el método para el conocimiento material del objeto. Pero ocurre con frecuencia que no hay acuerdo acerca del objeto formal de una determinada ciencia, es decir acerca de que sea formalmente el campo propio de esa rama del conocimiento, lo que tiene lugar ya sea por una dificultad intrínseca del objeto que resulta en extremo inasible para los laberintos de la razón tal como son en general los objetos especulativos y prácticos, o como en el caso de las ciencias de la naturaleza porque nuevos descubrimientos ponen en duda cada tanto los alcances y los límites de la ciencia y obligan al replanteo del objeto formal. Cuando el desacuerdo que se presenta es propiamente acerca del objeto formal de la ciencia de que se trate, parece que el debate acerca de la metodología no puede tener lugar. Por esta misma razón, la historia presenta siempre al método jurídico y al objeto jurídico en condición y estado imbricados, sobrepuestos, sin distinción en los desarrollos que pueden observarse.

En tal caso, el único modo de discurrir útilmente acerca del método es estableciendo a priori el objeto formal. Lo que implica transferir en cierto modo el debate acerca del objeto formal al ámbito de la filosofía del derecho<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> .-) Inédito, Agosto de 1997, corresponde a un trabajo para un seminario que se dictara sobre Interpretación del Derecho.

<sup>2</sup> .-) Hernandez Gil, Metodología del Derecho, Obras Completas, Ed.Espasa Calpe, t. 5, p. 10.

§ 2.-) Sin embargo puede sostenerse, no obstante la variedad de métodos y filosofías que recorren la historia del pensamiento jurídico, que pueden percibirse como dos líneas de base, dos líneas de fondo en la apreciación del objeto jurídico, que luce correspondencia con la respectiva metodología para alcanzar el conocimiento del derecho.

La línea de quiebre quizá se sitúa en Grocio que representa en todo caso el origen del espíritu moderno en materia jurídica<sup>3</sup>. Antes de Grocio el derecho, el *ius* de los romanos no era la norma sino el resultado de un juicio cuya virtud consistía en descubrir un equilibrio en el seno de las relaciones de alteridad y de los intereses, y ese objeto de conocimiento condicionaba un método para su acceso; el descubrimiento de lo justo es siempre en ese contexto una aporía, y por eso necesita de un método de conocimiento flexible y de resultado probable. Después de Grocio el derecho deja de ser una cosa, el *ius*, para convertirse en una norma producto de la razón y de la voluntad; ya no se encuentra más en el mundo histórico, sino en el mundo de la propia razón inmanente de los modernos, y por lo tanto al ser su propio producto puede ser objeto de un método de conocimiento al modo racional. El resultado, el desafío ya no es una aporía, sino una posibilidad de certeza.

Debe ubicarse a Grocio - contemporáneo de Descartes - como el fundador de la ciencia jurídica moderna, en similar sentido y alcance a como se sostiene que Descartes es el padre de la filosofía moderna<sup>4</sup>. Quiero decir en el sentido de que recogiendo ideas sembradas y abonadas antes de él, germinadas en su tiempo en el medio del proceso cultural que le es contemporáneo y respondiendo a determinadas necesidades, elabora una síntesis de tal vigor y consonancia, que rompe con las estructuras tradicionales ya debilitadas, forjando una nueva concepción, en este caso del derecho.

No es el momento de desarrollar el pensamiento jurídico de Grocio en sus detalles. Cabe puntualizar en que consiste sintéticamente su concepción: a) preocupación por el método, escogiendo el deductivo de la matemática contrariamente al método inductivo que era el propio del derecho clásico (búsqueda de certeza, claridad, evidencia y seguridad)<sup>5</sup>; b) la opción por la "razón procesal o razón subjetiva" en sustitución de la "razón sustantiva o razón objetiva" ; c) la

---

<sup>3</sup> .-) Wieacker Franz, Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna, Ed. Aguilar, Madrid, 1957, p. 218.

<sup>4</sup> .-) Hirschberger J., Historia de la Filosofía del Derecho., t. II.

<sup>5</sup> .-) Responde a la necesidad del hombre de ése tiempo de anclar en algún punto la seguridad perdida como consecuencia del quiebre del orden antiguo, cuya manifestación primera tuvo lugar en el Renacimiento donde se perdió el "centro cósmico" y el teocentrismo, y la segunda en la Reforma protestante que rompió el sistema de referencia teológico inaugurando las "guerras de religión" de consecuencias profundas en el ámbito del pensamiento (Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, La Filosofía Jurídica de M. Villey, Ed. Eunsa, p. 191). En cuanto a la pérdida del "centro" puede verse Villoro Luis, El pensamiento moderno, FCE.

sustitución del orden natural objetivo de las cosas y del ser con su consistencia propia, su sentido de verdad y su orientación hacia un fin, por una “naturaleza subjetiva” que no se descubre de la observación de los seres, sino de la “concatenación” de principios internos al hombre, obtenidos a priori de la razón subjetiva-procesal (“Así como los matemáticos consideran las figuras abstractas de los cuerpos, yo declaro querer tratar el derecho prescindiendo de todo hecho particular”<sup>6</sup>); d) el derecho natural ya no es más el “*τὸ δίκαιον*” de Aristóteles, el “*ius*” de los romanos, como el *medium rei* que se descubre en la naturaleza de las cosas y de las relaciones humanas, por el contrario ahora es una deducción lógica de la razón a priori que da por resultado una norma abstracta y general aplicable a todas las situaciones; e) el derecho positivo es de contenido voluntarista y el fundamento de las obligaciones jurídicas es el consentimiento<sup>7</sup>.

No puede negarse que hay en Grocio una yuxtaposición de racionalismo y voluntarismo que se manifiesta como una tensión entre el primado de la razón y las tesis voluntaristas<sup>8</sup>. En rigor lo que resulta de Grocio como consecuencia del racionalismo subjetivista es una fractura del derecho como unidad ontológica tal como se concibe en la doctrina clásica, como consecuencia de la visión “normativa”. El derecho objetivo no será más lo que es “*realmente justo y descubierto por los juristas*”, sino lo que es conforme a la ley y consecuentemente se corresponde “*formalmente*” con la ley, y la ley en todo caso será justa en la medida que sea “*procesalmente*” correcta. La ciencia del derecho ya no tiene más por objeto la realidad concreta y el descubrir en ella la relación justa, sino que sus ojos enfocarán ahora las normas. El derecho se emancipa del hecho y determina el punto de partida de la nueva ciencia que será la “naturaleza del hombre” de la cual la razón puede deducir matemáticamente todo lo demás.

En esta concepción, la relación del derecho positivo con el derecho natural cambia radicalmente, se hace externa y jerárquica, pierden la relación intrínseca que hasta entonces les era consustancial. El derecho natural es lo que el hombre conoce por la sola fuerza de la razón y por ése mismo instrumento deduce desde los primeros principios creando las normas abstractas (primado de la razón). El derecho positivo en cambio es un acto exclusivo de la voluntad. Ontológicamente son dos cosas distintas y separadas, cada una tiene su ser propio más allá de que tengan o no correspondencia entre ellos. En el derecho clásico lo que no es justo - en el sentido de justo sustancial - no es derecho. En el derecho de las normas de Grocio el derecho natural actúa desde fuera como referencia moral, no tiene existencia real sino en la medida que el derecho positivo se adecua a él.

