

UNA CRITICA TEORICA DE LA TOPICA

FRANCISCO PUY
Santiago de Compostela

I

*Teorías de la tópica jurídica*¹ es una memoria doctoral leída en la Universidad de Oviedo el 8-6-1987, y elaborada por su autor en esa misma Universidad y en la de Munich de Baviera durante el bienio anterior. Constituye un excelente trabajo de investigación que por eso mismo merece atenta lectura y crítica seria, de modo que el lector español pueda beneficiarse de sus logros y evitar los fallos a que puede inducir. Hablemos en primer lugar de problemas de forma y luego entraremos en otros de fondo.

Advierto, ante todo, una cierta inadecuación en el título de la obra. Creo que reflejaría más adecuadamente el contenido un rótulo que hablara de *Crítica teórica de la tópica de Viehweg*, o algo similar. En realidad, se trata de una exposición, muy buena, del pensamiento de Theodor Viehweg (1907-1988), el maestro alemán recientemente fallecido; de su prolongación en otros secuaces; y de la crítica recibida por aquél y por éstos, de terceros y de ellos entre sí. En este sentido, el libro sería un homenaje al profesor alemán, si no enturbiara tal carácter una cierta agresividad en la exposición y, sobre todo, en la crítica de su pensamiento.

A mi modo de ver sobran en la obra ciertas expresiones demasiado duras sobre el prof. Viehweg², que además son completamente innecesarias. Ejemplifico con una que figura en el escarapate de la conclusión tercera, que dice así: «Se puede ver en las tesis de Viehweg un punto de incoherencia o un contenido trivial»...³. Es verdad que la habitual soberbia con que pontifican los maestros alemanes merece correctivos como los que aquí se reiteran... Pero, con todo, parece prudente evitarlos. Por el respeto a la distancia que da la edad —y ahora ya el tránsito— del viejo maestro, el joven investigador debe discrepar del mismo con ternura y con mesura. Y por respeto al principio del juego limpio, se deben atenuar los resultados de un estudio que aplica a la obra estudiada los criterios de trabajo intelectual que esta última desestima. Y aquí es donde reside el problema principal

1. GARCÍA-AMADO, J. A.: *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, 388 pp.

2. *Op. cit.*, ver p.e. en pp. 80, 81, 91, 104, 110, 113, 117, 119, 170, 224, 243, 245, 251, 262 (43), 326...

3. *Op. cit.*, p. 361.

que plantea este libro: en la comprensión de la tópica como método del pensamiento jurídico. Y con eso paso a ocuparme de los problemas de fondo que suscita el trabajo.

II

La *tópica* es un modelo de pensamiento que puede gustar o no. Ciertamente lo que no es ni quiere ser una *teoría*. Por lo tanto, si se recolectan en una obra tópica los tópicos que usa la tópica y se intenta hacer con ellos un montaje teórico, lo más probable es que resulte algo nada o muy poco comprensible. En la *tópica jurídica*, en efecto, no hay apenas ninguna *teoría*. Hay, eso sí, *retórica* o *dialéctica* hechas con tópicos. Pero no hay *ciencia*, ni *teoría*, construidas con *conceptos*. Es verdad —pero eso es otra cosa— que puede hacerse una *crítica desde supuestos teóricos* (o *científicos* o *sistemáticos*) de las *filosofías* (o *teologías* o *ideologías*) tópicas *crystalizadas en argumentaciones dialécticas* o *discursos retóricos*... A mi entender, ése es el objetivo que ha intentado alcanzar el autor de esta obra. Porque, repito, aunque la *tópica* no es una *teoría*, es posible *teorizar sobre la tópica*...

