

Editorial Gedisa ofrece
los siguientes títulos sobre

FILOSOFIA

- JON ELSTER *Juicios salomónicos*
- IAN HACKING *La domesticación del azar*
- THEODOR VIEHWEG *Tópica y filosofía del derecho*
- GEORGE STEINER *En el castillo de Barba Azul*
- PIERRE GRIMAL *Los extravíos de la libertad*
- JON ELSTER *Tuercas y tornillos. Una
introducción a los conceptos
básicos de las ciencias
sociales*
- E. BALBIER, G. DELEUZE
Y OTROS *Michel Foucault, filósofo*
- JOSÉ MARÍA BENEYTO *Apocalipsis de la modernidad*
- GREGORIO KAMINSKY *Spinoza: la política de las
pasiones*
- MARTIN HEIDEGGER *Introducción a la metafísica*
- PIER ALDO ROVATTI *Como la luz tenue*
- GEORGES BALANDIER *El desorden*
- HANNAH ARENDT *Hombres en tiempos de
oscuridad*

(sigue en pág. 205)

TOPICA Y FILOSOFIA DEL DERECHO

por

Theodor Viehweg



gedisa
editorial

APUNTES SOBRE UNA TEORÍA RETÓRICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I

1. La concepción que se encuentra en la base de los siguientes apuntes es, en líneas generales, la siguiente:

Nuestra sociedad vive —dicho abreviadamente— de la ciencia. Por ello, responde a su peculiaridad vincular primordialmente sus consideraciones filosóficas con las *disciplinas especializadas*, es decir, con actividades intelectuales que, aquí y ahora, están organizadas como ciencias especializadas. Por lo tanto, los actuales problemas *filosóficos* no se desarrollan al margen de ellas sino en ellas mismas. Por ello, hoy parece predominar una *filosofía de la ciencia*. Esta presupone conocimientos y habilidades especializados e inicia su crítica filosófica preguntándose, ante todo, qué es lo que hace el científico cuando practica aquellos que denomina su ciencia, especialmente cómo descubre y utiliza aquello que él llama sus argumentos. La respuesta habitual a estas preguntas es una *epistemología* filosófica. Ella tiene que ser, en una buena parte, una *teoría de la argumentación*. En el caso de la ciencia del derecho, es decir, por una parte, la prudencia jurídica (*juris prudentia*) y, por otra, la investigación del derecho, se trata de una *teoría del derecho como teoría de la ciencia* en el sentido indicado.

2. El nuevo *vuelco hacia la retórica*, que en nuestro ámbito se lleva a cabo desde los años cincuenta,¹ ha propor-

¹ Cfr. Chaim Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *Rhétorique et Philosophie*, Bruselas 1952; de los mismos autores, *La nouvelle Rhétorique. Traité de l'Argumentation*, París, 1958; Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1ª edición, Munich, 1953 (4ª edición 1969).

cionado nuevos aspectos para los análisis descritos. Ellos se refieren, entre otras, a la *problemática del lenguaje*, a cuestiones de la lógica operativa, así como también a nuevas cuestiones de *fundamentación*. Pues una teoría retórica de la argumentación deberá presentar, desarrollando la retórica, una *teoría del discurso fundante*. Se esperará de ella explicaciones sobre el uso del lenguaje y el diálogo (*dialegethai*). Cuando se observan las cosas más de cerca, se nota que a su problemática han pertenecido siempre cuestiones que sólo en el último tiempo lograron despertar la atención de la filosofía (analítica). Esto es notorio y presumiblemente está vinculado con el hecho de que, en nuestro ámbito cultural, la filosofía tiene una tradición predominantemente antirretórica.² Como es sabido, nuestra filosofía clásica surgió principalmente como negación de la retórica y siguió su camino en esta dirección. Las cuestiones que interesaban a la retórica quedaron, por lo general, al margen de la consideración filosófica. Sólo en el pasado reciente ha cambiado esta situación. Se puede constatar que el interés de las investigaciones crítico-lingüísticas contemporáneas a menudo puede ser entendido mucho más fácilmente desde una perspectiva retórica que desde una filosófica tradicional.³

3. Como se ha dicho, en el ámbito de la retórica a más de la problemática lingüística que se acaba de mencionar —que la mayoría de las veces es tratada sin referencia al acervo cultural retórico y que aquí no será considerada—, hay dos complejos de cuestiones que merecen especial atención; el uno se refiere a la *lógica operativa*; el otro, al discurso fundante como *fundamentación completa*.

Sobre estas dos cuestiones se dirá algo en las secciones II y III. En la sección IV, se presentan complementaciones que se refieren a la *dogmática* y a la *cetética* y que son necesarias para el ámbito de la disciplina jurídica.

² Cfr. Platón, *Gorgias* 17 y, al respecto, Heinrich Lausberg, *Handbuch der literarischen Rhetorik*, Munich, 1960, § 36.

³ Muy informativo: Eike von Savigny, *Die Philosophie der normalen Sprache*, Francfort del Meno, 1969 y Kuno Lorenz, *Elemente der Sprachkritik*, Francfort del Meno, 1970.

