



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Beltrán Calfurrapa, Ramón

La tónica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXIX, diciembre, 2012, pp. 587-606

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173625403021>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](http://www.redalyc.org)

[redalyc.org](http://www.redalyc.org)

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA TÓPICA JURÍDICA Y SU VINCULACIÓN ARGUMENTATIVA CON EL PRECEDENTE Y LA JURISPRUDENCIA*

[“Legal Argumentation and its Argumentative Connection with Precedent and Jurisprudence”]

RAMÓN BELTRÁN CALFURRAPA**
Universidad de Atacama, Copiapó, Chile

RESUMEN

El presente artículo tiene por finalidad denotar el rol de la tónica jurídica en su vinculación con el precedente y la jurisprudencia. Sobre la base de la evolución histórica y conceptual de la tónica, busca explicar y fundamentar si es o no posible su utilización en el contexto contemporáneo de las resoluciones adjudicativas vinculantes.

PALABRAS CLAVE

Tónica –Precedente judicial – Jurisprudencia.

ABSTRACT

The purpose of this article is demonstrate the role played by the Topical Legal in relation with to precedent and jurisprudence. On basis of the historical and conceptual evolution of the topical, seeks to explain and justify if it is or not possibly his use in the contemporary context of the adjudicative binding resolutions.

KEYWORDS

Topical – Judicial precedent – Jurisprudence.

RECIBIDO el 8 de octubre y APROBADO el 5 de noviembre de 2012.

* Agradezco las valiosas sugerencias y comentarios efectuados al borrador de este trabajo por el profesor Dr. D. Alejandro Guzmán Brito. Naturalmente, todo error en que se incurra, es de mi exclusiva responsabilidad.

** Profesor de Derecho procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Atacama, Copiapó; alumno del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; becario CONICYT. Dirección postal: Avda. Copayapu 333, Copiapó, Chile. Correo electrónico: ramón.beltran@uda.cl

I. INTRODUCCIÓN

Desde que Theodor Viehweg publicara en 1953 su libro titulado *Topik und Kurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, la noción de tópica asociada a lo jurídico constituye un punto muy básico de la Teoría general del Derecho. Sin embargo, esta pretendida rehabilitación de la tópica aristotélica y ciceroniana a la actualidad, por su vaguedad e imprecisión, ha supuesto también la adopción de una serie de postulados que, sin negar su importancia y trascendencia, han contribuido a cimentar perfiles borrosos y dubitativos en cuanto a la delimitación conceptual y ámbito de aplicación de la tópica.

Por tal motivo, el presente artículo tiene por finalidad, en primer orden, analizar tanto la evolución terminológica como las diversas variantes de recuperación de la tópica. Luego, describiendo su vasta fisonomía polisémica y contextual, en segundo orden, pretende efectuar un breve examen a la citada obra de Viehweg criticando las nociones de “pensamiento complejo”, “problema”, “aporía”, “aporía fundamental” –a propósito de la solución justa aquí y ahora–, usadas por él para entender tal paradigma. En tercer orden, y asumiendo que la tópica cumpliría un rol semiótico vinculado a la pragmática, intentará demostrar que los *topoi o loci* son sólo puntos de respaldo o apoyo no constitutivos de los argumentos finales usados en la elaboración de la resolución jurisdiccional. Por último, pretenderá confrontar la tópica jurídica con el razonamiento ligado al precedente y a la jurisprudencia, a fin de determinar si es o no posible acudir a ella en la solución de problemas jurídicos con base a decisiones jurídicas vinculantes.

II. LA TÓPICA EN ARISTÓTELES Y CICERÓN

Si bien se suele afirmar que la tópica es un viejo patrimonio indoeuropeo, desarrollado muy especialmente en las culturas mediterráneas, y que aparece ligado al uso de determinadas claves mnemotécnicas argumentativas¹, no podemos negar que cualquier intento serio en tratar de descifrar los aspectos terminológicos de la misma, debe principiar necesariamente en Aristóteles.

Con él, la tópica se desarrolla, nace en su rigurosidad metodológica y alcanza su reconocimiento inicial, sujeta, empero, a otras dos ideas indisolublemente unidas: la dialéctica y la retórica.

Sabido es que la tópica es el término que da título a una de las obras de

¹ Véase: PUY, Francisco, *Tópica jurídica* (Santiago de Compostela, 1984), p. 801.

Aristóteles, transmitida por el *órganon*² como *tópiká*³. De sus ocho libros, los I y VIII están dedicados al método dialéctico; los libros II a VII discuten una colección de cerca de 337 *tópoi*, lo cual da nombre a la obra entera. En general, podemos decir que el mismo Aristóteles es quien entrega luces de las doctrinas contenidas en su obra, ya que parte delimitando la dialéctica –de la que se ocupan los retóricos y los sofistas– en contraposición al razonamiento demostrativo o apodíctico –del que se ocupan los filósofos– y al razonamiento erístico.

Etimológicamente el término “dialéctica” –del griego *διαλεκτική* (*dialektiké*)– alude a la idea de diálogo o discusión. De este modo, cuando Aristóteles habla de dialéctica, en efecto, “se refiere siempre a la práctica del diálogo razonado, al arte de argumentar a través de preguntas y respuestas”⁴; por ello, en las *Refutaciones sofísticas* Aristóteles sostiene que es misión de la dialéctica el “Razonar acerca de aquello que se nos planteara entre las cosas que se dan como plausibles”⁵; y en el primer párrafo de la *Retórica*, al describir lo que hace la dialéctica, dice que consiste en “inventar o resistir una razón”⁶. De esta suerte, no es posible reducir la dialéctica aristotélica a un mero razonamiento dialogado –como lo sostuvieron los estoicos⁷–, ya que la dialéctica no se distingue de las otras formas de argumentación por el hecho de que existan dos interlocutores que mantengan una conversación mediante preguntas y respuestas, sino, por el contrario, lo que le da su razón de ser es el hecho de que se efectúe un diálogo que se argumenta⁸.

En lo referente al razonamiento demostrativo o apodíctico, dice Aristóteles: “*hay demostración cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales*

² A este respecto conviene destacar que la totalidad de las obras lógicas de Aristóteles fue recogida tradicionalmente bajo un sólo epígrafe: *órganon*, que significa “medio” o “instrumento”, y comprende los siguientes tratados: Categorías, De la interpretación, Analítica primera, Analítica posterior, Tópicos, Argumentos sofísticos. Sobre la compilación efectuada por Andrónico de Rodas y su evolución, véase: VELARDE LOMBRAÑA, Julian, *Historia de la Lógica* (Oviedo, 1989) pp. 119 ss.

³ Véase: ARISTÓTELES, *Tópicos*, I, 100a-100b, en ÉL MISMO, *Tratados de la Lógica* (Traducción de Miguel Candel Sanmartín, Madrid, Gredos, 1982).