Ahora bien, al teorizar sobre la tópica se puede trabajar con vistas a alcanzar dos posiciones distintas: el «buen fin» de mostrar hasta dónde puede fundamentar ella misma una teoría; o el «mal fin» de demostrar que la tópica no tiene ningún valor teórico en absoluto. Me parece que García-Amado ha deslizado en su obra con demasiada frecuencia esta última voluntad argumentativa... Por lo tanto sugiero al lector que se *prevenga para contrarrestar* el desasosegante interés —que manifiesta el autor, con demasiada frecuencia y cuando menos se lo espera el lector— por querer mostrar las «contradicciones teóricas» o las «inconsecuencias sistemáticas» de los tópicos que usan los topicistas⁴. Por el contrario, cuando aparecen aspectos en que el topicista ha descubierto pasos metódicos, o verdades descriptivas, o fórmulas metodológicas que se estiman correctos o acertados, apenas lo destaca García-Amado. ¿No sería más positivo y creador subrayar tales aspectos precisamente?

III

Llama la atención en esta obra, por el esfuerzo que supone su digestión, la aparición de una abundante bibliografía realmente citada y manejada. Especialmente la alemana. Específico: la escrita en alemán. De ese campo se cosecha sin dejar nada para las espigadoras: aunque no sean sus autores alemanes; aunque no esté impresa en Alemania⁵. Se recoge todo, lo bueno, lo regular y lo malo, con tal de que esté escrito por alemanes, do quiera que sea, en la lengua que sea... Por la cuenta de la vieja he computado 28 autores hispanos y 181 extranjeros, lo que

4. Esas contradicciones e inconsecuencias existen realmente, no lo niego. Lo que pasa es que a los topicistas parece no importarnos mucho. Por tanto, parece tonto insistir en hacerle confesar al topicista criticado para que admita una y otra vez algo que ya consintió de entrada.

5. P.e. los trabajos de Viehweg impresos en Granada, en los *Anales de la Cátedra Suárez*, o en Santiago de Compostela, en el *Homenaje a Legaz*.

arroja una proporción aproximada de un hispano por cada seis extranjeros al mundo iberoamericano propiamente dicho.

Por lo que se dice en la introducción⁶, si ha ocurrido tal, no ha sido por casualidad: sino porque así se ha querido que sea. Bueno, pues resulta doloroso y preocupante comprobar que aquí, entre nosotros, parezca más interesante la lectura de alemanes de tercera, que la de españoles de primera. Por lo tanto, el lector que no quiera sufrir de colonialismo germánico en su cerebro, hará bien en completar la lectura de este libro con la de otros libros del elenco español dedicado al tema —y no sólo la literatura dedicada a Viehweg, aunque ésa también— para poder engarzar los propios puntos de vista —que en la obra de García-Amado dependen casi exclusivamente del lenguaje, las preocupaciones y el contexto germánico— con los puntos de vista del lenguaje, preocupaciones y contexto cultural español. Que aunque sea menos «guapo» que aquél —suponiendo que así sea—, pues es... el nuestro⁷. Lo que acabo de decir no me lo sugiere ningún vano espíritu de contradicción, sino la referencia al constate desasosiego que me ha producido el verme parachutado a un mundo jurídico-cultural completamente ajeno a nuestras preocupaciones —a las de nuestros jueces, abogados y juristas en general—. Sospecho que esa incomodidad la va a sufrir el receptor natural de este mensaje que será un lector español. Pues ningún alemán va a venir a enterarse de lo que decía o pensaba Viehweg en un libro español —aunque pueda haber alguna excepción, la cual deseo, para satisfacción de García-Amado—.

IV

En el mismo pórtico de la obra se ocupa de mí el prof. García-Amado en una llamada a nota, en la que dice así: «En lo que al tema de la tópica se refiere no podemos dejar de citar la obra de F. Puy *Tópica jurídica* (Santiago, Paredes, 1984), que se apunta a la práctica de una filosofía del derecho con método tópico y conforme a él analiza y desglosa los principales conceptos operantes en el derecho, mostrando su imbricación y su significado profundo en la tradición y en la realidad social en que se desenvuelven y se usan como argumentos». La nota concluye así: «En esta obra se contiene también el mejor estudio etimológico y lingüístico que conocemos sobre los términos *tópica* y *tópicos*»⁸... Ocurre, sin embargo, que en las casi 400 páginas del libro que comento, no se vuelve a mencionar mi obra, ni su contenido⁹.