II

1. Por lo que respecta a la *lógica*, puede comprenderse fácilmente que su concepción como *techné* responde al *aspecto retórico*. Como teoría *operativa* de las acciones discursivas coherentes y no como una teoría de objetos de tipo especial, ha tenido siempre influencia en la dialéctica retórica. Fue proporcionada por Aristóteles quien —como aseguran muchos— compartía la concepción retórica de *techné* que se acaba de mencionar.⁴ Como es fácilmente comprensible, la concepción opuesta —según la cual la lógica debería ser entendida como *episteme*— se aleja del punto de partida retórico. En el sentido ontológico, es más filosófica. Por lo general, su teoría sobre los *entia rationis* pareció —en la larga y compleja disputa sobre la lógica como *ars (techné)* o *scientia (episteme)*— más relevante e importante que la retórica que piensa en operaciones. Pero, en todo esto no puede desconocerse que la praxis de la actividad escolástica medieval —que tuvo una extraordinaria influencia en toda la cultura europea y, con ello, también en nuestra jurisprudencia— se mantuvo fiel a la dialéctica retórica. Las *disputationes* escolásticas usaban la lógica como *ars (techné)*.

2. Es perfectamente posible entender en muchos aspectos los esfuerzos más recientes en aras de una llamada *lógica operativa* como una recuperación y un progreso de la concepción de la lógica como *techné* retórica.⁵ Pues, tanto allí como aquí, se trata, en última instancia, de hacer comprensibles las relaciones lógicas como operaciones lógicas o como directrices para operaciones lógicas y, de esta manera, evitar dudosas objetivaciones y aquello que en la investigación matemática básica suele llamarse a veces hiperrealismo.⁶

⁴ Tomás de Aquino, *Arist.* 1, Post., lect. 20.

⁵ Cfr. al respecto Vladimir Richter, *Untersuchungen zur operativen Logik der Gegenwart*, Friburgo/Munich, 1965.

⁶ Wolfgang Stegmüller, *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, Stuttgart, 1969, págs. 675 ss.

Naturalmente, la *invención de entidades dudosas* —que aquí debe ser evitada a través de la lógica operativa— suele jugar un papel bastante problemático, también en los ámbitos científicos especializados. En este sentido, conocidas construcciones de algunos de nuestros conceptos fundamentales de la dogmática jurídica tales como, por ejemplo, el de persona jurídica y el de propiedad, hace ya tiempo que se han convertido en casos modélicos.⁷ Pero, sea como fuere, la lógica operativa presenta siempre al discurso fundante como una *actividad en un contexto de actividades* y, de esta manera, posibilita nuevos cálculos lógicos o nuevas técnicas lógicas que pueden beneficiar a las ciencias especializadas. Aquí tiene que ser claro que no se trata de una nueva lógica sino, simplemente, de nuevas formas, no convencionales, de la lógica. A ellas pertenece, por ejemplo, la *interpretación dialógica* de la lógica operativa propuesta por Lorenzen y Lorenz.

3. Lo notorio en ella es que aquí, totalmente en el sentido de la *retórica*, se incorpora a la lógica formal, ya desde el comienzo de la reflexión, en la situación de discurso. Por lo tanto, no se deja de lado la siempre subyacente comunicación del diálogo sino que, en el sentido de una lógica (operativa), se intenta precisarla y formularla. Consecuentemente, se esboza una *dialógica* que permite concebir al diálogo como un juego reglado entre dos jugadores o partes. Estos son llamados, siguiendo la tradición retórica, proponente (o respondor, o defensor), por una parte, y oponente, por otra, o simplemente B (blanco) y N (negro). Sus acciones discursivas son los movimientos en el juego del diálogo, que atacan o defienden un enunciado compuesto o simple (que aquí es equiparado a una aseveración). La regla general del juego indica en una tabla cuáles son las posibilidades que existen de ataque y de defensa y la regla especial del juego indica cuándo, en el curso del diálogo (describible igualmente en una tabla), puede llevarse a cabo un ataque

⁷ Manfred Moritz, "Über den Begriff der Juristischen Person" en *Akten des XIV. Intern. Kongr. f. Phil.*, Viena, 1968.

o una defensa. Aquel jugador que logra responder a su favor todos los movimientos concebibles del contrincante en el diálogo es el ganador. Posee —suele decirse siguiendo la terminología de la nueva teoría de los juegos— la estrategia del triunfo para este diálogo. El concepto de estrategia del triunfo determina lo que aquí es lógicamente verdadero o falso.⁸

Para nuestros fines, merece ser tenido en cuenta que aquí *la lógica es devuelta al contexto retórico* del que surgiera. En todo caso, la concepción retórica no deja que se olvide que todo discurso fundante representa siempre, al mismo tiempo, *acciones lingüísticas* y sugiere la pregunta de si esta constatación no adquiere quizás una importancia especial cuando uno considera como *insuficiente la fundamentación axiomática-deductiva* y, por ello, se ve motivado a completarla en una argumentación completa. Al respecto se dirá algo en la siguiente sección.

III

1. De lo que se trata ahora es, pues, de la *problemática de fundamentación*, es decir, más exactamente, de cuándo se puede hablar de una argumentación completa (*fundamentación completa* en sentido estricto).⁹ Para una mayor aclaración, conviene adelantar una reflexión semiótica.

Si se denomina sintaxis a la conexión de los signos entre sí; semántica, a la conexión de los signos con los objetos cuya designación se afirma; y pragmática, al contexto situacional en el que los signos son utilizados, responde en muchos aspectos a nuestra praxis de pensamiento al tener en cuenta, en primer lugar, a la sintaxis, aislarla dentro de

⁸ Cfr. Vladimir Richter, *loc. cit.*, págs. 70 ss., y Kuno Lorenz, *Arithmetik und Logik als Spiele*, tesis doctoral presentada en la Universidad de Kiel, 1961.