⁴ EVANS CIVIT, Jorge Horacio, “Introducción y Notas” a los Tópicos de Aristóteles (Buenos Aires, 1999), p. 8.

⁵ ARISTÓTELES, *Refutaciones sofísticas*, 183a 35, en ÉL MISMO, cit. (n. 3).

⁶ ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 1354a 1-10 (Traducción de Antonio Tovar, Madrid, 1953).

⁷ Cfr. DIÓGENES LAERCIO, *Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres* (Traducción de Josef Ortiz y Sanz, Madrid, 1792), pp. 66 ss.

⁸ Cfr. GOURINAT, Jean, *Diálogo y Dialéctica en los Tópicos y las Refutaciones sofísticas de Aristóteles*, en *Anuario Filosófico*, 35 (Pamplona, 2002), pp. 463-495.

y verdaderas”⁹, esto es, cuando se trata de cosas que, por sí mismas y no por otras, tienen crédito o credibilidad¹⁰. De esta forma, lo que diferencia a un argumento dialéctico de uno apodíctico o demostrativo es que los primeros parten de cosas plausibles o probables, es decir, de cosas que nos parecen bien a todos o a la mayoría o a los más conocidos o reputados¹¹; mientras que los segundos arrancan siempre de proposiciones verdaderas o primarias. Erístico, en este entendimiento, sería aquel razonamiento que se apoya en premisas cuya plausibilidad es sólo aparente, o que no se estructura como un autentico razonamiento correcto¹².

De los tres tipos de razonamiento trazados, es el razonamiento dialéctico el que cobra mayor importancia para la tópica¹³. En efecto, cuando Aristóteles se refiere a la dialéctica, su razón de ser nace en la naturaleza de sus premisas, las que como vimos son sólo verosímiles o probables, y que en ausencia de criterios demostrativos apodícticos verdaderos, como los existentes en el razonamiento demostrativo o apodíctico, hace necesario buscar en la condición epistemológica de sus premisas el mecanismo de solución racional en el intercambio de opiniones por vía de argumentos. En este escenario surge la noción de *endoxa* (ἐνδοξα), la cual corresponde en Aristóteles a la naturaleza *sui generis* de las proposiciones de que constituyen las premisas del silogismo dialéctico, es decir, a proposiciones probables, verosímiles o plausibles, respaldadas en opiniones que son generalmente admitidas por todos, la mayoría o los más conocidos o reputados¹⁴. Luego, la conexión

⁹ ARISTÓTELES, *Tópicos*, I, 100a 25-100b 30, cit. (n. 3).

¹⁰ Como sería el caso de los principios cognoscitivos, en donde cada principio es digno de credibilidad *per se* sin que sea necesario inquirir su por qué.

¹¹ ARISTÓTELES, *Tópicos*, I, 100a 25-100b 30, cit. (n. 3).

¹² *Ibíd.*

¹³ Con ello, en todo caso, no es que Aristóteles prescinda en su obra de los argumentos demostrativos. En el campo de lo que hoy llamamos lógica, Aristóteles distinguió entre la analítica –*analytiké*– y la dialéctica –*dialektiké*– (Sin perjuicio de que Aristóteles no empleó el término *logiké* en el sentido que hoy lo conocemos). La analítica corresponde a lo que hoy solemos denominar lógica formal, y radica en la teoría del razonamiento demostrativo por medio del silogismo categórico o necesario, es decir, con premisas apodícticas (que Aristóteles expuso en su *analítica priora*). La dialéctica, en cambio, se basa en la teoría del razonamiento probable por medio de premisas plausibles elaboradas por medio de fuentes tipificadas de argumentación –*topoi*–. Al respecto, véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Sobre la influencia de la tópica o dialéctica en el método interpretativo de los juristas romanos*, en ÉL MISMO, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano* (Santiago, 2000), pp. 305 ss.

¹⁴ De este modo se excluyen como premisas dialécticas, proposiciones cuya verdad o falsedad no esté en duda –por ejemplo las verdades apodícticas de la filosofía– y proposiciones cuyas premisas contengan opiniones arbitrarias, o bien, sean carentes de cualquier respaldo social. Véase: ARISTÓTELES, *Tópicos*, I, 105a 1-10, cit. (n. 3).

entre la *endoxa* y la tópica es íntima¹⁵, ya que para la obtención de la *endoxa* o proposición dialéctica nos servirán los tópicos entendidos como “*recursos para enfrentarnos con cada uno de los problemas*”¹⁶.

De esta forma, en Aristóteles lo que la tópica aporta a la dialéctica es un conjunto de argumentos generales que proporcionan los puntos de partida necesarios para construir de las proposiciones que facilitarían la comunicación intersubjetiva razonada, de manera tal, que sólo sería posible encontrar la *endoxa* idónea desde un punto de vista epistemológico, en la medida que se recurra a fuentes prácticas, tipificadas y consolidadas de argumentación (*topoi*¹⁷).

En Cicerón, en cambio, el contexto en que se desarrolla la tópica es completamente diverso. En efecto, en sus *Tópicos a Cayo Trebacio*¹⁸ queda claro que la tópica que Cicerón quiere exponer es una de las partes de toda la que denomina *ratio diligens disserendi*¹⁹ cuya utilidad es eminentemente práctica: *ad usum potior* en comparación con la dialéctica o *ars iudicandi* cultivada por los estoicos²⁰. Así las cosas, Cicerón expone: “*Todo sistema*

¹⁵ En este sentido, conviene aclarar que la tópica se encuentra emparentada no sólo a la dialéctica sino también a la retórica. Ello, porque la retórica no sólo es persuasión a secas, sino, por el contrario, es persuasión de medios y resultados en el uso de criterios con evidente razonabilidad, es decir, de criterios aceptados por todos, la mayoría o los más reputados. Se trata como se ve, de una misma estructuración base de las proposiciones que sirven de premisas. Así, mientras en la dialéctica las proposiciones se denominan *endoxa*, en la retórica se denominan *entimemas*, pero en uno y otro caso su construcción requiere de *topoi* o lugares sobre los cuales elaborar un horizonte común.

¹⁶ ARISTÓTELES, *Tópicos*, VII, 155a 35 ss., cit. (n. 3).

¹⁷ Al respecto, véase: FAIT, Paolo, *Aristóteles y los límites de la Dialéctica*, en *Anuario Filosófico*, 35 (Pamplona, 2002), pp. 435-462.

¹⁸ CICERÓN, Marco Tulio, *Los tópicos a Cayo Trebacio*, en EL MISMO, *Obras completas* (Traducción de Marcelino Menéndez Pelayo, Madrid, 1924), I.

