

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

ACERCA DE LA TÓPICA, ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO JURÍDICO

1. Cabe constatar que la múltiple discusión llevada a cabo hasta ahora acerca de la tópica en el ámbito jurídico ha arrojado, entre otros, el siguiente resultado: si se distingue entre una forma jurídica de hablar y de pensar orientada, ante todo, sintáctica-semánticamente y otra tópico-pragmática, se percibe que la segunda predomina *in praxi* y, a menudo, proporciona, *in casu*, la respectiva decisión.¹

2. Cuando se analiza más de cerca el estado actual de la discusión, es aconsejable recordar, una vez más, que la tópica constituye un elemento esencial de la retórica. Esto significa que parece que debe ser analizada, en primer lugar, dentro del marco de una retórica (desde luego, no en su versión primitiva sino contemporánea). Como, en tanto teoría del discurso, está al servicio del discurso, es decir, de una acción lingüística en contextos de acciones, o sea, en una situación pragmática, esta situación de discurso no puede ser nunca irrelevante para ella. Más bien, parece recomendable considerar al pensamiento retórico —y, por lo tanto, también al pensamiento tópico— como ligado a una situación o como situacional, en el sentido indicado, y al pensamiento no retórico como sustraído a la situación (o dicho

¹ Cfr. al respecto recientemente: Josef Esser, *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*, Heidelberg, 1979; Waldemar Schreckenberger, *Rhetorische Semiotik*, Friburgo 1978 (versión castellana de Ernesto Garzón Valdés: *Semiótica retórica*, México, 1988). Comentario bibliográfico de Chaim Perelman en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXV/1 (1979), págs. 133 ss.

abreviadamente) como no-situacional; mayores precisiones al respecto, más adelante.

3. Por lo pronto, séame permitida una referencia que me parece adecuada para poner de manifiesto el trasfondo cultural más amplio que aquí interesa: debe tenerse en cuenta que nuestra cultura europea, en puntos decisivos de su desarrollo, ha preferido una actitud no retórica, más aun, antirretórica, rica en consecuencias. Como es sabido, nuestra filosofía clásica antigua surgió, en gran medida, como antirretórica y aspiraba, de esta manera, ofrecer a nuestras ciencias un *fundamentum inconcussum*. También los importantes pasos filosóficos al comienzo de nuestra Epoca Moderna tienen una orientación antirretórica. Lo que importaba era obtener resultados intelectuales lo más alejados posible de la situación concreta, algo que se logró también ampliamente en el campo de las *inhumaniora*. Se consideraba a la retórica y a su trabajo intelectual como esfuerzos provisionales que había que elaborar poco a poco y, por lo tanto, pertenecían a la antecámara de la filosofía, en donde debían esperar un tratamiento adecuado. Manifiestamente, en otras culturas no se da esta reducida valoración de la retórica, que llega hasta nuestro actual uso cotidiano del lenguaje. Tal es el caso, por ejemplo, en la cultura china.² Para la actitud retórica parece ser importante que el lenguaje cotidiano, por su propia naturaleza, sea y permanezca siendo sensible a la situación y no se prive de esta sensibilidad en aras, por ejemplo, de una real o supuesta precisión lingüística. Por lo demás toda cultura puede, hasta un cierto grado, ser interpretada como un juego recíproco entre retórica y no-retórica —para el caso de Europa, por ejemplo, entre el espíritu petrarquiano y el cartesiano—. Aquí nos interesa el parentesco más o menos apreciado entre jurisprudencia y retórica, así como también sus consecuencias.

4. Aquí pertenece la utilización del lenguaje. Ella es

² Cfr. al respecto Robert T. Oliver, *Communication and Culture in Ancient India and China*, Syracuse/Nueva York, 1971.

diferente según que sea no-retórica o retórica. En una perspectiva no-retórica, se procura separarla lo más posible del correspondiente contexto de acción. Es liberada lo más posible de la situación pragmática del discurso. Se aspira a una determinación de significado aislante, de ser posible válida para siempre y en todo lugar, adecuada para facilitar la elaboración semántico-sintáctica. Por lo general, es guiada por postulados desarrollados por la filosofía y que, naturalmente, experimentan también sus modificaciones. Así, por ejemplo, desde los años veinte, especialmente (el primer) Carnap y su escuela, subrayaron la función reflejante del lenguaje; es fácil ver que esta concepción del lenguaje no responde en absoluto a la tópica. Pues los *topoi* no deben ser confundidos con esfuerzos más o menos afortunados de reflejar la realidad.