La discordancia entre la generosa evaluación de la fuente y su nulo uso posterior me sume en la perplejidad. No acierto a comprender por qué razón se ha ignorado sistemáticamente el contenido de mi *Tópica jurídica* en esta revisión gene-

6. *Op. cit.*, p. 16, nota 2.

7. Debemos recordar en este punto que, hablando de tópica, tal aclimatación a la propia tradición del grupo en que se discute o discurrese es vital. El autor pudo aprender de las propias fuentes que cita (como puede comprobar el lector en la nota 30 de la p. 301; o en el texto de las pp. 355 y 356) que los *topoi* se encuentran dados «en el ámbito de un grupo social y una tradición jurídica»; y que los *topoi* son un «entramado de postulados, directivas o creencias tenidos por evidentes en la sociedad de que se trate»...

8. *Op. cit.*, p. 16, texto y nota 2.

9. Salvo la escueta mención en la relación bibliográfica general (*op. cit.*, p. 382).

ral de las *Teorías de la tónica jurídica*. Pues advierto, a este respecto, las siguientes anomalías:

a) Que probablemente no hay ni en España ni fuera de España otro volumen tan extenso (más de 800 pp.) dedicado a estudiar la tónica y los tónicos jurídicos más en uso en el actual lenguaje jurídico.

b) Que se trata de un libro en el que, con delicadeza y respeto, se trata de Viehweg, discrepando de sus posiciones y corrigiéndolas en parte y en parte desarrollándolas.

c) Y que mi obra no es flor aislada —si lo pudiera ser un trabajo de su magnitud—; sino que es la desembocadura de un proceso que empieza en la lógica y sigue los pasos sucesivos que conducen de la teoría lógica, sistemática y científica a la tónica cetética, retórica y dialéctica a lo largo de un período de casi 30 años de publicación escrita continuada¹⁰.

V

Retorno de nuevo al texto de García-Amado en el punto en que lo dejamos hace un momento. Porque la nota a que me acabo de referir apostilla un texto principal del siguiente tenor. «Creemos —dice García-Amado— que, por fortuna, en España se viene dando ya en los últimos años, por parte de los cultivadores de la filosofía del derecho, un adecuado planteamiento de la problemática metodológica mencionada. Sería muy largo y arriesgado tratar de enumerar las obras en que esto se pone de manifiesto». Las referencias a alguna literatura española no faltan en el trabajo. Son insuficientes, sin embargo, en mi opinión.

El lector, por tanto, deberá completar el panorama que se le ofrece con otras lecturas¹¹. De entre ellas recomiendo especialmente las de aquellos colegas que,

10. Destaco entre otras publicaciones mías referentes al asunto las siguientes: 1.º) *El problema del conocimiento en el pensamiento español del siglo XVIII*, «Anales C. Suárez» 1 (1961) 191 ss. 2.º) *La apología de los saberes en el pensamiento tradicional español del siglo XVIII*, «Convivium» 15 (1963) 75 ss. 3.º) *La metáfora del corazón en la filosofía jurídica agustiniana*, «Augustinus» 29 (1963) 41 ss. 4.º) *El problema de la lógica jurídica*, «Anuario de Filosofía del Derecho» 10 (1963) 51 ss. 5.º) *La notion de logique juridique*, «Archives de Philosophie du Droit» 11 (1966) 239 ss. 6.º) *La logique juridique en Espagne et en Amérique Latine*, «Annales F.D.S.E. de Toulouse» 15 (1967) 117 ss. 7.º) *El derecho y la naturaleza de las cosas*, «Anuario de Filosofía del Derecho» 12 (1966) 75 ss. 8.º) *Filosofía del derecho y ciencia del derecho*, «Boletim da Fac. de Direito de Coimbra» 48 (1972) 145 ss. 9.º) *El sentido de mi filosofar*, «Anales Cátedra Suárez» 15 (1975) 323 ss. 10.º) *Tónica argumental para el análisis de cada concepto filosófico-jurídico*, en mi *Guía pedagógica do Departamento de Filosofia do Direito*, 8.ª ed., Paredes, Santiago, 1979, pp. 37 ss. 11.º) *Os tópicos jurídicos fundamentais com bibliografia básica*, en mi *Guia da Filosofia do Direito*, 9.ª ed., Paredes, Santiago, 1983, 21 ss. 12.º) *Tónica jurídica*, Paredes, Santiago, 1984 (830 pp.). 13.º) *Algunos tópicos actuales sobre derechos humanos*, en los *Estudios Legaz*, t. 2.º, CEC, Madrid, 1985, pp. 275 ss. 14) *Perspectivas actuales de la filosofía del derecho*, «Anuario del CA de la UNED de Málaga» 1 (1987) 193 ss. 15.º) *El tópico «derechos humanos»*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» 95 (1987) 199 ss. 16.º) *La invocación de Dios en el actual lenguaje jurídico*, «Anales Cátedra Suárez» (1988) 487 ss.