¹⁹ Como acertadamente explica GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Dialéctica y Retórica en los “Tópica” de Cicerón*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 32 (Valparaíso, 2010), pp. 164: “El verbo *dissero* es un compuesto integrado por la partícula *dis-*, en función intensificante, y el verbo *sero* = “trenzar, entrelazar, entretejer, entreligar”, también “colocar en fila” (de donde *series* = “serie”). En sentido figurado, pues, significa “trenzar, entrelazar, entretejer, entreligar, poner en fila y orden los pensamientos”, vale decir, “razonar, pensar, discurrir”. Ahora bien, el auténtico calco latino de *logiké* es *rationalis*; la expresión *ratio disserendi*, por consiguiente, es sólo una adaptación”.

²⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Dialéctica y Retórica en los “Tópica” de Cicerón*, cit. (n. 19), pp. 165 ss., dice que los estoicos, en efecto, distinguían como partes o elementos integrantes de la *philosophía*, la *ethiké*, la *physiké* y la *logiké*. En esta división, *logiké* es el estudio del *lógos*, en su doble vertiente semántica de “razón” y “palabra”. La *logiké* era subdividida, a su vez, en *rhotoriké* y *dialektiké*, la primera referida al bien pensar-decir en discurso unilateral y continuado; y la segunda concerniente al bien pensar-decir en discurso breve y dialogado. La *dialektiké*, en fin, comprendía dos ramas: la relativa a

*dialéctico consta de dos partes: la invención y el juicio. En ambas fue Aristóteles (a mi ver) el príncipe. Los estoicos trabajaron sólo en una de las dos: en la ciencia del juicio, que llamaron dialéctica, y abandonaron del todo la Tópica o arte de invención, que es más útil y, en el orden de la naturaleza, la primera. Nosotros, encontrando en ambas suma utilidad, nos proponemos tratar de las dos, comenzando por la Tópica*²¹.

Ahora bien, el concepto central es el de *ratio diligens disserendi* que Cicerón asocia al termino griego *logiké* y que en Aristóteles –al carecer de sentido técnico– equivale al término *dialektiké*²². En ella, en cuanto método para razonar, Cicerón distingue dos partes: una *pars iudicandi* –que asocia a la *dialektiké*– y una *pars inveniendi* –que llama *topiké*–. Luego, es en esta última *pars*, en la *inveniendi*, en donde Cicerón centra su estudio de su *Tópica*. Para su desarrollo, se vale del concepto de *argumentum*, entendiéndolo como una razón que aporta fe (*fides*, en el sentido de credibilidad) en un asunto dudoso. De ahí, por lo tanto, que para encontrar los *argumenta*, para descubrirlos o hallarlos, sea necesario encontrar los *loci* donde se encuentran –o *topoi* en griego–. De esta forma: “*Así como es fácil la invención de las cosas escondidas cuando está sabido y señalado el lugar, así cuando queremos buscar algún argumento, debemos conocer los lugares. Llamam Aristóteles lugares las fuentes de donde los argumentos se toman. Así, podemos definir el lugar: sitio o fuente del argumento; y el argumento: razón que prueba lo dudoso. Los lugares pueden ser, ya inherentes al mismo asunto, ya extrínsecos. Los inherentes pueden serlo, ya del todo, ya de las partes, ya de alguna nota o señal, ya de cosas que en alguna manera están enlazadas con la que se busca. Por el contrario, los lugares extrínsecos se traen de muy lejos y guardan poca analogía con el asunto*”²³.

los significados (*semainoménon*) y la relativa a los significantes (*semáinon*), que en el lenguaje se especifica en la voz (*phoné*). Cfr. DIÓGENES DE LAERCIO, *Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más Ilustres*, cit. (n. 7), pp. 66 ss;

²¹ CICERÓN, Marco Tulio, *Los tópicos á Cayo Trebacio*, cit., (n. 18), pp. 214. En *Top.* II, 6, leemos su texto original en latín: “*Cum omnis ratio diligens disserendi duas habeat partis, unam inveniendi alteram iudicandi, utriusque princeps, ut mihi quidem uidetur, Aristoteles fuit. Stoici autem in altera elaborauerunt; iudicandi enim vias diligenter persecuti sunt ea scientia quam dialektikón appellant, inveniendi artem quae topikó dicitur, quae et ad usum potior erat et ordine naturae certe prior, totam reliquerunt*”.

²² Cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Dialéctica y Retórica en los “Tópica” de Cicerón*, cit. (n. 19), pp. 164.

²³ CICERÓN, Marco Tulio, *Los tópicos á Cayo Trebacio*, cit., (n. 18) pp. 214. En *Top.* II, 6-8, leemos su texto original en latín: “*Cum omnis ratio diligens disserendi duas habeat partis, unam inveniendi alteram iudicandi, utriusque princeps, ut mihi quidem videtur, Aristoteles fuit. Stoici autem in altera elaborauerunt; iudicandi enim vias diligenter persecuti sunt ea scientia quam dialektikón appellant, inveniendi artem quae topikó dicitur, quae et ad usum potior erat et ordine naturae certe prior, totam reliquerunt*. [7] *Nos autem, quoniam in utraque summa utilitas est et utramque, si erit otium, persequi*

III. LA TÓPICA JURÍDICA Y EL PLANTEAMIENTO GENERAL DE THEODOR VIEHWEG

Al hablar de la tónica en la argumentación jurídica es común que se atribuya su reinstauración a Theodor Viehweg. Sin embargo, y sin perjuicio del interés jurídico de éste por la racionalidad práctica, pensamos que la revitalización de la tónica en materia de argumentación corresponde al napolitano Giambattista Vico. En efecto, en el discurso inaugural de la Real Academia del Reino de Nápoles, titulado *De nostri temporis studiorum ratione*, dedicado al rey Carlos III en el año 1708, Vico se dedica a exponer y enjuiciar los diversos métodos de estudio, distinguiendo los *scientiarum instrumenta* –procedimientos o métodos científicos–, los *scientiarum adiumenta* –medios auxiliares de estudio– y los *scientiarum finis* –fines perseguidos con los estudios–.

Dentro de los *scientiarum instrumenta* o procedimientos o métodos científicos, Vico distingue el método antiguo retórico o tónico –que arranca del sentido común constituyendo la doctrina de lo verosímil a contrario de lo verdadero– y el método nuevo o crítico –en el que a partir de un *primum verum* se realizan deducciones en cadena de acuerdo al procedimiento geométrico²⁴.

En lo que nos interesa, Vico continua su exposición resaltando la ventaja y desventaja de cada método. Respecto del método antiguo o tónico señala que éste tiene la ventaja de proporcionar examen a partir de la individualidad y concreción de casos, siendo, sin embargo, su gran defecto el de no partir y concluir a propósito de lo verdadero. El método nuevo o crítico, en cambio, parte y concluye en lo verdadero, pero, sin embargo, empobrece tanto el lenguaje como la madurez de juicio. Por ello Vico propone una actitud integral de los dos métodos a fin de evitar las desventajas de cada uno de ellos, y así señala: “[...] yo estimaría conveniente que los adolescentes sean enseñados en las ciencias y artes todas con juicio integro, para enriquecer los lugares de la tónica, y, en el ínterin, que cobren fuerzas con el sentido común de la prudencia

cogitamus, ab ea quae prior est ordiemur. Ut igitur earum rerum quae absconditae sunt demonstrato et notato loco facilis inventio est, sic, cum pervestigare argumentum aliquod volumus, locos nosse debemus; sic enim appellatae ab Aristotele sunt eae quasi sedes, e quibus argumenta promuntur. [8] Itaque licet definire locum esse argumenti sedem, argumentum autem rationem quae rei dubiae faciat fidem”.