---

<sup>6</sup> .-) Citado por Fraile, Historia de la filosofía, BAC, III, p. 543.

<sup>7</sup> .-) Vigo Rodolfo Luis, Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho, p. 64.

<sup>8</sup> .-) Welzel Hans, Introducción a la filosofía del derecho, p. 132, citado por Vigo. Asimismo puede verse Rabbi-Baldi Cabanillas, op. cit., p. 188 nota 348 quien defiende la tesis del primado de la razón en Grocio.

La voluntad ha conquistado el cetro en un doble sentido y es la piedra angular del sistema. Primero porque a través de la razón deduce Grocio que el querer vivir en sociedad - *appetitus societatis* - es el fundamento de todo el edificio del derecho. Como consecuencia de ello, el querer da lugar a la regla de la cual deben derivarse los restantes principios y normas, y en consecuencia por un lado toda obligación solamente puede surgir de un acto de voluntad, y por otro lado, todos los pactos voluntariamente concluidos deben ser obligatorios. En segundo lugar, el derecho positivo solamente puede ser voluntario, a punto que Grocio lo llama así. Tanto en derecho privado como en derecho internacional toda obligación surge de un acto de voluntad, de un consentimiento expreso o tácito. La regla *pacta sunt servanda* ya no tendrá un sentido de razón objetiva encadenado al orden de las cosas y de las relaciones entre los hombres del cual en todo caso podía derivarse su obligatoriedad, ahora tendrá exclusivamente un fundamento voluntarista normativo resultante del poder de vincularse<sup>9</sup>.

Este poder jurígeno será la base del contractualismo moderno tanto en el derecho público como en el derecho privado. Grocio es el camino por donde se introducen en el derecho moderno lo que hasta entonces habían sido meras digresiones escolares y disputas académicas. Tal como puede leerse en los

---

<sup>9</sup> .-) Grocio cita expresamente y con admiración a Suarez de la segunda escolástica. Muchos autores como Villey y Vincent por ejemplo ubican en rigor el voluntarismo jurídico a partir de Suarez. En el pensamiento tradicional, dice Vincent, el valor surge a consecuencia del ser, y el carácter normativo de la razón surge de su capacidad de conocer el orden real; el conocimiento del bien funda el deber; el ordenamiento del ser humano a su bien natural determina sus obligaciones naturales; el orden del mismo ser humano al bien común de la sociedad política, funda sus obligaciones sociales; en todos los casos la obligación está fundada sobre la realidad del bien. Por ello la ley natural y la ley positiva tienen la misma naturaleza ya que ambos órdenes son ordenamientos de la razón. En la medida que la voluntad - subordinada por esencia al bien - no se corresponda con el bien que la razón prescribe, su producto no será una ley ni será derecho. En Suárez, estas relaciones son distintas. Una ley contraria al derecho natural es nula, pero por una relación exterior a la ley positiva en razón de la superioridad de la voluntad del autor de la ley natural por sobre la voluntad del autor de la ley positiva. El elemento específico de la ley es su voluntad y no su racionalidad, y critica específicamente en este punto la doctrina de la ordenación racional de Tomás. La razón pierde su carácter normativo que se traslada a la voluntad de modo que el acto propio de la ley viene a ser desde ahora el *imperium* antes que su participación en un orden racional. El orden natural deja de ser un orden de existencia y queda relegado a un orden de esencias de referencia (Vincent, A., Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico, Bs. As., Gherzi 1978, ps. 22 y ss.). No sabemos si Grocio tuvo presentes a Scotto y Ockam, pero vale la pena señalar la identidad de pensamiento en algunas frases del mismo cuño, como por ejemplo "... *no tanto Dios quiere alguna cosa por ser justa, sino que es justo porque Dios lo quiere ...* ", o también, "... *Derecho es lo que Dios ha hecho saber que El quiere ...* " (citado por Fassio en Historia de la Filosofía del Derecho, Madrid 1979, t. II, p. 70). Villey por su parte sostiene que el scottismo y el nominalismo tenían en España fuertes influencias y reconoce en sus escolásticos una huella marcada y que por su intermedio la ley moral ha invadido nuevamente el derecho trastocando la función del jurista que a partir de ellos es el intérprete y el aplicador de la ley moral denominada derecho natural, obra de la contrareforma ávida de afirmar el primado de la teología. Y por precaución afectarán abrigarse bajo el patronato de Santo Tomás, intento en el que sin duda han triunfado: "... *la segunda escolástica me ha parecido el caballo de Troya que ha introducido en la doctrina católica - pretendidamente tomista - el moralismo y el clericalismo de los adversarios de Santo Tomás*" (El Derecho, perspectiva griega, judía y cristiana. Ed. Gherzi, p. 80).

“Prolegómenos”, se introducen los tres grandes principios de conducta que habrán de ser el triángulo del derecho privado: “.. *es menester abstenerse religiosamente del bien del otro ... se está obligado a mantener lo prometido ... se debe reparar el daño causado ...*”, principios que los códigos civiles al estilo napoleónico habrán de convertir en normas jurídicas, es decir de normas morales a conductas exigibles con *vis coactiva*<sup>10</sup>. A partir de Grocio, todos los teóricos del derecho, tanto por el lado de la filosofía política como por el lado de la ciencia del derecho habrán de desarrollar estas concepciones. En la filosofía política y la filosofía del derecho se pasará por Hobbes, Locke, Rousseau, Leibniz y tantos otros. Y la ciencia del derecho manifestará estas influencias pasando por Puffendorf, Wolf, Domat, Pothier y tantos otros de la escuela exegética y luego Savigny y sus derivados los pandectistas con Windscheid a la cabeza.

§ 3.-) Esta filosofía desembocó en la formulación propiamente del derecho moderno y sus dos grandes corrientes de positivistas y naturalistas, pero ambos con el mismo cuño en orden a la concepción de la definición del derecho y de los métodos. El derecho moderno se define por la reducción del fenómeno jurídico a la norma, sea esta positiva o natural. El método para el conocimiento de esta norma es en todo caso un método al modo geométrico o matemático, cuyo eje es el silogismo deductivo a través de razonamientos encadenados y a partir de premisas fijas, en donde lo que importa en todo caso es la corrección formal del razonamiento o consecuencia, y que en cierto modo se desentiende del resultado.

La historia de la ciencia del derecho registra como dos manifestaciones paradigmáticas de esta concepción y de su consiguiente metodología de manejo del derecho, la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos.

En un comentario del *Cours de Droit Civil Français* de Aubry y Rau, considerada la obra maestra de la exégesis, dice Bonnecase quizá el mayor historiador de la escuela: “*Lo que constituye el mérito particular de la obra, lo puede asegurar una autoridad cada vez mayor, es la solidez de su doctrina, la sobriedad de su exposición, la deducción inflexible de todas las consecuencias jurídicas de un principio poseído... Todas las soluciones están contenidas en germen, en un conjunto de principios formulados con rigor matemático y tan íntimamente soldados entre sí, que forman un verdadero edificio jurídico...*” al tiempo que recuerda el autor que en realidad Aubry estudió matemáticas y que sólo cediendo al deseo de sus padres tomó los estudios de derecho<sup>11</sup>. A Troplong lo llama Bonnecase el filósofo de la exégesis y cita a su biógrafo Dufour según el cual, “*Portalis, hablando como legislador, decía: interroguemos la*

---

<sup>10</sup> .-) Dice C. Sanz en Reflexiones ius-filosóficas en torno a la problemática actual del contrato (La Ley 1978-D-sec. doctrina, p. 945 nota 47) que si pensamos en la estructura de nuestro código se verá que tales principios son los ejes sobre los que gira todo el sistema. Y recuerda los as. 1109, 2506 y 1197.