11. He aquí como sugerencia una pequeña muestra: BATTRO, A.: *Los esquemas dialécticos*, «Revista de Filosofía» 16 (1966) 46 ss. CASAS, E.: *La retórica en España*, Editora Nacional, Madrid, 1980. CAYUELA, A.: *La retórica y la predicación sagrada*, «Razón y Fe» (1947) 263 ss. CONDE-SALGADO, R.: *Dialéctica y derecho*, «Anuario de Filosofía del Derecho» 13 (1967) 225 ss. COROMINAS, J.: *Tónica hespérica*, Gredos, Madrid, 1972. DAROS, W. R.: *Presupuestos filosóficos del método dialéctico y del método científico*, «Pensamiento» 42 (1986) 63 ss. DIAZ, C.: *¿Un nuevo concepto de dialéctica?*, «Estudios» 28 (1972) 229 ss. DOTTI, J.: *Dialéctica y derecho*, Hachette, Buenos Aires, 1983. FERNÁNDEZ-ESCALANTE, M.: *Topónima Ibérica*,

como yo mismo, dedican o han dedicado una buena parte de su producción a este campo de la tópica, la cetética, la retórica y la dialéctica jurídica. Me refiero concretamente a Manuel Fernández-Escalante, Angel Sánchez de la Torre, Juan Antonio Sardina-Páramo, Tercio Sampaio-Ferraz, Juan Vallet de Goytisolo, Vladimiro Lamsdorff-Galagane, etc.

En cuanto al autor, *quod scripsit, scripsit*. La lectura y digestión de aportaciones hispanas, además de gratificar con una aclimatación de la obra al lenguaje, a la problemática, a la conflictividad y la terapéutica de nuestras cuestiones, podría haberle animado a un cambio sustancial en su actitud respecto al asunto de su atención. Es grande lástima que un excelente conocedor de la tópica — como sin duda lo es García-Amado — emplee sus magníficos conocimientos en la materia para representar el antipático rol del fiscal acusador, en lugar de recitar el atractivo papel del abogado defensor.

El desprecio hacia la tópica, la cetética, la retórica y la dialéctica que muestra el autor en esta obra es verdaderamente llamativo. Creo que obedece, en parte al menos, a un mal entendido celo por su otro amor: por la teoría, la ciencia y el sistema... Comoquiera que los amores no son incompatibles, sería de desear que todos, lectores y autor también, aprendiesen a estimar la tópica, sin mengua del respeto por la ciencia.

Tengo para mí que el terrible obstáculo que significa el idioma alemán ha influido también en inclinar al autor hacia una actitud negativa y crítica de la tópica, que desde luego no comparto. Hago votos porque, cuanto antes, se produzca una rectificación o una conversión. Porque así como es cierto que no se puede amar lo que se desconoce, también es cierto que no se puede comprender lo que no se ama... Y quizá por eso, séame permitido decir, con toda delicadeza y sin ánimo de hostigamiento, que tengo la impresión de que el autor no ha comprendido del todo lo que es la tópica, y que por ello este libro, a vueltas de tanta información, da una imagen infiel del asunto.