²⁴ Cfr. VICO, Giambattista, “*De nostri temporis studiorum ratione*”, en ÉL MISMO, *Obras, oraciones inaugurales, la antiquísima sabiduría de los italianos* (Edición y traducción de Francisco Navarro Gómez, Barcelona, Anthropos, 2002), pp. 73 ss.

*y la elocuencia y ganen firmeza con la fantasía y la memoria para las artes que destacan por estas facultades mentales*²⁵.

De esta forma, el mérito de Vico radica en que, ya a comienzos del XVIII, contraponía el método antiguo, tópico o retórico, al método nuevo, crítico o cartesiano²⁶, y planteaba la necesidad de intercalar la tópica en el nuevo método, ya que aquél, como vimos, enseña a examinar una cosa desde ángulos muy diferentes y toma como punto de partida no un *primum verum*, sino lo verosímil, el sentido común que se desarrolla mediante un tejido de silogismos y no mediante largas deducciones en cadena²⁷.

Ahora bien, no obstante lo anterior, no podemos desconocer los serios aportes efectuados por Viehweg en la reactivación de la tópica en el saber jurídico. Su doctrina, que ayudó a cimentar el nacimiento de la llamada Escuela de Maguncia, se estructuró en torno a tres ejes centrales: En primer término, al rol otorgado a los conceptos de “problema” y “aporía”; en segundo término, al papel de la tópica en la orientación antisistemática y antilogicista; y, en tercer término, a la relevancia del concepto de *topos* o tópico²⁸.

Respecto de los conceptos de “problema” y “aporía”, Viehweg arranca de la descripción del modo de pensar a la tópica en el Derecho como una técnica de pensamiento caracterizada por orientarse al problema²⁹. De ahí que la defina como “técnica del pensamiento de problemas o del pensamiento problemático”³⁰. El punto de arranque es un problema concreto, una situación de la vida real, un estado de cosas que configura lo que Viehweg llama una “aporía”³¹. Una aporía significa, para aquél, una cuestión acuciante e

²⁵ *Ibid.*, pp. 84-85.

²⁶ Cfr. KREUZBAUER, GUENTHER, *Topics in Contemporary Legal Argumentation: Some Remarks on the Topical Nature of Legal Argumentation in the Continental Law Tradition*, en *Informal Logic*, 28 (2008), pp. 75.

²⁷ Sobre la influencia de Vico en la metodología jurídica y en la argumentación, véanse: DAMIANI, Alberto, *Teoría y praxis en “De Nostri temporis studiorum ratione”*, en *Cuadernos sobre Vico*, 3 (Sevilla, 1993), pp. 53-66; NAVARRO GÓMEZ, Francisco, *Discurso lógico y discurso retórico. Historia de un problema, ¿o problema de una historia?* en *Cuadernos sobre Vico*, 15-16 (Sevilla, 2003), pp. 121-150; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Un modelo histórico de argumentación jurídica: Giambattista Vico*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 45: Sobre razonamiento jurídico (Valparaíso, 2000), pp. 15 ss.

²⁸ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Tópica, Derecho y método jurídico*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía y Análisis del Derecho*, 4 (Alicante, 1987), pp. 161-188.

²⁹ VIEHWEG, Theodor, *Tópica e jurisprudencia* (Traducción de Tercio Sampaio Ferraz, Sao Paulo, 1979), pp. 33 ss.

³⁰ *Ibid.*, pp. 33.

³¹ Como explica GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Aporías, paradojas, antinomias y dilemas en el Derecho*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 45: Sobre razonamiento jurídico (Valparaíso, 2000), pp. 501 ss., la palabra castellana “aporía” deriva sin mudanza de la griega ἀπορία –que a veces se ha escrito como *aporima-* y que da cuenta de un razona-

ineludible, respecto de la que no está marcado un camino de salida, pero que no se puede soslayar. Y es esa cuestión la que desencadena un juego o intercambio de consideraciones que constituyen lo que propiamente se denomina “tópica o arte de la invención”³².

Así, pues, la tópica es, de acuerdo con la distinción de Cicerón a que antes se aludió y que Viehweg hace suya, un *ars inveniendi*, un procedimiento de búsqueda de premisas –de tópicos– que, en realidad, no termina nunca: el repertorio de tópicos siempre es necesariamente provisional y elástico. Los tópicos deben entenderse de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas³³. De este modo, Viehweg define “problema” como “toda cuestión que aparentemente admite más de una respuesta y que necesariamente presupone una comprensión provisional, a partir de la cual aparece como cuestión a considerar seriamente y para la cual se busca precisamente una respuesta como solución”³⁴.

Ahora bien, la relación de la tópica y la argumentación en su orientación antisistemática y antilogicista radica en considerar que el razonamiento jurídico no es ni debe ser sistemático, es decir, deducible a partir de sistemas cerrados, sino tópico –a partir de problemas o casos abiertos–. En efecto, el tipo de ordenación o de sistema de los elementos centrales con que el razonamiento jurídico-práctico opera, no responde, según Viehweg, al esquema lógico-deductivo ni posee sus implicaciones prácticas, ya que “no hace que prevalezca la operación silogística, sino la búsqueda de premisas”³⁵. De este modo, la interrelación que existe entre los tópicos no se puede simplificar –en opinión de Viehweg– como interrelación meramente lógica, ya que la formación de largas cadenas deductivas estaría reñida con la función de los *topoi* que, por lo demás, dado su constante vinculación al problema práctico, impide su reducción a meras operaciones lógicas basadas en razonamientos lineales³⁶.

Por último, la relevancia del concepto de *topos* en la teoría de Viehweg

miento sin salida, es decir, de un razonamiento circular que en su conclusión torna las premisas o las contradice, sin que sea posible salir de esa circularidad.

³² Véase GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Tópica, Derecho y método jurídico*, cit. (n. 33) pp. 162 ss.

³³ Véase ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. teorías de la argumentación jurídica* (Lima, 2006), pp. 73 ss.

³⁴ VIEHWEG, Theodor, *Tópica e jurisprudencia*, cit. (n. 34), pp. 34.

³⁵ *Ibid.*, pp. 35.