⁹ Cfr. al respecto Hugo Dingler, *Die Ergreifung des Wirklichen*, Munich, 1955.

lo posible como un ámbito independiente, o avanzar desde ella lo más pronto posible al ámbito semántico y, sólo como ayuda, en cierto modo obligado, recurrir a la pragmática. En esta actitud se supone que la estrictez del pensamiento disminuye en la secuencia indicada. La pragmática es considerada como el *campo de la (menos estricta) retórica* y, en su totalidad como *paraleipómenon*. Como la argumentación jurídica pertenece a este ámbito, es correspondientemente evaluada.

La *retórica desarrollada* coincide con quienes intentan invertir la intervención de las reflexiones semióticas.¹⁰ Pues le parece aconsejable tomar como punto de partida el diálogo (*dialegesthai*), es decir, las acciones lingüísticas de ambas partes, o sea, tener en mente y no perder de vista la interconexión de la argumentación en una *situación comunicativa*; con otras palabras: *comenzar con la pragmática*. Esto se lleva a cabo en una clara oposición al procedimiento convencional. Pues éste excluye mentalmente el contexto que se acaba de mencionar. Separa de él la fundamentación y la coloca en una teoría axiomática, como sistema de fundamentación deductivo, aislado; es claro que, en este sistema, no es posible asegurar la validez de sus axiomas.

Si se considera que la separación y aislamiento mencionados constituyen una *simplificación ilícita*, uno se enfrenta con la difícil tarea de *incorporar* al proceso de argumentación la conexión situacional originaria. Pues sólo si ello se logra suficientemente, parece ser posible una fundamentación completa, inalcanzable a través del sistema de fundamentación deductivo.

2. Uno de los méritos de la *perspectiva retórica* es haber puesto claramente de manifiesto esta problemática decisiva en el ámbito del método axiomático-deductivo. Permite presentar como *cuestión clave* la penetración lógica de la actividad discursiva. Despierta así el interés por una *dialógica*, en el sentido de la lógica operativa mencionado

¹⁰ Kuno Lorenz, *Elemente der Sprachkritik*, Francfort del Meno, 1970, págs. 11 s.

más arriba (cfr. II, 3) y conduce, además, a reflexiones que *se refieren a la filosofía práctica* y que, de otra manera, no habrían surgido.

El curso de estas reflexiones es aproximadamente el siguiente: si fundamentar es necesariamente argumentar y contraargumentar, entonces es una actividad que sólo es posible si se *satisfacen determinados deberes de comunicación*. La perspectiva retórica conduce, pues, a la cuestión acerca del comportamiento recíprocamente correcto de los hablantes. El discurso fundante —así podría decirse— significa formular aseveraciones que están sometidas a un deber de defensa (*officium defensionis*) y que sólo se mantienen cuando pueden satisfacer este deber de defensa.¹¹ Por lo tanto, el diálogo entre el defensor y el oponente debe ser investigado teniendo en cuenta las obligaciones y sus diferenciaciones en él contenidas. El ataque, la defensa y el pedido de explicación deben ser reflexionados como obligaciones; esto parece ser especialmente urgente porque nuestra realidad “científica” depende, en una medida insuperable, de las aseveraciones confiables de los demás. Dada la complejidad del mundo, la brevedad de nuestra vida y la limitación de nuestras capacidades, la obligación de no distorsionar nuestra realidad con aseveraciones infundadas tiene un interés general.

Por ello, hoy parece haber adquirido una renovada *importancia especial para la filosofía práctica* la tarea de reflexionar nuevamente sobre los deberes de fundamentación y su cumplimiento. Para la retórica —cualesquiera que hayan sido sus motivaciones— esto ha sido siempre algo obvio. La jurisprudencia ha tratado esta tarea, al menos fragmentariamente, en la teoría de la *carga de la prueba (onus probandi)* al vincular la violación del deber de demostración con severas sanciones. Pues los deberes de aseveración y de prueba, así como también las consecuencias de su violación, han sido en el proceso judicial un medio indispensable para evitar decisiones *non-*

¹¹ Cfr. Friedrich Kambartel, *Was ist und soll Philosophie?*, Constanza, 1968.

liquet,¹² Si, por ejemplo, en un proceso civil, el demandante no puede satisfacer total o parcialmente su deber de probar el fundamento de su demanda porque las cuestiones de hecho quedan poco claras, esta situación del proceso conduce, sin embargo, a una decisión clara en la cuestión de derecho, es decir, al rechazo total o parcial de la demanda. Algo similar vale en el derecho penal. Si el demandante no logra aportar la prueba debida porque no ha podido aclarar la maraña de los hechos, en la cuestión *de jure* se produce la clara consecuencia: *in dubio pro reo*, es decir, posiblemente, la absolucón. Todo jurista sabe que la *carga de la prueba decide una gran parte de los procesos*. Pero esto significa que, *in praxi*, deciden reflexiones que pertenecen al marco de la *filosofía práctica* indicado más arriba. Esto puede verse con relativa facilidad desde la retórica y requiere nuevos análisis en un nuevo aspecto, que aquí no serán formulados.

3. Con respecto a la problemática general de la fundamentación, es decir, con respecto a la cuestión acerca de qué es lo que pertenece a una fundamentación completa, más allá de la fundamentación deductiva, puede defenderse, después de todo lo dicho, la tesis de que, al menos, la dialógica indicada y la obligación comunicativa pertenecen a ella.