VI

Para entender la tópica se hace recomendable practicar aquello de «leer menos noticieros (de la teoría) y viajar más por el país (de la experiencia jurídica)». Hay

Mojarro, Huelva, 1976, GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, A.: *Dos modelos del pensar dialéctico*, «Verbo» 18 (1979) 349 ss. GONZÁLEZ-POLA, M.: *La dialéctica, arte liberal de San Isidoro*, «Philippiniana Sacra» 14 (1970) 163 ss. HEGENBERG, L.: *Algúns tópicos de lógica e filosofía do linguagem*, «Convivium» 11 (1968) 47 ss. LAMSDORFF-GALAGANE, V.: *La dialéctica marxista*, «Verbo» 18 (1979) 367 ss. LERTORA-MENDOZA, C.: *La tópica en la lógica jurídica*, «Anuario de Filosofía del Derecho» 18 (1976) 203 ss. MOYA-VALGAÑÓN, C.: *Razón dialéctica y razón analítica*, «Anuario de Filosofía del Derecho» 11 (1964) 199 ss. QUINTAS, A. M.: *Razonamiento categórico y razonamiento tópico en la jurisprudencia*, «Einos» 11 (1983) 215 ss. RABANAL, M.: *Hablas hispánicas*, Alcalá, Madrid, 1967. SAMPAIO-FERRAZ, T.: *Justiça e tópica jurídica*, «Estudios de Derecho de Antioquia» 77 (1970) 195 ss. ID. ID.: *Introdução ao estudo do Direito*, Atlas, São Paulo, 1988. SÁNCHEZ-TORRE, A.: *Los griegos y el derecho natural*, Tecnos, Madrid, 1982, ID. ID.: *Desde la justicia de la venganza hasta la justicia civil*, Reus, Madrid, 1986. ID. ID.: *El derecho en la aventura europea de la libertad*, Reus, Madrid, 1987. ID. ID.: *Estudios de arqueología jurídica*, Dykinson, Madrid, 1988. SARDINA-PÁRAMO, J. A.: *Topoi retóricos y temática insnaturalista*, CSIC, Zaragoza, 1980. ID. ID.: *Filosofía e historia del derecho*, en los *Estudios Otero-Varela*, Univ. de Santiago, 1981, 795 ss. TIERNO-GALVÁN, E.: *El tópico, fenómeno sociológico*, en sus *Escritos 1950-1960*, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 187 ss. VALLET-GOYTISOLO, J.: *La jurisprudencia y su relación con la tópica*, en sus *Estudios sobre fuentes*, Montecorvo, Madrid, 1982, 799 ss. VÁZQUEZ, F.: *Significación metafísica de la dialéctica*, «Estudios» (1962) 225 ss.

que analizar la experiencia jurídica, empezando por la propia. ¿Cómo funciona en la realidad la toma de decisiones jurídicas? Hay que estudiarlo despacio... y luego sacar conclusiones sobre lo que significa el método tópico. Quiero decir, juzgar así si este método describe correctamente la realidad, o no. Y si esa descripción alcanza valor normativo, o no. Recordemos a Sócrates. ¿Se quiere aprender a hacer zapatos? Pues hay dos caminos. El teórico, que consiste en leer unas instrucciones. Y el práctico, que consiste en ver e imitar a un zapatero mientras los hace. Se resolverán todas las dudas como por encanto... si se tiene en cuenta que las instrucciones de manufactura son simplemente una traducción —con paso de cópula en es, a cópula en será, o en debe— a lenguaje normativo del relato de la acción observada hecho en lenguaje descriptivo...