³⁶ Para un estudio histórico-evolutivo de la tópica en su versión logicista, véase: MORELLI, Mariano, *Pensar el Derecho desde el problema, Theodor Viehweg: Tópica y Sistema en la Historia del Derecho*, en *Revista Trabajos del Centro*, 5 (Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2008), pp. 57 ss.

es un elemento básico. Así, según éste, la tópica extrae sus premisas en la búsqueda la solución correcta a propósito de los *topoi*. Afirma que cuando tropezamos con un problema, procedemos de manera tal, que tomamos a modo de prueba a ciertos “puntos de vista elegidos”³⁷ denominados *topoi*, y cuya aplicación dependerá de la asimilación y pertinencia del caso en que se invoquen³⁸. Así, cumpliendo un rol comunicativo, los *topoi* tienen objetivo pragmático que estriba precisamente en servir de un modo funcional a la discusión “como posibilidades de orientación e hilos conductores del pensamiento”³⁹.

De lo dicho resulta claro que Viehweg utiliza el concepto de tópica tanto como mecanismo de solución de conflictos cuanto como ideal inmanente del Derecho.

Así, en primer término, la tópica se nos presenta como una técnica del pensamiento complejo, distinta y contraria al pensamiento lógico-sistémico, ya que se desliga y escinde de su articulación axiológica con base deductiva; en segundo lugar, pretende suministrar criterios para saber cómo hay que comportarse frente a aporías a fin de no quedar detenidos y sin solución; en tercer lugar, dado que se mueve en torno al ideal del razonamiento práctico-general, la tópica es propia del *ars inveniendi*, es decir, del procedimiento constante de búsqueda de premisas tenidas a la vista en cada situación particular; y, por último, los pozos aptos para extraer dicho saber especializado son los *topoi o loci ordinarii*, esto es, las premisas fundamentales y universales que en un debate han de ser aceptadas por el contradictor.

Al alero de lo anterior, en opinión de Viehweg, no cabe duda alguna que la jurisprudencia de la Roma antigua y de la Edad Media eran una jurisprudencia tópica. En efecto, el estilo del jurista romano se basaba no en la elaboración de un sistema conceptual –como se establece en el uso del sistema deductivo– sino en el planteamiento de un problema para el que se trataba de encontrar argumentos. Refiere que el objetivo principal del *ius civile* era coleccionar tópicos; por ejemplo: “*quod initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere*”; “*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*”, etc., que se legitimaban de verosimilitud –en términos Aristotélicos– en cuanto que eran aceptados por hombres notables y dotados de prestigio⁴⁰.

Sin embargo, a partir de la Época Moderna –continúa Viehweg– la cultura occidental optó por abandonar la tópica y por sustituirla con el método axiomático-deductivo. Dicho método consiste en partir de una serie de

³⁷ VIEHWEG, Theodor, *Tópica e jurisprudencia*, cit. (n. 34), pp. 36.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 45 ss.

principios o axiomas, que deben tener las propiedades de plenitud, compatibilidad e independencia, pero que, al mismo tiempo, no puede aplicarse el campo de la jurisprudencia, ya que “Mientras unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos seguros y efectivamente fecundos para su campo, y por eso pueden ser sistematizadas, hay otras, en cambio, que son insistematizables, porque no puede encontrarse en su campo ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo. Cuando se presenta este caso, sólo es posible una discusión de problemas. El problema fundamental previamente dado se hace permanente, lo que en el ámbito del actuar humano no es cosa inusitada. En esta situación se encuentra evidentemente la jurisprudencia”⁴¹.

Por tal motivo, en las próximas líneas trataremos de determinar si el planteamiento de Viehweg tiene algún asidero y, de sus conclusiones, trataremos de precisar en qué grado o medida influye la tópica en la jurisprudencia y, en especial, en el precedente judicial.

IV. LA TÓPICA, LA JURISPRUDENCIA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL

Con lo ya analizado resulta claro que todo el razonamiento en el Derecho –si con ello se piensa la idea de argumentación sujeta a un test objetivo de razonabilidad–, se encontraría en la decisión jurisdiccional.

Desde esta trinchera, y haciendo eco de la visión cimentada por Viehweg, el sociólogo alemán Niklas Luhmann, desde una mirada funcional-sistémica, ha señalado que el orden jurídico es un sistema autopoietico de carácter cerrado y autosuficiente en el cual los tribunales son el centro mientras que la ley –además de otras fuentes– es sólo la periferia. De este modo: “la organización de la jurisdicción sería aquel sistema parcial (subsistema) en el que el sistema del derecho tiene su centro. Sólo aquí se puede utilizar la particularidad de los sistemas de organización: decidir acerca de la inclusión (o exclusión) de los miembros, con el fin de producir compromisos especiales en los jueces. La toma de posesión de una magistratura significa que el juez se subordina a restricciones de comportamiento que no son vigentes para cualquier persona: producción de reglas jurídicas ateniéndose a los estándares metodológicos y de contenido vigentes. Sólo por medio de la organización se garantiza la universalidad de la competencia deber decidir/poder decidir sobre todas las cuestiones jurídicas. Todos los demás campos de trabajo (no judiciales) del sistema del derecho pertenecen a la periferia”⁴².

De acuerdo con la visión transcrita, sería en la jurisdicción y no en la le-

⁴¹ *Ibíd.*, p. 75.

⁴² LUHMANN, Niklas, *El Derecho en la sociedad* (México D.F., 2002), pp. 229 ss.

gislación en donde la argumentación racionalizada alcanzaría su cenit pleno⁴³. Ahora bien, según dicho aserto, habría que preguntarse si la jurisprudencia –en cuanto fruto de la jurisdicción– es y debe ser resultado exclusivo de la tópica en el contexto de la *ars inveniendi* –con prescindencia por lo tanto a toda lógica deductiva que tienda a su axiomatización– o si, por el contrario, necesita de la *ars iudicandi* a fin de estructurar equilibradamente su construcción argumentativa.

Respecto de este punto, y a propósito de la interrogante anterior, creemos que resulta conveniente aclarar dos aspectos que dicen relación con el pretendido carácter innovador y antilogicista de la argumentación.

En primer término, con los planteamientos efectuados por Viehweg (y por otros como Toulmin o Perelman, entre varios), los teóricos de la argumentación jurídica enfatizan el descubrimiento de un continente inexplorado, un nuevo campo de estudio, como si se hubiesen revelado postulados sobre las cuales antes no se hubiera reparado. Sin embargo, con lo ya narrado, sería engañoso creerlo así. Baste pensar en la profunda tradición de la dialéctica, la retórica y la tópica, incluso anteriores a las obras de Aristóteles, para desestimar de plano tal postura.

En segundo término, una de las discusiones más desenfocadas de la teoría del Derecho a partir del siglo XX versa precisamente sobre el rol de la lógica en el Derecho y en el razonamiento jurídico. Ya vimos que Viehweg, asumiendo una labor depuradora y de limpieza opta por repeler cualquier uso de la lógica en el Derecho –por su axiomatización y estructura deductiva cerrada–, razón por la cual, según él, la labor práctica en la aplicación del Derecho exige el uso de un sólo tipo de razonamiento: El tópico.