Si así se regresa a la actividad de la fundamentación, para develar la actividad que precede al sistema de fundamentación axiomático-deductivo, encuentra uno manifiestamente un hacer al que hay que referirse cuando se pregunta qué es la tópica. Pues naturalmente, en este contexto no interesan las distintas formas históricas de la tópica sino tan sólo el problema sistemático permanente.¹³ Se puede decir que las actividades más arriba mencionadas pertene-

¹² Cfr. al respecto, Alessandro Giuliani, *Il concetto di prova*, Milán, 1961; Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, 3ª edición, 1953, especialmente págs. 90 ss.

¹³ Cfr. al respecto Gerhard Otte, "Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben" en *Rechtstheorie*, Berlín, 1970, págs. 183 ss.; Jürgen Blühdorn, "Kritische Bemerkungen zu Theodor Viehwegs Schrift: Topik und Jurisprudenz" en *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis*, Groningen, 1970, págs. 269 ss.

cen a la *tópica formal*. Esta tiene no sólo una función de descubrimiento sino también de fundamentación.¹⁴ En qué condiciones la función de descubrimiento predomina es algo que pertenece a otro razonamiento. Por lo demás, es evidente que la tópica material puede presentar *topoi* sumamente diferentes, ya que toda *tópica material* está vinculada con una determinada *sinequia* social.

4. Después de todo esto, parece ser promisor para una teoría jurídica de la argumentación volver a discutir la *retórica clásica* desde los puntos de vista indicados. Pues el largamente descuidado y ahora recuperado aspecto retórico parece, por lo menos, facilitar el acceso a la respuesta de la pregunta acerca de qué se hace cuando se practica "ciencia del derecho". En todo caso, no puede ser irrelevante que de las tres *γένη των λόγων* (*genera causarum, genera rhetorica*) aristotélicas, el discurso judicial *δικανικόν γένος* (*genus iudiciale*) se encuentre, material y formalmente, en primer lugar, delante del *συμβουλευτικόν γένος* (*genus deliberativum*) y del *ἐπιδεικτικόν γένος* (*genus demonstrativum*). Ya tempranamente se convirtió en caso modélico para todo discurso. Con él se ejercitaba en primera línea el *ῥητορικὴ τέχνη* (*ars rhetorica = ars bene dicendi*). El objetivo del discurso era lograr una decisión judicial. Por consiguiente, su núcleo era la *argumentatio, probatio*. Vale la pena estudiar la teoría retórica de la argumentación, ya que contiene mucho de lo que ha conservado la argumentación jurídica. Especialmente, tienen gran interés los *τοποι* (*loci*), que fueran recomendados como *fórmulas de búsqueda* para encontrar argumentos y entre los cuales están estrechamente emparentados, por ejemplo, los *loci a comparatione* y los *loci a simili*. Además, hay que destacar que los conceptos básicos utilizados más arriba, ataque, defensa y explicación, es decir, conceptos que parecen ser adecuados para aclarar el núcleo sistemático de todo discurso fundante, fueron desarrollados en el *genus ju-*

¹⁴ Para una posición contraria, cfr. Franz Horak, *Rationes Decidendi*, Aalen, 1969, especialmente págs. 49 ss.

diciate como *intentio*, *defensio*, *interpretatio* (o de manera similar), en vinculación con los correspondientes *officia*.¹⁵ No debe dejar de tenerse en cuenta que recientemente se ha obtenido aquí una *teoría de la ciencia con medios retóricos*. Más exactamente: se explica el comportamiento teórico con la ayuda de un modelo de la retórica judicial.

Por lo demás, el *genus judiciale* es el que más claramente muestra el costado dialéctico de la retórica. Un mismo estado de cosas es analizado por lo menos desde dos puntos de vista opuestos, es decir, contradictorios. Puede comprenderse fácilmente que el *genus deliberativum* es dialécticamente más débil —pero, naturalmente, puede también ser conformado dialécticamente— y que el *genus demonstrativum* es el que tiene la forma dialéctica más débil. En todo caso, puede decirse que la *διαλεκτική τέχνη* era inicialmente un asunto retórico que finalmente fue reclamado de modo especial por la filosofía.

En general, habrá que conceder que, cuando se busca una fundamentación que *incluya la determinación de los axiomas, uno se encuentra*, por así decirlo, *automáticamente, con la retórica*. Posiblemente, en su desarrollo ulterior, ella es adecuada para retrotraer toda nuestra *actividad intelectual* a un contexto práctico, en el cual se vinculan las condiciones lógicas y éticas de esta actividad. *Si esto es así, entonces toda argumentación tiene su última ratio en el método del argumentar.*

IV

Desde luego, lo hasta ahora constatado no basta para caracterizar suficientemente las argumentaciones en la disciplina jurídica. Para ello es necesario, más bien, distin-

¹⁵ Cfr. Heinrich Lausberg, *loc. cit.*, pág. 61, 1a.

guir entre la *dogmática* y la *cetética*, algo que ya he hecho en otro lugar al que me permito remitirme.¹⁶ Aquí será utilizado para una mayor aclaración el más arriba presentado modelo retórico-judicial con los conceptos fundamentales ataque, defensa y explicación. Se puede decir que las aseveraciones son tratadas como *dogmata* cuando, *in thesi*, son excluidas a largo plazo de un ataque y, por ello, no están sometidas a ningún deber de defensa, es decir, a ningún deber de fundamentación, sino simplemente a un deber de explicación.¹⁷ En un determinado ámbito cultural, determinadas aseveraciones son colocadas fuera de toda duda. No se las cuestiona. No se habla sobre aquello que las supera sino que se aspira a conservarlas “tal como son”. Lo contrario ocurre con todas las aseveraciones que en toda investigación son utilizadas simplemente como *zetemata*. *In thesi* están libradas a todo ataque; están, por lo tanto, sujetas al deber de defensa, es decir, al deber de fundamentación, al igual que al deber de explicación. Siempre son cuestionables. Por ello, en la cetética (investigación), el discurso fundante siempre llega a un final provisional, posiblemente muy a corto plazo. La argumentación cetética permanece siendo infinita; la dogmática es finita debido a los *dogmata*. Por ello, el famoso esfuerzo de poner un punto final en la cetética a la coacción de fundamentación recurriendo a la *evidencia* recuerda la dogmatización.