Vayamos, con ese criterio, a la duodécima conclusión, que es la que resume el espíritu de todo el libro que comento (no su letra y su temática, que es mucho más rica). Subraya en dicho lugar García-Amado que el «interrogante central de la metodología jurídica contemporánea es la cuestión de la racionalidad jurídica en cuanto al juego de decisiones valorativas que la... originan»¹²... García-Amado cree que para eso apenas sirve respuestas la tópica. Pues claro que no.

Pero si la experiencia de cómo deciden el legislador, el gobernante y el juez, además del notario, el abogado, el dictaminante, y todos los juristas, nos dice que las cosas ocurren de otra manera ¿no será que la pregunta sistemático-teórico-científica estará incorrectamente propuesta? No digo que dicha cuestión sea innecesaria. Digo, sólo, que quizá sea insuficiente...

El punto de vista tópico —que comparto— es que *el problema central del derecho y de la jurisprudencia contemporánea (y de siempre) no es el de la racionalidad de la decisión jurídica.*

Tal problema existe. Pero no es el fulcro, sino una parte nada más del conjunto. No es la meta, sino nada más que una etapa de un camino cuya meta está más allá.

El problema de la jurisprudencia y del derecho es la aceptabilidad de la decisión jurídica.

De ahí la importancia de la racionalidad. Pues convengo en que una decisión «racional» (calculada, cuantificada, lógica, sistemática) ya tiene mucho adelantado para que sea aceptable y aceptada. Pero lo uno no implica lo otro. Antes bien, en los casos controvertidos, se supone que al menos una de las partes discrepa de la otra en no considerar racional lo que la segunda sostiene... La tópica, la cetética, la retórica y la dialéctica simplemente avisan de que *la ciencia, la dogmática, la teoría y el sistema sirven de mucho, en la jurinormación, en la jurisdicción y en la jurisprudencia, pero no bastan para resolver con decisiones efectivas todos los problemas jurídicos reales.*

Desde el punto de vista tópico, por lo tanto, es *mejor tomar desde el principio medidas para prevenir que se llegue a lo peor; a la aporía; a la situación en que hay que resolver dentro de un plazo fijo un conflicto que no se puede prolongar (al menos sin provocar otros mayores y peores).* Es que los teóricos se creen que el decisor

12. *Op. cit.*, p. 369.

siempre tiene todo el tiempo que necesita para razonar (calcular) su decisión. No ocurre tal caso nunca. El decisor casi siempre tiene que resolver contra el reloj. Y entonces —es decir, siempre— *decide lo que decide, soluciona lo que soluciona, pacifica lo que pacifica: y hay que encontrar eso que resuelve lo que es preciso resolver, ya y sin demora, en cada caso.* ¿Es un consenso anticientífico? Pues vale. ¿Es un reparto ilógico? Pues vale. ¿Es una elección azarosa? Pues vale. ¿Es un sorteo o cualquier otra forma aún más «irracional» de decidir, como un duelo, o una ordalía de agua, fuego o sangre, o un sacrificio cruento? Pues vale...

En fin, el punto de vista tópico es que *la jurisprudencia y la jurisdicción y la jurisnormativa, en suma, que el derecho tiene por fin prevenir la ocurrencia de conflictos antes de producirse, así como resolverlos al menor costo cuando se han producido.* Y que, por el contrario, *no es el fin del derecho crear normas, sentencias o dictámenes muy racionales, lógicos, científicos y sistemáticos... si no resuelven el conflicto inminente o ya incoado...* ¿Y si lo resuelven? Pues magnífico. Pero magnífica la teoría, la dogmática, la lógica, la ciencia o el sistema, porque se evitó el dolor, el daño, la sangre, etc..., que no porque constituya una «obra de arte» teórica, dogmática, lógica, científica o sistemática...

Ahora bien, eso es lo que significa *pensar jurídicamente por la vía cetética de la tópica, la retórica y la dialéctica —en lugar de por la vía dogmática de la teoría, la ciencia y el sistema—: buscar dictámenes, sentencias y normas que sean resolutivas y pacificadoras, antes que racionales y lógicas...* y sin hacer ascos a que también resulten ser esto mismo, por añadidura.