Sin embargo, pensamos que Viehweg y sus sucesores parten de un error trascendental, pues confunden a la lógica formal con el formalismo metodológico.

A este respecto, sabido es que las principales doctrinas metodológicas de

⁴³ En tal supuesto señala WINTGENS, Luc, *Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación*, en *Doxa*, 26 (Alicante, 2003), pp. 14-15: “Por consiguiente, la posición central del juez como el principal actor dentro del sistema legal y la posterior reducción de la jurisprudencia a la teoría de la aplicación de reglas es evidente. El legislador opera tras la escena del sistema legal. Su rol es confinado a la toma de decisiones políticas (...) Esta es una consecuencia de la soberanía. El legislador es un actor soberano dentro del espacio político. Él no puede estar limitado por las reglas, al menos no en el sentido en que lo está un juez. Si lo estuviera, no sería un soberano. En este punto de vista, la Constitución es un programa político que dirige la legislación. No es un conjunto de reglas vinculantes para el legislador. En consecuencia, el legislador no es considerado un actor legal. Únicamente es un actor político. Así, la legislación es una cuestión de la política. Al separarse el derecho de su origen político, la elaboración de la ley no es una materia de teoría legal”.

aplicación del Derecho dominantes en Europa en el siglo XIX, eran la Jurisprudencia de los conceptos –en Alemania– y la Escuela de la Exégesis –en Francia–. Ambas doctrinas mantenían una tentativa postura de formalismo que sostenía que el juez se limitaba a realizar asépticos silogismos a través de subsunciones, en donde a través de una premisa mayor y una premisa menor, a éste no le quedaba espacio alguno para efectuar en su conclusión valoraciones o creaciones de ninguna especie, más si se consideraba que el Derecho era completo –sin lagunas–, coherente –sin antinomias– y sistemático –autosustentable–.

Sin embargo, el método en cuestión no era propiamente lógico, sino histórico natural⁴⁴, ya que conforme a él las relaciones entre las normas y los conceptos que están en sus bases, no se asimilan a relaciones propiamente lógicas, sino a relaciones de cuerpos que al unirse forman nuevos cuerpos⁴⁵. En efecto, cuando se hace referencia a lo erróneo y desenfocado de la pretensión de que el ordenamiento jurídico pueda constituir un sistema cerrado y complejo y con estructura deductiva o, más precisamente, axiomática, “que permita que cada nueva proposición normativa resolutoria de un caso se siga por conducto meramente lógico-formal de los axiomas o teoremas de ese sistema, sin intervención de valoraciones propias del que realiza la operación, se alude casi siempre a la jurisprudencia de los conceptos”⁴⁶.

De este modo, el supuesto antilogicismo usado por Viehweg para respaldar su teoría yerra al tiempo de atacar a la lógica formal –y no al formalismo metodológico– en cuanto mero ontologismo que pretende conocer de conceptos y naturaleza jurídica de las cosas⁴⁷. En otras palabras, Viehweg se concentró en demostrar que la discusión en las que se cimientan las premisas normativa y fáctica del razonamiento judicial tiene un carácter tópico, pero no insistió en que ese razonamiento –que se lleva a cabo al tratar de fundamentar las respectivas premisas–, no puede renunciar a la corrección formal, independientemente de dónde busque sus contenidos, pues, “si se quiere que dicho razonamiento sea racional, ha de ser formalmente correcto,

⁴⁴ Sobre el método histórico natural y su evolución, véase: LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*. (Traducción de M. Rodríguez Molinero, Salamanca, 2001), pp. 45 ss.

⁴⁵ Cfr. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho* (Traducción de Luis Villar Borda y otros, Bogotá, 2002), pp. 98 ss.

⁴⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de tópica jurídica* (Oviedo, 1989), p. 296.

⁴⁷ Véase VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *La naturaleza de las cosas y de cada cosa y su cognoscibilidad por el hombre*, en *Anuario de Derecho Civil*, 53-4 (Madrid, 2000), pp. 1319 ss.

lógicamente correcto el modo en que el fallo se extraiga de las premisas así sentadas”⁴⁸.

Por ello la actual teoría de la argumentación jurídica ha sabido, de modo casi unánime, romper esa dicotomía entre materia y forma del razonamiento jurídico, entre control material y control formal de su racionalidad. Así, es prácticamente un lugar común en estas doctrinas apoyarse en la distinción, que estableciera Wróblewski⁴⁹, entre dos aspectos de la justificación de las decisiones jurídicas: La justificación interna –*internal justification*– y la justificación externa –*external justification*–. En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, es decir, trata de ver la corrección formal del razonamiento decisorio. La justificación externa, en cambio, tiene por objeto la corrección las premisas usadas precisamente en la justificación interna, vale decir, de la corrección –no formal obviamente– de los contenidos materiales de las premisas del razonamiento.

El error de Viehweg consistió en este aspecto, por lo tanto, en no darse cuenta que la lógica –sea deductiva o no– se mueve en el terreno de las proposiciones y no en el de los hechos, es decir, que la lógica actúa en el campo deóntico del deber ser y no en el plano ontológico del ser. Por ello, en el caso del silogismo práctico o silogismo judicial, explica Atienza: “una cosa es la conclusión de dicho silogismo (que consiste en una norma individual que establece, por ejemplo, que el juez debe condenar a X a la pena Y) y otra es la decisión práctica que, naturalmente, no se sigue necesariamente –deductivamente– de aquella conclusión (la decisión del juez que condena a X a la pena Y)”⁵⁰. En suma, que el razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al derecho vigente, es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular⁵¹.

Dilucidado lo anterior, nos cabe sólo determinar cuál es el rol de la tópica

⁴⁸ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La teoría de la argumentación jurídica: Logros y carencias*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 45: *Sobre razonamiento jurídico* (Valparaíso, 2000), pp. 103 ss.

⁴⁹ Cfr. WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Legal Decision and its Justification*, en *Le raisonnement juridique. Actes du Congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale* (Bruxelles, E. Bruylant, 1971), pp. 412 ss.

⁵⁰ ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (Lima, 2006), p. 132.