<sup>11</sup> .-) J. Bonnecase, La Escuela de la Exégesis en el Derecho Civil, México 1944, ps. 89 y 90.

historia, ella es la física experimental de la jurisprudencia..."<sup>12</sup> . Y pone en boca de Marcadé lo siguiente: "He emprendido este trabajo para sustituir la autoridad de las tradiciones por el razonamiento; las ideas convencionales por ideas lógicamente apreciadas"<sup>13</sup>. Las citas podrían multiplicarse<sup>14</sup> y su coincidencia conceptual ilumina una convicción cultural de gran fuerza y que por ser tal - es decir cultural -, coincide con los paradigmas del tiempo histórico en el que se gestó<sup>15</sup>, y que en materia de metodología jurídica se apoya en un postulado al modo geométrico y concluye en una racionalismo constructivista rígido. El que a su vez es tributario de una filosofía positivista que define el objeto formal del conocimiento jurídico como el texto legal. En este sentido me adelanto a decir que confunde el punto de partida y el punto de llegada del razonamiento jurídico.

Mientras esta filosofía hundía sus raíces en Francia, una sintonía semejante se hacía escuchar en los países alemanes dando lugar a lo que se llama la jurisprudencia de conceptos, es decir la ciencia jurídica conceptualista, una forma más del dogmatismo jurídico. En realidad su distinción principal con el conceptualismo francés, no es propiamente su conceptualismo - a punto que algún autor indica que también la ciencia francesa de la exégesis es una forma de la jurisprudencia de conceptos<sup>16</sup> -, sino las fuentes del derecho. La dogmática francesa se vincula al iusnaturalismo racionalista moderno, y en tal sentido es voluntarista en el sentido de la suficiencia de la autonomía del sujeto de modo que la fuente del derecho es immanente y da lugar al derecho positivo a través del proceso legislativo de la voluntad general. En cambio el conceptualismo teutón es una derivación de la escuela histórica del derecho encarnada en aquéllos gigantes que fueron Hugo y Savigny que se esforzaron por construir el sistema jurídico a partir del derecho romano que vivía en el

---

<sup>12</sup> .-) Bonecase, cit. p. 126.

<sup>13</sup> .-) Bonecase, op. cit., p. 179.

<sup>14</sup> .-) "No conozco el derecho civil, sólo enseña el Código de Napoleón" de Bugnet entre las más famosas, o "Mi divisa, mi profesión de fé, es la siguiente: los textos ante todo" citado por Geny, o "Los códigos no dejan la cuestión al arbitrio del intérprete; este no tiene por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. Los intérpretes hacen mal en quejarse, pues si el derecho ha llegado a ser un mar de dudas, ellos son los culpables. Si tuvieran más respeto por el texto del Código, no habría controversias..." (Laurent), o también Montesquieu en el Espíritu de las Leyes (Ed. Claridad Bs. As. 1977 p. 117) dijo: "En los estados despóticos no hay leyes, el juez es guía de sí mismo. En los estados republicanos es de rigor ajustarse a la letra de la ley... los jueces de la nación no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma".

<sup>15</sup> .-) Valga la pena como ejemplo de esta convicción recordar el decreto orgánico de 16-24 de agosto de 1790 que a fin de evitar que el Poder Judicial invadiera la esfera que se consideraba propia del Poder Legislativo, y que se apartara en lo más mínimo de la estricta aplicación literal de la ley dispuso reservar exclusivamente a la Asamblea Legislativa la propia tarea de interpretación de la ley creando además la institución del *référé legislativo* y ordenando a los jueces a remitir al legislador la resolución de una cuestión jurídica. Posteriormente creó el Tribunal de Casación, dependiente del Poder Legislativo cuya función era justamente la vigilancia estricta y severa del mecanismo judicial en aplicación de las leyes, con la misión de anular las sentencias que violaran el texto de la ley. El propio Tribunal en ciertos casos debía pedir la "interpretación oficial y obligatoria" del Poder Legislativo (Geny, Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo, Madrid, Ed. Reus, ps. 79 y ss.)

<sup>16</sup> .-) Hernandez Gil, Metodología de la Ciencia del Derecho, p. 82.

espíritu del pueblo; el punto de partida en todo caso no fué inmanentista sin trascendente al sujeto formulador del derecho. Más adelante fué en realidad Ihering quien fundó el método y Putcha y Windsheid quienes lo tradujeron en un refinamiento lógico que se llamó la "pandectística" en homenaje a la obra máxima del último de los nombrados, Las Pandectas.

En realidad, la tarea de Ihering fué la de crear un método específico de conocimiento del derecho a fin de manejarlo de un modo más o menos previsible. Pero a diferencia de la exégesis le concedió a la jurisprudencia - entendida como ciencia tal como se denomina entre los alemanes -, la noble tarea de la aplicación e interpretación del derecho positivo. Precisamente a fin de apuntalar esta función es que se afana en desarrollar instrumentos científicos que lo hagan previsible y uniforme. Para ello desarrolla distintas escalas describiendo primero los elementos de la materia jurídica - cuerpos jurídicos -, luego la construcción jurídica y sus reglas, para llegar finalmente al sistema jurídico como un resultado de la construcción. El sistema es la transformación de la materia jurídica en un producto más aprehensible que descubre sus rastros más profundos e íntimos permitiendo su plasticidad.

Ihering confesaba que su ideal era la confección de un "alfabeto jurídico" aunque se hacía cargo de la imposibilidad de la tarea. Al parecer quien tomó la posta fué Windsheid que aplicó una poderosa agudeza analítica en juego simultáneo con capacidad sintética a la materia jurídica, mediante el uso exclusivo de los conceptos como medios de comprensión y de expresión de las normas jurídicas, con una severidad lógica implacable. Ello combinado con una preferente inclinación al derecho romano clásico como fuente y materia de trabajo, y con olvido de los orígenes de la escuela histórica, que había sido un intento de articular el derecho romano en el espíritu del pueblo germano, fieles a la tradición romántica. La jurisprudencia tiene por objeto *desarrollar los conceptos contenidos en las normas*. Hay dos grandes categorías de conceptos. Una la de los que tienen por objeto los presupuestos de hechos de los derechos (negocio jurídico, testamento), y otra la de los que tienen por objeto los derechos mismos o algo que pueda predicarse de ellos (propiedad, usufructo, obligación). La construcción jurídica consiste en reconducir una relación jurídica a los conceptos en los cuales se funda. Siendo este el objeto formal, el método es naturalmente geométrico, lógico matemático y su pretensión es arribar a un resultado verdadero y no solo razonable.