Es claro que en todo ámbito cultural, las *dogmatizaciones, desdogmatizaciones y redogmatizaciones* juegan, encubierta o manifiestamente, un papel considerable. Catálogos de *topoi* dogmatizados (a veces hasta protegidos constitucionalmente) constituyen los fundamentos de las diferentes culturas jurídicas. Aquí merece ser tenido en cuenta que las proclamaciones colocadas fuera de duda (dogmatizadas) *influyen, en tanto tales, directivamente*. Se tiende a conside-

¹⁶ Cfr. en este libro, “Ideología y dogmática jurídica”, “Problemas sistémicos en la dogmática jurídica y en la investigación jurídica” y “Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico”.

¹⁷ Si se define el concepto “aseveración” como una expresión que está sujeta al deber de defensa, como Kambartel, *loc. cit.*, entonces hay que introducir aquí otra designación.

rar ya como *debido* al estado de cosas en ellas designado y, por cierto, aun cuando no exista una expresa formulación de deber ser. La formulación expresa de la función directiva y la eventual sanción de la violación del dogma son sólo otros pasos más en la misma vía. Pues el pensamiento dogmático tiene la función de posibilitar decisiones y guiar acciones. Naturalmente, no puede prescindir de cogniciones pero, primariamente, no es cognoscitivo sino directivo, mientras que el pensamiento cetético es primariamente cognoscitivo. En todo nuestro pensamiento se percibe continuamente la oposición entre dogmática y cetética.

En el pensamiento cotidiano que, evidentemente, no está al servicio del pensar sino de las decisiones y acciones cotidianas, las dogmatizaciones son indispensables. En la investigación especializada (cetética especializada), constituyen un conocido peligro ya que tienden a volver rígidos los límites de la disciplina. La investigación filosófica (cetética no especializada) es el correctivo por excelencia de toda dogmatización. Sin embargo, el paso de una forma de pensamiento cetética a una dogmática y viceversa no es en modo alguno poco frecuente, aunque no siempre fácil de percibir. Lo que hasta un cierto momento era *elemento constitutivo de una investigación* suele finalmente convertirse en *elemento constitutivo de una dogmática y viceversa*. Al cambiar la función de un pensamiento, cambia también su estructura; los *zetemata* se convierten, por ejemplo, en *dogmata*, el ser se convierte en deber ser, algo que desde luego no debe quedar inadvertido.

No es difícil encontrar en la disciplina jurídica las mencionadas variantes de pensamiento. Ellas provocan *diferentes argumentaciones*. Por ello, se puede hablar sobre lo que se llama problemas jurídicos de una manera jurídico-dogmática o jurídico-cetética. El jurista profesional, es decir, el dogmático profesional del derecho es, en todo caso, un especialista de la argumentación jurídico-dogmática que, en tanto tal, tiene sus peculiaridades. Si, además, cultiva la historia del derecho, la sociología del derecho, la criminología, la psicología del derecho, etc., utiliza, dentro del marco de su investigación, argumentaciones cetéticas (también

llamadas metadogmáticas) y si trabaja como filósofo o como teórico del derecho, se ocupa de argumentaciones filosóficas (no especializadas) cetéticas. Una disciplina completa del derecho abarca conjunta y recíprocamente todas estas actividades.

SOBRE EL DESARROLLO CONTEMPORÁNEO DE LA TÓPICA JURÍDICA

Para poder seguir desarrollando —según el ejemplo de Vico— la tópica jurídica dentro del marco de la retórica, se formularán aquí algunas consideraciones sobre la actual teoría retórica de la argumentación.¹ Se dejará de lado la tópica jurídica material —que, mientras tanto, ha logrado una presentación digna de agradecimiento—² y se intentará —con la ayuda de investigaciones crítico-lingüísticas y de la nueva retórica— hacer avanzar unos pasos la tópica formal.

I

A tal fin, hay que recordar, una vez más, que el nuevo vuelco hacia la retórica se basa, primordialmente, en el esfuerzo por *hacer comprensible toda argumentación desde la situación del discurso*. Esto sugiere la necesidad de distinguir entre una *forma de pensamiento no situacional* y una *forma situacional* e investigar sus respectivas peculiaridades.

Para una mayor aclaración de estos contextos, se utilizará la terminología de la semiótica moderna y se

¹ Sobre el reciente vuelco hacia la retórica, cfr. Chaim Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *Rhétorique et Philosophie*, Bruselas 1952; de los mismos autores, *La nouvelle Rhétorique. Traité de l'Argumentation*. París, 1958; Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1ª edición, Munich, 1953, 4ª edición, 1969.