No es correcto reprocharles —cualquiera que sea la forma como ello se haga— un reflejo inexacto. Los *topoi* están más bien al servicio de un uso del lenguaje que primariamente guía un comportamiento. Con su ayuda, se puede poner de manifiesto cómo funciona *in praxi* el lenguaje cuando uno pasa del aspecto no retórico del lenguaje al retórico. Aquí (el último) Wittgenstein puede proporcionar apoyos valiosos al pensamiento, ya que abandonó su concepción inicial según la cual el lenguaje sería suficientemente explicable a través de su función reflejante y renunció, por inútil, a su ideal de exactitud separado de la situación, que antes había sostenido.³

5. El paso a la retórica elimina algunas dificultades que surgen del intento estéril de escapar a la situación pragmática en la que siempre se habla. Los *topoi* son justamente adecuados para iluminar esta situación del discurso que, de otra manera, es difícilmente aclarable. Cumplen funciones de directrices en la acción lingüística. Funcionan en el lenguaje como avisos operativos, como fórmulas detectoras, estímulos mentales, incitaciones creativas, propuestas de

³ Cfr. Wittgenstein, "Philosophische Untersuchungen" Nº 88 en *Werke*, tomo 1, Francfort, 1969.

entendimiento, directrices lingüísticas para la acción, etcétera. Nótese que los *topoi* son ofrecidos, aceptados o rechazados por los hablantes que conversan o discuten entre sí, a fin de lograr una opinión compartida. De esta manera, posibilitan una creación comunicativa recíprocamente controlable. A tal fin, tienen que evitar reducciones y preparar adecuados campos de acción, conservar, crear y eliminar criterios. Quizás el trabajo mental que los *topoi* abren y guían puede aclararse de alguna manera reformulándolos como invitaciones. Por ejemplo: "Mira si se dan p. q. [...]", "Piensa que r. no está dada [...]", "Recuerda el caso similar s. [...]". Como cualquiera lo sabe, los comentarios y los libros de instrucciones jurídicas están llenos de los correspondientes *topoi*. Ellos y las discusiones con ellos, así como también su permanentemente renovada oferta (de una edición a otra de estos comentarios), ponen suficientemente de manifiesto, también al lego, el aire de familia que existe entre la jurisprudencia y la retórica.

6. Por lo que respecta a la jurisprudencia, es digno de ser tomado en cuenta que ha realizado esfuerzos considerables pero, en última instancia, infructuosos, para escapar a la situación pragmática y, con ello, a la retórica. En este contexto habría que mencionar la pandectística jurídica, tan apreciada sobre todo en Alemania. Ella aspiraba a construir, a partir de conceptos básicos, cuyos significados parecían estar fijados para siempre, un sistema jurídico "omnicomprensivo" (pandectista) y distinguir el así obtenido contexto sintáctico-semántico *in thesi* del contexto de acción fundante. Naturalmente, en la praxis argumentativa, este último se imponía siempre, a veces con la observación de que no se debía "desgarrar lo que en la vida se pertenece recíprocamente".⁴ Desde luego, no se logró eliminar la estructura retórica básica, es decir, el juicio a partir de la situación de discurso; más bien, ella se puso permanentemente de manifiesto en la creciente extensión de los comentarios.

⁴ Cfr. Arndts, *Lehrbuch der Pandecten*, 1852, pág. 20, entre otras.

También fracasó otro intento impresionante y que, por así decirlo, iba más allá de la Pandectística, en el sentido de independizar las formaciones jurídicas y separarlas de la situación. Me refiero a la empresa ontologizante de Adolf Reinach en el año 1913, dentro del marco de la Escuela fenomenológica alemana. Cuando este distinguido autor se preocupaba por mostrar que existen formaciones jurídicas que “poseen un ser, al igual que los números, los árboles o las casas”, según aseguraba, no quería decir “nada oscuro y místico”⁵ pero, ciertamente, en el sentido de nuestras reflexiones, decía algo totalmente no-retórico que, al final, no era practicado por los juristas.

Por último, como punto culminante de una concepción no-retórica cabe mencionar brevemente la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen.⁶ Apoyado en una (desde la perspectiva actual algo problemática) división entre el pensamiento normativo y el descriptivo (es decir, totalmente libre de elementos prescriptivos), Kelsen esbozó, con agudo sentido sintáctico, una sintaxis jurídica cerrada que, al menos *in thesi*, debía estar libre de todo contacto con el contexto pragmático. Naturalmente, *in praxi*, tal no era el caso. Aquí se hacía notar permanentemente el contexto de acción en el que uno siempre actúa, por ejemplo, en la jurisprudencia de intereses y axiológica, en la más reciente atención que se presta a la “racionalidad económica del derecho” y en otras partes. El vuelco hacia la posición pragmática y, por lo tanto, retórica en el sentido indicado, no puede dejar de ser percibido.

7. Este vuelco provocó un renovado interés por la situación discursiva y hasta una cierta uniformidad de la teoría del pensamiento jurídico, en la que la discusión o el

⁵ Cfr. Adolf Reinach, *Zur Phänomenologie des Rechts, Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, Munich, 1953, págs. 14 y 16.

⁶ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Viena, 2ª edición 1960 (1ª edición 1934) (versión castellana de la segunda edición de Roberto Vernengo: *Teoría pura del derecho*, México, 1980).

discurso han pasado al punto central de los análisis.⁷ Pues en el discurso se encuentra manifiestamente la sede de la invención que aquí interesa. Allí se lleva a cabo la creación que permanentemente procura producir un soporte social. Allí puede verse cómo se pone en escena el mundo jurídico pensante y actuante. Manifiestamente, allí tiene que plantearse la pregunta acerca de cómo es posible mantener viva la invención y, al mismo tiempo, volverla explicable y examinable. La tópica intenta dar una respuesta al respecto. Aspira, podría decirse, a una creatividad controlable.

⁷ Cfr. Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, Munich, 5ª edición 1974 (1ª edición 1953); Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Francfort, 1978 (versión castellana de Manuel Atienza e Isabel Espejo: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1990).