§ 4.-) Estas formulaciones dominaron todo el siglo XIX en el desarrollo de la ciencia jurídica y aún hoy tienen su proyección en la escuela de Viena. No obstante ya en el siglo pasado se notó una reacción como producto precisamente de los resultados a que conducían en la vida del derecho, las derivaciones de estas metodologías

cerradas. Reacciones que naturalmente tradujeron una revisión de los puntos de partida metodológicos y de la identificación del objeto formal del derecho.

Nuevamente a través de Ihering se puede vislumbrar con claridad el espíritu de esta reacción de fines de siglo. El mismo Ihering del *Espíritu del Derecho Romano* que había fundado de algún modo una teoría del método incorporando la *construcción y el sistema* a la jurisprudencia, se rebela ante las derivaciones de su obra en poder de los pandectistas, dejándonos en una memorable pieza sarcástica los fundamentos de una nueva tendencia que recupera la jurisprudencia de las fauces de la lógica matemática. Cito párrafos inolvidables del último capítulo de *Jurisprudencia en broma y en serio*<sup>17</sup>, titulado El cielo de los Conceptos Jurídicos, seleccionados por su fuerza expresiva en orden a la crítica de la jurisprudencia de conceptos:

*"Yo me había muerto. Un halo luminoso rodeó mi espíritu al abandonar el cuerpo...el ángel que lo recibe le dice:*

*Como tu eres un romanista, vas destinado al cielo de los conceptos jurídicos. En él encontrarás de nuevo todos aquéllos que durante tu existencia terrenal tanto te han preocupado. Pero no en su configuración incompleta, con las deformaciones que el legislador y los prácticos les imprimen, sino en su plena e inmaculada pureza, con toda su ideal hermosura. Aquí son premiados los teóricos de la jurisprudencia por los servicios que les han prestado a los conceptos en la tierra; aquí, ellos que solamente los vieron en una forma velada, los descubren con entera claridad, los contemplan cara a cara, y tratan con ellos como con sus iguales. Las cuestiones para las que en vano buscaron una solución durante su existencia terrenal, son contestadas aquí y resueltas por los propios conceptos. No hay ya enigmas en el derecho civil, la construcción de la herencia yacente, o de la obligación correal, los derechos sobre derechos, la naturaleza de la posesión, la diferencia entre precario y comodato, la prenda de cosas propias, y cualquiera otro problemas que puedan ocurrirse y que a los hijos de la ciencia tanto han dado que hacer en su peregrinación por la tierra están aquí resueltos.*

*- ...¿ donde van los prácticos?.*

*- Tienen su más allá especial, pero pertenece todavía al sistema solar. El sol hace lucir allí sus rayos y existe aire atmosférico, apropiado para las duras construcciones de un práctico, de la misma manera que sería inadecuado para los conceptos; allí domina aún una vida como la de la tierra: en una palabra, el práctico encuentra allí todas las limitaciones de la existencia terrena. No podría respirar en el*

---

<sup>17</sup> .-) publicado en 1884 en Alemania, traducción al español en Ed. de la Rev. de Derecho Privado, Madrid 1933.



*cielo teórico, ni podría avanzar un paso de su lugar, como quiera que sus ojos no están hechos para la profunda oscuridad que allí domina.*

*- Luego, ¿ se trata de un lugar oscuro ?.*

*- Completamente. Allí reina la noche más profunda. Los astros que se encuentran en este más allá no pertenecen al sistema solar y no reciben ni un rayo de sol. El sol es la fuente de la vida toda, pero los conceptos nada tienen que ver con la vida, y necesitan de un mundo que exista solo para ellos, alejado de cualquier contacto con la vida".*

*-...*

*-... En el mundo de los conceptos que tienes ante ti, no existe la vida en el sentido vuestro, no existe más que el imperio de los pensamientos y conceptos abstractos, que independientemente del mundo real, se han formado por el camino lógico de la generatio equívoca y repudian todo contacto con el mundo real. "*

Desde fines del siglo pasado y durante todo el siglo que ahora termina se ha desarrollado una fuerte ofensiva contra el dogmatismo jurídico en cualquiera de sus formas. Los párrafos incomparables de Ihering son todo un símbolo de esta tendencia. Entre los más conocidos se mencionan la escuela de libre investigación científica de Geny, la experiencia práctica de Holmes, la jurisprudencia de intereses en Alemania construida a partir del último Ihering, la jurisprudencia sociológica de Pound y Cardozo en EE.UU. En este marco se inscribe la resurrección de la dialéctica, entre cuyos exponentes están Perelman y nuestro autor, como así también Recasens Siches y su lógica de lo razonable y en alguna medida Dworkin<sup>18</sup>.

## **II.-) La dialéctica como método.**

§ 5.-) En apretada síntesis se ha dicho que la dialéctica registra varios significados en la historia del pensamiento: arte de discutir y metafísica en Platón, lógica de lo probable en Aristóteles, lógica general en el Renacimiento, conjunto de conclusiones naturales y engañosas en Kant y la "naturaleza del pensamiento mismo" en Hegel<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> .-) Para una reseña de estas doctrinas véase Recasens Siches, Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Ed. Porrúa, México 1973.

<sup>19</sup> .-) Bochenski, El materialismo dialéctico, Rialp 1966 p. 153.

En rigor, donde se percibe la especificidad propia de la dialéctica es en Aristóteles, que sistematiza teóricamente las características del arte de la tópica proponiendo un objeto propio, distinguiéndolo como un método o modo de razonamiento diferente del que se usa en las ciencias exactas

Veremos al avanzar en la exposición del estudio de Viehweg, que el autor se encarga de hacer estas distinciones. Especialmente cabe destacar la distinción de la tópica o dialéctica con otros métodos o modos de razonamiento en el mundo antiguo que ocupa algún capítulo del ensayo.

Da la impresión de que hay largos paréntesis en la historia del pensamiento entre la formulación aristotélica de la dialéctica y su tratamiento moderno. Paréntesis en el cual el término circuló por significados equívocos, principalmente el impuesto por los estocios, y que lo identificaban con la lógica en general como lógica dura o lógica *more geometrico*, y que así pasó al Renacimiento, sin perjuicio de algunos intentos de distinción como el de Vico que cita el autor, y modernamente como el del propio autor, o el de la lógica de lo razonable de Recasens Siches, o el de Perelman.

Por su parte, modernamente R. Dworkin ha desarrollado un método de conocimiento del derecho que supone por cierto una visión del derecho superadora del positivismo moderno, que vale la pena destacar en línea con la tópica. Por cierto que Dworkin no desarrolla una teoría de la dialéctica, pero utiliza un método y describe elementos que permiten asimilar su esfuerzo a un método dialéctico en el sentido Aristotélico de búsqueda del pensamiento problemático. Se trata de un pensamiento complejo y sobre el que cabría un estudio especial, sin embargo me parece que vale la pena mencionarlo en esta reseña. De algún modo, sus principios y directrices políticas son *tópicos* a la manera aristotélica y cumplen la función de conducir el razonamiento jurídico hacia la solución de los casos difíciles. Más aún, tanto los principios como las directrices se obtienen por referencia a los estándares sociales vigentes, lo que se emparenta con la fuente de los tópicos según Aristóteles que está depositada en la opinión de la mayoría o de los más sabios<sup>20</sup>.