² Gerhard Struck, *Topische Jurisprudenz*, Francfort del Meno, 1971.

distinguirá, por lo tanto, entre el aspecto sintáctico, semántico y pragmático de una forma de hablar. La sintaxis significa, pues, la conexión de los signos entre sí; la semántica, la conexión entre signos y objetos cuya designación se afirma, y la pragmática, el contexto situacional en el que los signos son utilizados por los respectivos participantes.³ Se puede constatar que, en la praxis de pensamiento hoy habitual, el aspecto sintáctico-semántico goza de preferencia. Se entiende la sintaxis con la ayuda de la semántica, mientras que la pragmática funciona sólo como ayuda de emergencia, para corregir algunas imprecisiones que puedan haber quedado.

Sobre la peculiaridad de los tres aspectos, se dirá algo más adelante. Ahora, lo que importa es destacar el punto más relevante para nosotros, es decir, lo siguiente: es obvio que la retórica ha tenido siempre primordialmente en mira la mencionada pragmática y también es fácil de comprender que el nuevo interés en la retórica ha vuelto a concentrarse en esta perspectiva. La consecuencia de ello es que la serie convencional de reflexiones indicada más arriba es ahora invertida; éste es un cambio de fundamental importancia. Pues ahora se vuelve a intentar, con nuevos medios, reflexionar sobre la situación pragmática, de la que procede el discurso, como situación inicial, a fin de volver comprensible desde ella todos los demás resultados del pensamiento.⁴ Se remiten, pues, todos los productos del pensamiento a su origen situacional para, desde allí, aclararlos nuevamente. Si a una tal forma de pensar —que se mueve dentro de la situación pragmática del discurso— se la llama *situacional* y a la que no toma en cuenta la situación del discurso, *no situacional*, es posible llegar a un entendimiento sobre los otros contextos que aquí interesan, de la siguiente manera.

³ Fundamental, Charles W. Morris, "Foundations of the Theory of Signs" en *International Encyclopedia of Unified Science*, vol. 1, Nº 2, págs. 1-59.

⁴ Kuno Lorenz, *Elemente der Sprachkritik*, Francfort del Meno, 1970; C. A. Emge, *über die Unentbehrlichkeit des Situationsbegriffs für die normativen Disziplinen*, Wiesbaden, 1966; Theodor Viehweg, "Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica", en este libro.

II

Por lo pronto, puede constatarse que la *forma de pensar no situacional* es preferida porque, en tanto actividad intelectual, presenta manifiestamente menos dificultades que la situacional, a pesar de que ésta es la que en la práctica cotidiana es la decisiva. En todo caso, la forma de pensar no situacional ofrece facilidades intelectuales. Pues, una vez que, dentro de lo posible, se ha liberado a un esquema de pensamiento de las perturbaciones de la situación pragmática inicial, se puede disponer, sin ulteriores perturbaciones, de su construcción sintáctica aislada. De esta manera, a comienzos de la Epoca Moderna, el énfasis en la sintaxis condujo a las grandes y apreciadas jerarquías de signos de los sistemas jurídicos racionales, cuyo aislamiento ya ha criticado Montesquieu.⁵ La sintactización aislante subrayó el sistema deductivo y, manifiestamente, era adecuada para promover la axiomatización de forma tal que las, aparentemente, asituacionales matemáticas pudieron ser presentadas como un modelo imponente.⁶ Pero, en el ámbito jurídico, a diferencia de lo sucedido en el ámbito matemático desarrollado, la axiomatización que se acaba de mencionar se ha apoyado en axiomas especialmente cualificados y, la mayoría de las veces, duramente conquistados políticamente, de manera tal que justamente por ellos y por su referencia situacional uno quedó remitido a un análisis extrasintáctico, en última instancia, situacional y pragmático.⁷ Uno se ve especialmente urgido a este tipo de análisis cuando el adversario del aseguramiento meramente sintáctico de una aseveración lo rechaza, con razón, por insuficiente y exige una fundamentación plena, que vaya más allá de la sintaxis. Entonces, se tropieza comprensiblemente con la problemá-

⁵ Theodor Viehweg, "Perspectivas históricas de la argumentación jurídica; la Epoca Moderna" en este libro.

⁶ Paul Lorenzen, *Metamathematik*, Mannheim, 1962.

⁷ E. von Savigny, en "Topik und Axiomatik: eine verfehlt Alternative" en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LX, 1973, págs. 249 ss., se refiere únicamente a la axiomática matemática.

tica situacional, de la que se ocupa primordialmente la tópica en tanto *ars inveniendi*. Pero sobre esto hablaremos más adelante. Ahora hay que considerar más de cerca el aspecto semántico. En la jurisprudencia y en la investigación jurídica juega un papel peculiar y, a veces, erróneo. Pues muy frecuentemente se presentan aquí productos del lenguaje jurídico como si fueran objetos extralingüísticos que el lenguaje jurídico simplemente reflejaría. De esta manera, se crearon, a veces, campos de objetos independientes que el pensamiento jurídico pretendía encontrar y describía consecuentemente, a pesar de que él mismo los había fabricado. En la jurisprudencia alemana, el genial Jhering ofreció el ejemplo más palpable de este género. Pero, también en otras partes, se encuentran ejemplos menos notorios y que juegan un papel en la teoría del contrato, de la propiedad o de otros conceptos jurídicos fundamentales.⁸ En todo caso, aquí siempre subyace un modelo de pensamiento semántico. Muchas veces conduce al jurista práctico a la convicción de que lo que hay que averiguar *in casu hic et nunc* como justo resultaría, en última instancia, con suficiente seguridad, del significado de las palabras del texto jurídico correspondiente. Pues este significado estaría fijado de una vez para siempre y podría ser aprehendido también en un esfuerzo solitario y no sólo en colaboración con otros. La perspectiva opuesta ve en una tal convicción una simplificación, por cierto, muy comprensible, pero ilícita. Según ella, todo aquel que participa en la praxis jurídica sabría que el acontecer jurídico cotidiano se desenvuelve de otra manera: aquello que aquí y ahora es aceptado como justo resultaría de una situación de comunicación sumamente compleja llevada a cabo a través de textos jurídicos. Es justamente una de las tareas más necesarias de una investigación jurídica desarrollada aclarar esta difícil situación en una forma de pensamiento situacional, con todos los medios disponibles y, de esta manera, volverla confiablemente controlable. Ciertamente, esto no es posible si uno se limita