⁵¹ ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en LOS MISMOS, *Análisis lógico y Derecho* (Madrid, 1991), pp. 303 y 304.

en la jurisprudencia y, particularmente, en el precedente judicial. Para responder a esta interrogante, diremos que en la actualidad no son pocos los autores y tratadistas que otorgan un valor esencial a la tónica en dicha materia. Así, por ejemplo, el profesor italiano Michele Taruffo expresa: “Sin afrontar aquí el problema de si la jurisprudencia es o no fuente de derecho, es cierto que ella es un factor esencial y decisivo en clave de interpretación y de aplicación del Derecho. Este factor condiciona la estructura de la argumentación jurídica en cuanto ésta viene a tener no una estructura silogística-deductiva, ni una estructura dogmática-sistemática, sino más bien una estructura tónica propia en el sentido declarado por Viehweg en *Topik und Jurisprudenz*. Los precedentes representan, de hecho, los *topoi* que orientan la interpretación de la norma en la compleja fase dialéctica de la *Rechtsfindung*, y que sustentan a la interpretación adoptada como válida en el ámbito de la argumentación justificativa, por ejemplo, en la motivación de la sentencia”⁵².

Con la anterior aseveración, nótese, la tónica tendría una reactivación insospechada bajo el actual prisma de la jurisprudencia en función autopoietica –sostenida por Lumhann–, representando, de este modo, especialmente a través de los precedentes, el carácter de *topoi* orientadores de toda la argumentación justificativa en sede jurisdiccional. Sin embargo, pensamos que por todo lo visto dicha aseveración resulta precipitada, descontextualizada y baladí, en especial, por apartarse de una serie de razonamientos y consideraciones que pasamos a enunciar.

En primer término, se comete un error metodológico al confundir lo que es, por una parte, la jurisprudencia, de lo que es por otra, el precedente. Ello, porque si bien ambas figuras se encuentran emparentados por emanar de una misma fuente generativa, no son iguales, ya que presentan una serie de diferencias tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo.

En lo cuantitativo, cuando se habla del precedente se hace generalmente referencia a una decisión relativa a un caso particular, ya que la decisión que se asume como precedente es una sola, mientras que cuando se habla de la jurisprudencia se hace, generalmente, referencia a una pluralidad, a menudo bastante amplia, de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos. De este modo, es fácil identificar cual decisión verdaderamente “hace precedente”. En cambio, en sistemas como el chileno, en los que se alude a la jurisprudencia, se hace referencia generalmente a muchas decisiones.

En lo cualitativo, en cambio, el precedente provee una regla –susceptible de ser universalizada⁵³– que puede ser aplicada como criterio de decisión en

⁵²TARUFFO, Michele, *Procedente e giurisprudenza*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 61 (Pavía, 2007) 3, pp. 709.

⁵³En términos de ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica* (Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 2008), pp. 262: “el fundamento del uso

el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso. Naturalmente la analogía entre los dos casos es afirmada o excluida por el juez del caso sucesivo, según considere o no los elementos de identidad o los elementos de diferencia entre los hechos de los dos casos⁵⁴. Es por lo tanto el juez del caso posterior el que establece si existe o no existe el precedente, y entonces, por así decirlo, “crea” el precedente en cuanto enunciado de contenido preceptivo. El empleo de la jurisprudencia, por el contrario, tiene características bastante diversas. El análisis comparativo o analógico de los hechos falta, sino en todos, al menos en la mayoría de los casos. Como es de sospechar, el problema aquí no es de “creación” sino de “constitución”, ya que la jurisprudencia, a través de la labor interpretativa sostenida reiterativamente por los más altos tribunales de un Estado, erige máximas o enunciados descriptivos de una interpretación determinada. De esta forma, lo que hace la jurisprudencia es constituir o fijar el contenido más específico respecto al dictado textual del enunciado normativo del cual se construye una interpretación.

En segundo término, aclarado lo anterior, para nadie resulta desconocido el valor e importancia del precedente en la actualidad, pues, el hecho de recurrir a él caracteriza de manera peculiar la estructura de la argumentación jurídica. Sin embargo, no hay que perder de vista que cuando Viehweg escribió su *Topik und Jurisprudenz* no pensó nunca en un contexto de jurisprudencia asociada al precedente. Así, dentro de sus conclusiones, vinculadas a la solución del caso particular, refiere como modelo tópico, a aquél que se funda en los siguientes tres presupuestos copulativos: (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”; y (3) “Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema”⁵⁵.

De este modo, resulta errado, por no decir ignorado, el contexto de la tópica en el uso y ejercicio del precedente, ya que Viehweg nunca concibió la decisión jurídica en el contexto de universalización prospectiva de sus

del precedente lo constituye el principio de universalidad, la exigencia subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera lo igual”.

⁵⁴ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional* (Madrid, 1993), pp. 30 ss.; DE ASÍS ROIG, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento jurídico* (Madrid, 1995), pp. 284 ss.

⁵⁵ VIEHWEG, Theodor, *Tópica e jurisprudencia*, cit. (n. 34), pp. 89.

proposiciones. A ello redunda, adicionalmente, que la tópica como doctrina metodológica no constituye *per se* una autentica teoría de la argumentación, toda vez que, no obstante servir en la descripción de los primeros pasos o puntos de despegue del proceso argumentativo, resulta incompleta e insuficiente en la construcción definitiva de la resolución jurisdiccional⁵⁶. Es decir, lo que caracteriza a los tópicos es la función que cumplen en una argumentación: operar como respaldo o como garantía de un argumento; luego, contribuyen a que el argumento construido tenga una determinada forma o estructura, no lo constituyen, por lo cual los tópicos no predicen de ser esquemas lógicos sino, en definitiva, la materia de los argumentos⁵⁷. Por ello, con razón afirma Alexy: “Una teoría adecuada de la argumentación jurídica tiene, sin embargo, que incluir una teoría tanto de la dogmática jurídica, como también de la valoración del precedente. Junto a la falta de importancia de la ley, de la dogmática y del precedente, es ante todo problemática la orientación de la tópica hacia la estructura superficial de los argumentos estándar”⁵⁸.

Por último, tampoco resulta plausible la afirmación que los precedentes representarían de hecho una especie de *topoi* propios la argumentación jurídica. Ello, porque los precedentes, a diferencia de los *topoi* que se estructuran en base a catálogos estables, nunca pueden tener una rectitud absoluta, es decir, nunca pueden predicar de un contenido invariable, definitivo y válido para todos los tiempos. Así, el precedente, como regla o pretensión de corrección, como bien ha sostenido Larenz: “Nunca es definitiva porque la inabarcable variedad y el continuo cambio de las relaciones de la vida ponen constantemente al que aplica las normas ante nuevas cuestiones. Definitivamente válida tampoco puede serlo porque la interpretación tiene siempre una referencia de sentido a la totalidad del orden jurídico respectivo y a las pautas de valoración que le sirven de base”⁵⁹.

V. CONCLUSIONES

1. A propósito de lo analizado tanto el origen de la tópica como las diversas variantes de su recuperación nos dejan ver una vasta fisonomía polisémica. De ahí, por lo tanto, que sea necesario su entendimiento dentro de un ámbito contextual variado a objeto que sus contornos sean precisados de acuerdo a la función y fin que de ellos se predique.

⁵⁶ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Tópica, Derecho y método jurídico*, en *Doxa*, 4 (Alicante, 1987), pp. 184.