### **III.-) Exposición de las líneas fundamentales del ensayo.**

§ 6.-) El punto de partida de VIEHWEG es una referencia histórica de lo que parece ser la última consideración de la "tópica" como método de razonamiento científico. Esa referencia la encuentra en una obra de Juan Bautista Vico, la *De nostri temporis studiorum ratione*, que vio la luz en el año 1708 como un ensayo acerca de

---

<sup>20</sup> .-) R. Dworkin. Los derechos en serio, Ed. Ariel, p. 72.

los debates metódicos que habían ocupado gran parte del pensamiento durante el siglo anterior, especialmente a partir del Discurso del Método (Descartes † 1658).

El método nuevo es precisamente éste de tipo deductivo a partir de un *primum verum* que la razón no puede anular ni siquiera con la duda, y del cual se derivan conclusiones al modo geométrico en cadenas deductivas. Si bien Vico no menciona a Descartes, la referencia del método deductivo lo toma de Arnauld, coautor de *Art de penser*, que era un cartesiano del grupo jansenista al que perteneció Pascal.

Según VIEHWEG, Vico contrapone este método con el método antiguo que es el de la tópica y cuya referencia radica en la obra de Cicerón, y no en la de Aristóteles. La tópica pues sería el método científico antiguo de razonamiento y de demostración. El punto de partida no es *primum verum* sino el *sensus communis* que se alimenta de lo verosímil y no de la certeza, y se desarrolla en función de confrontación de puntos de vista y no de cadenas de deducciones.

En realidad Vico hace la defensa del modo de pensar antiguo y su obra es un intento de integrarlo en el nuevo método. VIEHWEG por su parte se propone analizar si la jurisprudencia que se desarrolla desde la antigüedad romana revela una estructura tópica, y que repercusión habrá de tener en la jurisprudencia la modificación de la estructura del modo de pensar que Vico puso de relieve.

§ 7.-) Se ocupa VIEHWEG de explicar en que consiste la tópica, partiendo de Aristóteles y no de Cicerón como Vico, ya que según VIEHWEG, Cicerón explicó una tópica muy limitada sin mayor fidelidad a la fuente Aristotélica, que conocía, pero que no tuvo a mano cuando escribió su Tópica en una circunstancia histórica muy especial.

La Tópica de Aristóteles constituye uno de los seis libros de lo que los compiladores reunieron en el Organon que es el Tratado de la Lógica. Hay en general acuerdo en que el orden en que se presenta el Organon no se corresponde con un orden cronológico, sino más bien con un orden sistemático diseñado por dichos autores, lo que explica el hecho de que dentro de los distintos libros existan temas que en rigor deberían haberse tratado en otros libros. Normalmente la Tópica es el libro V, después de las Categorías, el Peri Hermenías, los Primeros Analíticos, los Segundos Analíticos, y antes de las Refutaciones Sofísticas.

Al decir de VIEHWEG, la dialéctica o arte de disputar era el dominio propio de los retóricos y de los sofistas en la antigua Grecia, y contra él habían luchado arduamente tanto Sócrates como Platón ya que se había hecho abuso de él y se había convertido de algún modo en un fin en si mismo. El mérito de Aristóteles en este punto está probablemente en haber logrado aislar dos formas distintas de razonamiento y atribuir a cada una su valor propio en función del objeto. Habría en tal sentido un

ámbito propio de la apodeixis que tiene lugar cuando el desarrollo argumental se lleva a cabo a partir de proposiciones primeras o verdaderas, que sería lo propio de la filosofía. Y habría paralelamente un mecanismo dialéctico de argumentar, que consiste en partir no de proposiciones primeras o verdaderas sino de proposiciones opinables. La opinión o la doxa es una proposición que "parece verdadera a todos, o a la mayoría o a los sabios, o la mayoría de los sabios o a los más notorios de éstos".

El centro de gravedad del método dialéctico se establece sobre la índole de las premisas de las que parten los silogismos, y en consecuencia, la clasificación de estas premisas, ocupa la primera cuestión acerca de la que ocuparse para conocer la tópica. Dice Aristóteles que toda proposición y todo problema, se refieren al género, a la definición, a lo propio y al accidente, de allí que las conclusiones habrán de clasificarse en función de estos cuatro géneros de cuestiones. Cada uno de estos cuatro géneros - por lo demás -, pertenece siempre en su forma de relacionarse con los demás géneros, a algunas de las diez categorías (sustancia, cantidad, calidad, relación, lugar, tiempo, estado, posición, acción, pasión).

La dialéctica se vale para sus desarrollos, además del silogismo y la inducción, de otros cuatro instrumentos: a) el descubrimiento de las premisas, b) la distinción en las diversas denominaciones de las cosas, c) el descubrimiento de los distintos géneros, d) el descubrimiento de analogías o semejanzas de los diferentes géneros.

En función de los cuatro genera antes mencionados se obtienen los topoi que corresponden a cada uno de ellos, y que consisten en los puntos de vista aceptados universalmente y utilizables a favor o en contra de lo sostenido en las premisas opinables, "son los que nos pueden ayudar en relación con cada problema, a obtener conclusiones dialécticas".

Finalmente cita VIEHWEG dos trozos del último libro de la Tópica, el VIII, que Aristóteles dedica a explicar la técnica peculiar de la disputa o reglas de interrogación.

§ 8.-) En cuanto a Cicerón, VIEHWEG sostiene que su Tópica es una obra de diferente jerarquía que la de Aristóteles, en muchos aspectos imprecisa e insatisfactoria. Su génesis obedece en cierto modo a una frustración de un amigo - jurisconsulto destacado - que le pidió que le explicara para él la Tópica de Aristóteles, cuya lectura había intentado sin mayor provecho. En ése afán, Cicerón compone su Tópica, a partir de Aristóteles.

Los tópicos son los lugares de donde se extrae el material para una demostración, son las sedes e quibus argumenta promuntur. Tras lo cual se ofrece un catálogo de tópicos en función del objetivo práctico de la obra, y que divide en técnicos y no técnicos, siendo estos últimos los criterios de autoridad. Los tópicos

científicos o técnicos se dividen en referentes al todo (A), o a determinados aspectos (B). Cuando se trata de (A), se hace referencia a la definición, a la división y a la etimología. Cuando se trata de (B), se hace referencia al género, a la especie, a la semejanza, a la diferencia, a la contraposición, a la circunstancia, a la causa, al efecto, a la comparación. Luego Cicerón analiza cada uno de estos tópicos indicando sus posibilidades.

§ 9.-) Según VIEHWEG, la tópica como dialéctica se conoció a través de la obra de Cicerón y no de la obra de Aristóteles. En realidad, dice VIEHWEG, la tópica no fué una ocurrencia de Aristóteles, sino por el contrario pertenecía al cuerpo vivo de la tradición antigua y estaba íntimamente vinculada a cualquier retórica. El rumbo filosófico aristotélico se desvaneció como tal y permaneció más la orientación práctica ciceroniana. A través de los siglos se conservó encapsulada dentro de la retórica antes que de la lógica, y en ésa condición integró una de las siete artes liberales de la Antigüedad.