⁸ Cfr. al respecto Dieter Horn, *Rechtssprache und Kommunikation*, Berlín, 1966.

a canjear la habitual semántica jurídica por una, quizás algo insólita, semántica sociológica o de otro tipo. Más bien, el análisis de la situación del discurso sigue siendo la tarea primaria, tanto más cuanto que ella fue evitada —con la ayuda de la forma del pensamiento no situacional— por la necesidad de aislamiento y restricción del llamado positivismo jurídico y su temor a las ampliaciones.⁹

III

Como se ha dicho, la *forma de pensamiento situacional* tiene que regresar al terreno pragmático en el sentido indicado más arriba. Por ello, en primer lugar, tiene que intentar aclarar el proceso de producción que se lleva a cabo en la situación del discurso en la búsqueda de un entendimiento. Retrotraer todos los productos del pensamiento a su origen situacional significa justamente convertir a este proceso de comunicación en objeto de la investigación.¹⁰ En lugar de la averiguación semántica, posiblemente solitaria, este proceso es colocado en el centro del interés. Debe ser hecho comprensible como un procedimiento juntamente realizado con el otro, contra el otro, y, en verdad, como un procedimiento que no se basa en afirmaciones ya fijadas sino que, por lo pronto, lucha por su descubrimiento y fijación. Se trata aquí, en general, de una empresa con la que están suficientemente familiarizados todos los retóricos y los juristas. La pone en movimiento la *heuresis* o *inventio*. La tópica o *ars inveniendi* proporciona indicaciones útiles, los *topoi* o *loci* ofrecen ayudas iniciales concretas. Funcionan como “fórmulas de búsqueda”, en el sentido retórico,¹¹ como

⁹ Al respecto, Theodor Viehweg, “Positivismus und Jurisprudenz” en Jürgen Blühdron y Joachim Ritter (comps.), *Positivismus im 19. Jahrhundert*, Francfort del Meno, 1971, págs. 105 ss.

¹⁰ Cfr. Ottmar Ballweg, “Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung der Rechtswissenschaft und der Jurisprudenz” en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Düsseldorf, 1972, tomo II, págs. 43-49.

¹¹ Heinrich Lausberg, *Handbuch der literarischen Rhetorik*, Munich, 1960, especialmente § 260.

directrices ofrecidas, aceptadas, o de alguna manera impuestas o rechazadas, para la invención, es decir, para descubrir puntos de vista que solucionen el problema en la dirección indicada dentro de una tópica de primer o segundo grado,¹² como posibilidades para ingresar en conversaciones, como objetos de la negociación, etcétera. Dejemos ahora la interesante y ciertamente no concluida descripción de este proceso deliberativo y comunicativo.¹³ Busquemos ahora, más bien, el equipamiento teórico, surgido en el desarrollo científico más reciente y que parece adecuado como ayuda para el análisis del proceso en cuestión. Cabe mencionar aquí reflexiones lógicas, crítico-lingüísticas y éticas.

1. Por lo que respecta a la lógica, el vuelco a la forma de pensar situacional y pragmática aconseja claramente preferir como forma de la lógica la dialógica. Pues ésta formula conclusiones dentro de la situación originaria del discurso y no las separa de ella.¹⁴ Permanece vinculada con el discurso y, justamente por ello, la conocen muy bien el retórico y el jurista práctico. Sobre todo, no permite que se olvide que en el discurso y en la discusión se manifiestan acciones lingüísticas. En tanto ataque y defensa, están sometidas a un estricto procedimiento de argumentación en el que dos partes —en el estilo retórico— se presentan como proponente y replicante, defensor y opositor. Quien logra responder a su favor todas las movidas concebibles del contrincante es quien ha ganado el diálogo o, como también se dice, posee la estrategia del triunfo. Es evidente que una conducción estrictamente reglada del diálogo no puede, en absoluto, sustituir el libre juego de la invención comunicativa. Pero, sin duda, ella es el modelo lógico que mejor responde a la

¹² Ver *ibidem*, § 31 in fine.

¹³ Cfr. al respecto, Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied/Berlin, 1969.

¹⁴ Cfr. Wilhelm Kamlah/Paul Lorenzen, *Logische Propädeutik*, Mannheim, 1967, especialmente pág. 189, así como también Kuno Lorenz, *loc. cit.* especialmente págs. 149 ss.

situación pragmática del discurso y, por lo tanto, está en mejores condiciones de controlarlo. Además, la forma del diálogo es recomendable porque no encubre, sino que pone de manifiesto las interconexiones pragmáticas que pueden tener relevancia ulteriormente. En seguida se hablará de las que pueden tender un puente a la filosofía práctica.