⁵⁷ Cfr. ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación* (Madrid, 2006), pp. 185.

⁵⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit. (60), p. 41.

⁵⁹ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit. (n. 52), p. 311.

2. De este modo, en general, y no obstante las particularidades que en cada caso se señalen, la descripción de las posturas asociadas a su desarrollo evolutivo, dan cuenta de una tópica asociada a un rol marcadamente lingüístico e instrumental que, desde el punto de vista semiótico, se vincularía a la pragmática por medio de los *topoi o loci* sobre los cuales se construiría la respectiva deliberación.

3. Luego, con tal predicamento desplazado al campo del Derecho, sin embargo, no son pocas las tergiversaciones que a su respecto se han efectuado. Baste referirse para ello a las nociones ambiguas de “pensamiento complejo”, “problema”, “aporía”, “aporía fundamental” –a propósito de la solución justa aquí y ahora–, usadas por Viehweg, para entender tal paradigma.

4. El asunto se complejiza aún más si se confronta la tópica al razonamiento ligado al precedente y a la jurisprudencia, pues, como se vio, ni lo primero ni lo segundo son sinónimos, ni mucho menos predicables de un contexto liberal clásico y europeo continental en que se estructuró la obra de Viehweg. Luego, por lo demás, forzar la extensión de la argumentación en torno a los *loci ordinarii* o *topoi* –del mismo modo propuesto por Viehweg–, supondría caer en un vértice ambiguo de hipótesis hermenéuticas estructuradas en ausencia de una justificación lógica deductiva.

5. Pensamos, sin embargo, que los *topoi* aristotélicos serán puntos de vista iniciales del razonamiento jurisdiccional sólo en la medida que sean universalmente aceptables y estructurados bajo premisas que se empleen a favor y en contra de lo opinable, respetando, claro está, toda forma vinculada a la lógica deóntica contemporánea.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en LOS MISMOS, *Análisis lógico y Derecho* (Madrid, 1991).
- ALEXI, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica* (Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 2008).
- AQUINO, Tomás de, *De las falacias a ciertos artistas nobles*, en ÉL MISMO, *Opúsculos filosóficos selectos* (Traducción de M. Beuchot, México, 1986).
- ARISTÓTELES, *Refutaciones Sofísticas*, en ÉL MISMO, *Tratados de la Lógica* (Traducción de Miguel Candel Sanmartín, Madrid, Gredos, 1982).
- ARISTÓTELES, *Retórica* (Traducción de Antonio Tovar, Madrid, 1953).
- ARISTÓTELES, *Tópicos*, en ÉL MISMO, *Tratados de la Lógica* (Traducción de Miguel Candel Sanmartín, Madrid, Gredos, 1982).
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (Lima, 2006).
- ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación* (Madrid, 2006).
- CICERÓN, Marco Tulio, *Los tópicos a Cayo Trebacio*, en EL MISMO, *Obras Completas* (Traducción de Marcelino Menéndez Pelayo (Madrid, 1924), I.

- DAMIANI, Alberto, *Teoría y praxis en “De Nostri temporis studiorum ratione”*, en *Cuadernos sobre Vico*, 3 (Sevilla, 1993).
- DE ASÍS ROIG, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento jurídico* (Madrid, 1995).
- DIÓGENES LAERCIO, *Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres* (Traducción de Josef Ortiz y Sanz (Madrid, 1792).
- EVANS CIVIT, Jorge Horacio, “Introducción y Notas” a los Tópicos de Aristóteles (Buenos Aires, 1999).
- FAIT, Paolo, *Aristóteles y los límites de la Dialéctica*, en *Anuario Filosófico*, 35 (Navarra, 2002).
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *La teoría de la argumentación jurídica: Logros y carencias*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 45: Sobre razonamiento jurídico (Valparaíso, 2000).
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de tópica jurídica* (Oviedo, 1989).
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Tópica, Derecho y método jurídico*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía y Análisis del Derecho*, 4 (Alicante, 1987).
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional* (Madrid, 1993).
- GOURINAT, Jean, *Diálogo y Dialéctica en los Tópicos y las Refutaciones sofísticas de Aristóteles*, en *Anuario Filosófico*, 35 (Pamplona, 2002).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Aporías, paradojas, antinomias y dilemas en el Derecho*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 45: Sobre razonamiento jurídico (Valparaíso, 2000).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Dialéctica y Retórica en los “Tópica” de Cicerón*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 32 (Valparaíso, 2010).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Sobre la influencia de la tópica o dialéctica en el método interpretativo de los juristas romanos*, en *ÉL MISMO, Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano* (Santiago, 2000).
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho* (Traducción de Luis Villar Borda y otros, Bogotá, 2002).
- KREUZBAUER, GUENTHER, *Topics in Contemporary Legal Argumentation: Some Remarks on the Topical Nature of Legal Argumentation in the Continental Law Tradition*, en *Informal Logic*, 28 (2008), pp. 71-85.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho* (Traducción de Rodríguez Molinero, Salamanca, 2001).
- LUHMANN, Niklas. *El Derecho en la sociedad* (México D.F, 2002).
- MORELLI, Mariano, *Pensar el Derecho desde el problema. Theodor Viehweg: Tópica y Sistema en la Historia del Derecho*, en *Revista Trabajos del Centro*, 5 (Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2008).
- NAVARRO GÓMEZ, Francisco, *Discurso lógico y discurso retórico. Historia de un problema, ¿o problema de una historia?* en *Cuadernos sobre Vico*, 15-16 (Sevilla, 2003).
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Un modelo histórico de argumentación jurídica: Giambattista Vico*, en *Revista de Ciencias Sociales*, 45: Sobre razonamiento jurídico (Valparaíso, 2000).
- PUY, Francisco, *Tópica jurídica* (Santiago de Compostela, 1984).
- TARUFFO, Michele. *Procedente e giurisprudenza*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 61 (Pavía, 2007) 3.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *La naturaleza de las cosas y de cada cosa y su cognoscibilidad por el hombre*, en *Anuario de Derecho Civil*, 53-4 (Madrid, 2000).

VELARDE LOMBRANA, Julian, *Historia de la Lógica* (Oviedo, 1989).

VICO, Giambattista, “*De nostri temporis studiorum ratione*”, en ÉL MISMO, *Obras, oraciones inaugurales, la antiquísima sabiduría de los italianos* (Traducción de Francisco Navarro Gómez, Barcelona, Anthropos, 2002).

VIEHWEG, Theodor, *Tópica e jurisprudencia* (Traducción de Tercio Sampaio Ferraz, Sao Paulo, 1979).

WINTGENS, Luc, *Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación*, en *Doxa*, 26 (Alicante, 2003).

WROBLEWSKI, Jerzy. *Legal Decision and its Justification*, en *Le raisonnement juridique. Actes du Congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale* (Bruxelles, E. Bruylant, 1971).