§ 10.-) El capítulo tercero del ensayo de VIEHWEG, tengo para mí que es el núcleo de la obra, y a través del mismo, en siete subcapítulos el autor desarrolla un análisis de la tópica en clave moderna, valiéndose de la comparación del pensamiento problemático y el pensamiento sistemático, siguiendo para esto último las líneas trazadas por N. Hartmann sobre el punto. La tópica vendría a ser una técnica del pensamiento problemático.

En tal sentido le hace decir a Hartmann, que "El modo de pensar sistemático procede desde el todo. La concepción es en él lo principal y permanece siempre como lo dominante. No hay que buscar un punto de vista. El punto de vista está desde el principio adoptado y desde él se seleccionan los problemas. El contenido del problema que no se concilia con el punto de vista, se rechaza y se considera como una cuestión falsamente planteada. Hay que decidir con carácter previo algo que se refiera no a la solución del problema, sino a los límites dentro de los cuales esta solución puede moverse ... El modo de pensar aporético procede en todo al revés". Respecto del modo de pensar aporético o problemático, dice NH que "no se pone en duda que el sistema exista y que para su propia mentalidad acaso sea lo decisivo. Tiene certeza de lo suyo aún cuando no lo conciba así".

El pensamiento sistemático, al relacionarse con los problemas, lo hace desde un punto de vista fijo, en cierto modo rígido, de modo tal que si el problema no puede ser resuelto desde el sistema, o por decirlo de otro modo no cabe en él, el propio sistema tiene reglas que lo separan, lo marginan, en la consideración de que todo problema auténtico para el sistema encuentra en él cabida y solución, de forma que lo que no se

comporta así es en todo caso un pseudo problema. El sistema selecciona al problema. En cambio el pensamiento problemático opera en alguna medida exactamente al revés. No parte de un punto de partida fijo o rígido, sino precisamente del problema y sabe de antemano que cualquier solución que encuentre al problema será en todo caso una proposición opinable, que por lo tanto no podrá estar revestida de la calidad de verdadera o falsa, sino solamente de bien fundada o mal fundada, razonable o no, defendible o no, mayoritariamente compartida o no, y otras calificaciones semejantes. El pensamiento problemático busca los puntos de vista en los que puede apoyar la construcción de una solución. Si encuentra un sistema, mejor; si no lo encuentra sigue su camino, buscando y confrontando puntos de vista - los *topoi* justamente. El problema selecciona al sistema.

El pensamiento natural obra en general de este modo. Frente a un problema selecciona arbitrariamente puntos de partida que le sean útiles para encontrar una respuesta. Una *tópica* más avanzada busca estos puntos de partida en ciertos repertorios de puntos de vista que la experiencia ha recogido y acumulado a través de los siglos. Aristóteles intentó establecer una teoría de la *tópica*, describiendo los *topoi* universales para cualquier argumentación problemática. No obstante, esta obra no tuvo la misma suerte que otras del gran maestro. La *tópica* se hizo corriente en el mundo antiguo y hasta la llegada de la modernidad, a partir de la obra de Cicerón, que le dio un sentido práctico. Luego hubieron varias colecciones de repertorios *tópicos*, incluso destinados a determinadas ramas del saber (*tópicos* literaria, musical, pictórica y por supuesto jurídica).

La *tópica* es hoy desconocida precisamente porque no satisface nuestro espíritu sistemático. Siempre nos rendimos a la tendencia de razonar con deducciones en cadena a partir de proposiciones centrales, aún cuando trabajemos sin saberlo con *tópicos*. Con lo que los desligamos de su orientación permanente hacia el problema que es de donde reciben los *tópicos* el sentido. Si los trabajamos en clave de pensamiento sistemático, probablemente obtengamos conclusiones correctas formalmente, y cerradas, de modo que observaremos pronto que son inadecuadas y alejadas ya de la situación inicial. En suma, el problema no se resuelve en verdad, aparece nuevamente con ropaje distinto.

En cierto modo, el método de la *tópica* consiste en una operación *prelógica* cuyo objeto es la búsqueda de las premisas adecuadas. Una vez obtenidas las primeras, se desarrolla una secuencia lógica aunque limitada, que no puede extenderse demasiado sin riesgo de alejarse del problema, que es una referencia necesariamente permanente.

Las premisas se legitiman - no se prueban -, a través de su aceptación por el interlocutor y por eso se controlan mediante el debate que funciona a la manera de un círculo (la *dialéctica* de Aristóteles). Como se procede mediante aproximaciones

sucesivas en las que los interlocutores van acordando las premisas en función de un complejo de experiencia reconocida, ya Aristóteles señalaba que no se puede debatir cualquier cosa con cualquier sujeto.

§ 11.-) En este punto y ya con elementos descriptivos de la tópica, el autor orienta el análisis en un sentido comparativo, de modo que demuestre la incidencia de la tópica en distintas y específicas cultura jurídicas. En el cap. IV se hace una comparación con el ius civile de los romanos.

Busca algunos desarrollos tópicos en fragmentos del Digesto, y ejemplifica con ellos el método argumental, o mejor dicho el método tópico a través del cual los antiguos descubrían la solución que correspondía al caso. Del ejemplo el autor extrae confirmaciones a sus tesis sobre el sentido problemático de los casos jurídicos y a la necesidad de respetar esa presencia viva y permanente del problema como pivote alrededor del cual gira permanentemente el razonamiento, diferenciándose del análisis sistemático.

El método consiste en plantear un caso que hasta ahora carecía de solución explícita y buscarla en función de textos que se han ocupado de otros casos y que traducen puntos de vista o tópicos o loci que no deben confundirse con principios generales abstractos, por el contrario son más bien puntos de partida con reconocimiento general que pueden ser útiles en combinaciones diversas y en dialéctica con el problema, para una solución satisfactoria.

El caso presentado se pregunta por la usucapión del parto de una esclava robada. El concepto de usucapión se construye de manera progresiva mediante la selección de conceptos previos, tales como posesión, buena fe, justo título, duración de la posesión, etc. Y estos conceptos previos son los que se toman conforme al reconocimiento que ellos han venido a tener.

Después se reiteran algunas particularidades de la tópica y se destacan algunas otras en relación con el ius civile.

Considero de mucho interés la caracterización de la búsqueda inicial de puntos de vista por el ius civile, como una búsqueda vacilante, esforzada y a tientas, hasta que se produjeron las primeras fijaciones. En algún momento, estos hallazgos primeros y vacilantes se fijaron convirtiéndose en fuente del derecho, en abrevaderos de todos los problemas, y consecuentemente al facilitar la tarea devino un fuerte conservadurismo jurídico. La aparición de nuevos problemas exige una renovación de tales fijaciones, una nueva tarea metodológicamente semejante a la de los primitivos juristas romanos, mediante el mismo método, de modo de buscar la solución con referencia al problema seleccionando los puntos de vista adecuados. La anulación de la

rigidez de las fuentes podría lograrse a través del método tópico mediante una interpretación adecuada, es decir una tópica de segundo grado. En el *ius civile*, esta tópica de segundo grado tuvo lugar a partir probablemente de Gallo, que opera con catálogos de tópicos.