2. Pero, antes, hay que indicar una nueva corriente crítico-lingüística que también recurre a la situación pragmática del discurso y es especialmente radical en su análisis. Pues ella sostiene que sólo es posible volver suficientemente comprensible la situación pragmática general —que subyace a todo discurso y que es la que, en última instancia, aquí interesa— si se conciben sus expresiones como directrices recíprocas para el descubrimiento (invención) y el uso del lenguaje.¹⁵ Según esta concepción, toda invención y comunicación lingüísticas se llevan a cabo dando y recibiendo directrices lingüísticas para la acción. Quien quiera saber cómo el respectivo hablante es conducido por su forma de discurrir —y ésta es, efectivamente, una cuestión apasionante— tiene que aclararse esta pragmática.¹⁶ Naturalmente, aquí resultan también considerables dificultades, ya que la teoría tradicional de la ciencia considera a la proposición, es decir, a la relación sujeto-predicado, como base del pensamiento y del lenguaje y remite a aquél la directriz, es decir, la secuencia predicado-objeto. El preferido modelo lingüístico de la proposición posiblemente oculta la prioridad de la pragmática. Por ello, de acuerdo con esta concepción, también aquí hay que realizar, por lo pronto, una inversión fundamental de la consideración a fin de poder aclarar adecuadamente la incesante invención comunicativa. El modelo de la proposición, se dice, trae consigo el peligro de desplazar de la conciencia el libre juego de las

¹⁵ Cfr. Hubert Rodingen, "Ansätze zu einer sprachkritischen Rechtstheorie" en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie LVIII*, 1972, págs. 161 ss., así como también Thomas M. Seibert, "Von Sprachgegenständen zur Sprache von juristischen Gegenständen" en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie LVIII*, 1972, págs. 43 ss.

¹⁶ Cfr. Dieter Horn, *loc. cit.*

directrices recíprocas, que invitan a la coproducción, es decir, la continuada negociación inventante y hacerla desaparecer detrás de una concepción de la realidad ilícitamente cosificada, encostrada, por así decirlo. Justamente el lenguaje jurídico muestra que, por motivos fácilmente comprensibles, prefiere el modelo de la proposición al de la directriz y, de esta manera, está en condiciones de construir una realidad jurídica *sui generis*. Ella proporciona motivo suficiente para analizar este fenómeno en la vía indicada. El modelo de la proposición parece perturbar, a veces, nuestra orientación, mientras que el modelo de la directriz podría promover la invención necesaria para el incesante desarrollo. Naturalmente, todavía no ha concluido la discusión de estas reflexiones pero ofrecen la perspectiva de una notable teoría del derecho crítico-lingüística fundada a partir de la primaria situación del discurso.

3. Volvamos ahora al procedimiento del diálogo y considerémoslo, por último, en el aspecto ético. Aquí cabe constatar que de la recuperada vinculación con el discurso, resultan, por así decirlo, naturalmente, deberes comunicativos. Pues el proceso intelectual de creación que se desarrolla con la forma del diálogo a partir de la situación pragmática de partida, no es realizable sin tales obligaciones. Quien ingresa en una situación de discurso asume deberes que, a su vez, son fácilmente comprensibles por el jurista práctico. Pues él conoce sus deberes procesales que le están impuestos como deberes de aseveración, fundamentación, defensa y explicación. Conoce el *onus probandi*, la carga de la prueba, como una de las más eficaces instituciones procesales que vincula con sensibles sanciones la violación de los deberes comunicativos, que siempre surgen de la situación del discurso, a fin de evitar decisiones *non-liquet*. Como es sabido, en el derecho civil, el demandante tiene que cumplir su deber de demostrar el fundamento de la demanda si es que no quiere ser rechazado en beneficio del demandado; en el proceso penal vale lo mismo con respecto al demandante, en beneficio del demandado. Aquí interesa lo siguiente: la distribución de la carga de la prueba y la capacidad para

presentar la prueba juegan el papel decisivo en la mayoría de los procedimientos judiciales. Pero esto significa que, en el fondo, decide un deber procesal que se puede justificar a partir de toda situación comunicativa del discurso.¹⁷ Decide, pues, un *officium* retórico fundamental y, por ello, es muy notable que recientemente la filosofía le haya conferido una extraordinaria importancia. La epistemología filosófica contemporánea impone al discurso, como actuar teórico, deberes retóricos. Dicho brevemente: cuando alguien habla tiene que poder justificar su discurso. Sólo el cumplimiento de los deberes del discurso, especialmente el respeto de los deberes de defensa y explicación, garantizan aseveraciones suficientemente confiables en las cuales existe indiscutiblemente un interés general. Sólo así puede mantenerse un diálogo racional que permita, en una medida óptima, la justificación de aseveraciones teóricas y prácticas. Puede verse que también aquí el regreso a la situación del discurso, es decir, a la situación pragmática inicial, facilita la comprensión del proceso del entendimiento inventante.¹⁸

De esta manera, se han descrito algunos pasos para el análisis del *ars inveniendi* dentro del marco de una desarrollada teoría retórica de la argumentación. Parecen, vinculados con otros, ser adecuados para modificar de manera nada irrelevante el modelo de pensamiento hasta ahora imperante en la investigación básica jurídica.

¹⁷ Cfr. Friedrich Kambartel, *Was ist und soll Philosophie?*, Constanza, 1968.

¹⁸ Sobre otras conexiones, especialmente la consideración de la dogmática y la cetética, cfr. Theodor Viehweg, *supra*, nota. 4.