En orden a la ubicación de la tópica jurídica en el abanico de las disciplinas científicas, señala el autor que no parece que hubiera en la antigüedad romana una conciencia clara de una distinción entre *tecne* y *episteme* tal como la había establecido Aristóteles. Pero que si aceptara esta distinción sin duda cabría considerar al *ius civile* como *tecne*.

En seguida destaca la distinción entre dialéctica estoica y dialéctica como arte de disputar propio de la tópica. La primera es la lógica y se construyó sobre la base de la retórica, y es un método deductivo sobre la base de principios. Lo contrario de la tópica. Sostienen que cuando se vincula a los juristas romanos con la dialéctica ello no es apropiado porque entre los romanos la dialéctica es lógica, y en cambio ellos se vieron más bien influenciados por el método peripatético y su forma de pensamiento más bien se corresponde con la dialéctica aristotélica.

§ 12.-) El siguiente estudio comparativo de la tópica se hace en referencia al *mos italicus*, o derecho de los glosadores cuyo más famoso representante fue como sabemos Bartolo de Sassoferrato, y cuya influencia fue dominante desde su nacimiento en el 1257 con la obra de Accurcio, hasta el siglo XVI, y después se mantuvo hasta el siglo XVIII. Esta modalidad tópica de enfocar y resolver los problemas jurídicos fue sustituida luego por el que se llamó proceder metódico.

Advierte el autor una vinculación cultural de los glosadores y postglosadores, con la tópica a través de la retórica, que era una de las famosos siete artes de la educación alta de entonces. Precisamente en Bologna - donde se desarrollo la glosa - es donde probablemente se encontrará desde el siglo X una escuela de artes liberales. Otra prueba de la calidad tópica del *mos italicus* fué precisamente la crítica que se le formulara desde que comenzara a perfilarse el moderno espíritu matemático. Y era su falta de sistema.

La jurisprudencia medieval habría desarrollado asimismo la tópica a partir de problemas propios de su tiempo. Precisamente cuando debió superar los textos romanos mediante la interpretación de los mismos, se valió en cierto modo del mismo principio a partir del cual estos textos habían llegado a ser puntos de vista o de referencia del juicio problemático. Se destaca el uso de la partición de conceptos que ya usaba Platón, como tópica, que se debe distinguir y contraponer a la deducción lógica.



Pone de relieve que la escolástica clásica le dio a la tópica una formulación adecuada a sus métodos, desarrollando un esquema tópico. Lo sintetiza ejemplificando con esquemas de algunos autores, entre ellos Santo Tomás, que trabajaba con: la fijación del problema, los puntos de vista próximos, los puntos de vista contrarios, la solución. Similar es el esquema de Bartolo. Desarrolla alguna exposición de Bartolo para ampliar el ejemplo.

Se destaca siempre en los ejemplos, el lugar dominante que ocupa el problema, impidiendo por eso mismo la formación de un sistema. De forma que las generalizaciones que puedan irse obteniendo terminan siendo en todo caso nada más que tópicos o *loci ordinarii* que dan lugar a catálogos de tópicos, que terminan siendo las premisas decisivas o sedes materiaram, y que se ordenan por materia y por orden alfabético. Trae ejemplos de materia legal.

§ 13.-) Señala VIEHWEG que no obstante algunos intentos como el de Leibniz de conservar la estructura tópica de la jurisprudencia sometiéndola a cierto control racional para ceder en cierto modo al impulso moderno, ello no se ha logrado, siendo que todos los esfuerzos en general estuvieron inficionados de sistematismo y terminaron por trastocar esa estructura, y convertirla en sistema científico nutrido del método deductivo. De cualquier manera, la sustitución de la tópica por el sistema se ha hecho siempre a partir de la tópica, aprovechando sus descubrimientos y sus propias fijaciones, bien que tratándolas como principios y no como tópicos dieron lugar a los sistemas.

Esta sistematización no parece presentar problemas especiales en la etapa de la formulación sino más bien al tiempo de la ejecución, que es donde renace la necesidad de la tópica.

En realidad el sistema se construye a través del método axiomático, que consiste en la formulación de conceptos de primer orden que se denominan axiomas, y que se caracterizan por su necesaria vinculación con las reglas derivadas de ellos. Para lograr esta condición es necesario que los axiomas estén revestidos de integridad, de compatibilidad y de independencia. A partir de ellos se desarrollan las deducciones correspondientes, se obtienen las proposiciones derivadas por medio de cadenas lógicas. Si ello se lleva a cabo en todos los ámbitos jurídicos conocidos dentro de un determinado Derecho positivo, estaríamos probablemente ante un auténtico sistema jurídico en sentido lógico. Sin embargo, tal construcción no se ha realizado nunca, aunque usualmente el pensamiento jurídico lo presuponga.

No obstante lo cual y aunque ello se lograra dice el autor, parece difícil que pueda eliminarse la tópica del quehacer jurídico, ya que un sistema tal requeriría de

ella en muchas de sus fases, y su carácter de sistema en tal caso debería ponerse en duda.

De cualquier manera, el tejido jurídico que encontramos en cualquier Derecho positivo, no ha alcanzado el grado ni remotamente de un sistema lógico en el sentido axiomático, es decir con axiomas y cadenas deductivas duras. Hay que conformarse con conjeturas, y en todo caso lo que encontramos es más bien una pluralidad de sistemas con alcance muy diverso y con relaciones recíprocas de identificación difícil.

En ese cuadro la tópica se infiltra necesariamente en las fases siguientes:

- en caso de colisión de los subsistemas es necesaria la interpretación que procede según la tópica;
- en el supuesto de creación del sistema, la elección de los axiomas no obedece a un método sistemático sino tópico;
- en la necesidad frecuente de dar sentido a determinados símbolos del lenguaje;
- en la interpretación del "estado de cosas" que necesita de un tratamiento jurídico, cualquiera sea la situación que debe conducirse al sistema jurídico, necesita de una comprensión adecuada, de tanteos, en fin, en cada caso la "aplicación del derecho" necesita de la tópica.

Todos estos son pasos necesarios en cualquier conjunto jurídico, que se darán con mayor o menor frecuencia pero que todos ellos, cualquiera sea su frecuencia de uso implican una licuación de sistema como método lógico deductivo de entender lo jurídico. El centro de gravedad del sistema radica siempre claramente, de modo predominante, en la interpretación en sentido lato, es decir en la invención y no en la deducción. Un sistema en sentido estricto necesitaría por el contrario reducir los márgenes de la aplicación - en el sentido expuesto - y de la interpretación inventiva, y para ello en el estado actual necesitaría de una especie de legislador permanente y que además trabaje con una criterio sistemático, todo lo cual resulta poco menos que inimaginable.

Hay dos maneras de pensar una Ciencia del Derecho. Una es la que acabo de describir, es decir, "cientifizar" la técnica jurídica transformando el estilo usual en una cadena de deducciones fuertes a partir de axiomas; en este sentido faltan elementos como para suponer que esto pueda ocurrir por ahora. El otro modo de desarrollar una ciencia del Derecho es el que considera como objeto propio de tal ciencia precisamente esa técnica jurídica a la que reconoce como una forma de búsqueda de lo justo, y que contiene dos dimensiones, la creación del Derecho positivo, y de la mano del Derecho positivo la búsqueda continúa permanente e incesante a través de su aplicación e interpretación. Esta búsqueda, dice VIEHWEG, es el gran objeto de

investigación de la Ciencia del Derecho, para lo cual deberá disponerse a la utilización de la tónica.

§ 14.-) El último capítulo de la obra es el octavo y trata de la relación entre la tónica y la doctrina civilista o ciencia del derecho o jurisprudencia.

La cuestión fundamental acerca de la cual se pregunta la jurisprudencia, y acerca de la cual debe responder siempre y en cada caso, es la de que sea lo justo aquí y ahora. Se trata de un problema de tipo permanente, de una cuestión que siempre se presenta como problema de modo que no es posible acudir a ningún principio seguro y objetivo que permita anclar respuestas rígidas, de forma tal que es una disciplina que carece de la posibilidad de ser sistematizada. Y por esos precisamente su necesaria vinculación con la tónica como técnica del pensamiento problemático. Ahora bien, dentro de la tónica es preciso descubrir cual es la estructura de tónica que conviene a la jurisprudencia como arte de decidir acerca de lo justo. Y en este punto es preciso transcribir al autor:

*"1. La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema; 2. Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él; 3. Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Cualquier otra es preciso evitarla."*

El resto del capítulo es un desarrollo de esta estructura tónica.

El autor desarrolla la primer cuestión a partir de una obra sobre los fundamentos o la estructura del derecho privado, debida a von Hippel del año 1930. En este marco se describe la posición del legislador como una situación de búsqueda de lo justo en el momento histórico concreto, situación en la cual generalmente se rechazan algunas alternativas por ser incompatibles con tal propósito, y se reservan otras que incluyen la posibilidad histórica de la justicia, y dentro de esta últimas se produce la opción del legislador, que actúa como una elección histórica que se adecua a las exigencias de la justicia. De todos modos la respuesta que da el legislador no es nunca definitiva y ella misma abre un cierto número de ulteriores preguntas, que también exigen una respuesta a la cuestión de lo justo concreto. El tráfico jurídico se concibe en suma como un tejido de cuestiones que se reconducen a problemas más o menos similares y a respuestas históricas. Pero en cualquier caso siempre se orienta tanto la pregunta como la respuesta hacia el "único momento fundacional de nuestra disciplina" que se radica en la aporía fundamental de la respuesta justa, la que conserva siempre el lugar predominante de problema fundamental y de referencia obligada a la que hay que remitirse permanentemente.. De allí que la estructura total

de la jurisprudencia sólo puede ser determinada desde el problema: "Toda la organización de una disciplina jurídica se hace partiendo del problema. Cuando se han diferenciado ciertas series de cuestiones del modo indicado, se agrupan alrededor de ellas los intentos de respuestas del respectivo derecho positivo". La jurisprudencia es entonces una permanente discusión de problemas alrededor del problema de la justicia.

El segundo presupuesto que permite describir la estructura de la jurisprudencia es el hecho de que los conceptos y proposiciones que la integran deben ser comprendidos en un sentido jurídico, es decir ligados al problema y comprendidos desde él. De lo contrario, dichos conceptos, si se los manipula con su sentido directo y obedeciendo las leyes sistemático deductivas, conducirán a resultados alejados del problema y seguramente de la justicia. Así por ejemplo, con el concepto de "declaración de voluntad", cuyo sentido jurídico está necesariamente adherido a la necesidad de preservación de la confianza en los no declarantes, referencia que permite interpretar en muchos casos en los que no hay estrictamente "voluntad" que sin embargo, la "declaración de voluntad" presume una voluntad y deviene en responsabilidad. Esta conclusión es en general incómoda para la lógica deductiva y para el razonamiento en cadena y no logra cabida en el sistema, y sin embargo al jurista generalmente le resulta aceptable porque recibe su luz desde el problema al que se atiende. Los conceptos comunes en definitiva, en el contexto de la jurisprudencia, de algún modo se "transforman" y adquieren un sentido propio desde el problema, desde la aporía fundamental, siempre necesariamente presente en el razonamiento jurídico.

Por último, anota como característica que conforma la estructura tópica de la jurisprudencia, la exigencia de que sus conceptos y proposiciones solamente sean utilizados "en una implicación que mantenga su vinculación con el problema" es decir con la aporía fundamental. Para explicar lo que quiere significar, el autor se apoya en una obra de Wilburg, que observó en la estructura del derecho civil una cierta rigidez para adaptarse a la dinámica de los problemas, lo cual se debería en gran parte al hecho de que muchos de los principios a los que se debe fidelidad son poco fecundos por inflexibles. Propone VIEWEG que si estos principios se conectan con la aporía fundamental es decir con el problema de la justicia, tales principios cobran en tal caso un nuevo dinamismo. Tal ocurre por ejemplo con el principio *nemo turpitudinem suam alegans auditur*, o el de la *pars conditio creditorum*, o el del *enriquecimiento sin causa* en el marco de la responsabilidad por daños. En todos los casos, si se sistematizan los principios y se los somete a la lógica encadenada, darán lugar a deducciones que se alejan del problema de lo justo y conducen a resultados que desde la aporía fundamental son inaceptables. Por el contrario, precisamente, la vinculación con el problema, exige por doquier que los principios deben ser quebrados, limitados y modificados constantemente, en función del problema. El problema tiene la primacía y

no los principios. El problema ocupa el centro de la escena, y en todo caso, el escándalo tiene lugar cuando se respeta el principio y se olvida el problema y no viceversa. La primacía del problema influye sobre la técnica a adoptar. De allí que en realidad cabe erradicar el término principios y referirse más bien a reglas directivas o tópicos.

#### IV.-) Epílogo

§ 15.-) Para quienes en todo caso creemos que el derecho empieza en verdad donde termina la norma y que consiste en un arte de encontrar en cada caso la solución justa, la lectura de ensayos como este y su comprensión profunda es verdaderamente reconfortante.

No obstante ello deben considerarse los límites del opúsculo.

Un primer límite es su reducción a una teoría del método sin referencia alguna al objeto formal de la jurisprudencia. Precisamente por eso creímos necesaria la introducción del primer capítulo como un modo de introducir en el análisis elementos de juicio que permitan presuponer la vinculación de este tipo de método con un tipo predefinido de objeto formal, el derecho como búsqueda, como interpretación y aplicación de las normas a los casos concretos, proceso en el cual se enseorea la tópica.

Y un segundo límite que presenta el método de la tópica o dialéctica es el problema del "*juez Hércules*". El desarrollo de la tópica como método del derecho moderno, confrontaría con las necesidades del tráfico jurídico moderno, especialmente con las derivadas de su carácter masivo y con cierta dinámica que imponen los hechos. Estas necesidades contrastan con la esencia del método que está sometidos a cierto rigor reflexivo que exige más tiempo, entrenamiento y dedicación que el que pueden brindar el operador jurídico medio. El juez medio, el funcionario medio es justamente un standar y no *Hércules*, como requeriría una argumentación del tipo tópica generalmente compleja.

De cualquier manera el ensayo no tiene por objeto ocuparse de estos temas, de modo que dentro de tales límites tiene el invalorable mérito de alumbrar fuertemente una perspectiva necesaria en el estudio del derecho.

ARMANDO J. ISASMENDI

ABOGADO