
TÓPICA JURÍDICA y RETÓRICA
JURÍDICA. UN ENSAYO DE DISTINCIÓN

FRANCISCO PUY MUÑOZ

SUMARIO: I. *El rechazo de la retórica jurídica en el siglo romántico.* II. *Concepciones de la retórica jurídica en el siglo XX.* III. *La discusión sobre la tópica jurídica.* 1. *¿Es inequívoca la denominación tópica jurídica?* 2. *¿En qué consisten los tópicos?* 3. *¿Existe alguna jerarquía u orden de alineación entre los tópicos?* 4. *¿Qué problemas puede resolver la tópica jurídica con ventaja?* 5. *¿Dentro de qué modelos de discurso puede instalarse la tópica jurídica?* 6. *¿Cómo es posible el consenso tópico?* 7. *¿En qué se basa la plausibilidad tópica?* 8. *¿Cuáles son las causas del asentimiento tópico?* 9. *¿A quiénes es común el lugar común tópico?* 10. *¿En qué consiste la tópica jurídica?* IV. *Concepciones de la tópica jurídica.* V. *Conclusión.*

Desde Aristóteles, la tópica ha sido considerada una introducción a la retórica, y ello ha movido a muchos filósofos del derecho contemporáneos a pensar que la tópica jurídica es simplemente un primer capítulo de la retórica jurídica. En las páginas que siguen se sugiere que entre la nueva tópica jurídica y la nueva retórica jurídica (las posteriores a 1945) ya no existe una correspondencia unívoca o unidireccional (la señalada por la es-

cuela aristotélica), sino que se da más bien una correspondencia biunívoca, o sea, que además de unívoca es recíproca, lo que permite invertir la correspondencia y plantear la relativa autonomía de ambas formas de pensamiento. En consecuencia, en este ensayo se mantiene:

- a) Que en la actualidad parece más adecuado describir la tópica jurídica y la retórica jurídica como formas autónomas de conducir el pensamiento jurídico, aunque relacionadas en cuanto que ambas artes pueden servirse la una a la otra de conocimiento terminal o introductorio; y por tanto, que parece razonable comprender la tópica jurídica y la retórica jurídica como formas de pensamiento jurídico no sólo distintas entre sí, sino también distintas de la forma de pensamiento llamada científica.
- b) Que la tópica jurídica actual puede valorarse como una forma más completa de pensamiento jurídico que la retórica jurídica, al menos desde la perspectiva de su capacidad para brindar más soluciones teóricas, y de aportar más técnicas prácticas para la solución de los problemas peculiares que presenta el panorama de la experiencia jurídica que dibuja el incipiente siglo XXI.
- c) Parece muy conveniente proceder en los estudios jurisprudenciales de acuerdo con la descripción y la valoración que se acaban de formular.

I. EL RECHAZO DE LA RETÓRICA JURÍDICA EN EL SIGLO ROMÁNTICO

La retórica ha sido siempre (siempre quiere decir, desde el siglo VII a. C.) cosa de juristas. También de teólogos, filósofos, moralistas, economistas, humanistas y políticos: pero sobre todo, de juristas. La retórica ha sido el arte o la técnica básicos de la jurisprudencia en la Mesopotamia, la Anatolia y la Hélade clásicas, en la Roma imperial, en el Bizancio dorado, en el Sacro Imperio medieval, en la Europa y la América modernas, y en el Occidente pluralista actual. Su permanente aceptación sólo ha sido puesta

TÓPICA JURÍDICA Y RETÓRICA JURÍDICA. UN ENSAYO DE DISTINCIÓN

en solfa, en realidad, por parte del cientismo jurídico romántico, que se alargó entre las guerras liberal burguesas suscitadas por Napoleón a comienzos del siglo XIX, y las guerras nacional socialistas promovidas por Hitler e internacional socialistas promovidas por Stalin a mediados del siglo XX.

Aunque hoy día la retórica jurídica ocupa una ancha franja del reino de la jurisprudencia, la situación vivida entre 1800 y 1950 ha dejado una herencia de resistencias. Las principales objeciones que se oponen ahora a la aceptación teórica y al empleo práctico de la retórica jurídica se pueden reducir buenamente a tres que podemos enunciar así: a) La retórica debe ser eliminada de la jurisprudencia porque es *metajurídica*. b) La retórica debe ser eliminada de la jurisprudencia porque es *antijurídica*. e) La retórica debe ser eliminada de la jurisprudencia porque es *ajurídica* ... Obviamente, no faltan quienes alegan las tres cosas a la vez.

a) Desde la primera perspectiva, la del supuesto carácter *metajurídico* de la retórica, la acusación denuncia que excede el ámbito de lo jurídico, y que constituye un campo metajurídico en el que se pierde el rigor del lenguaje técnico, la pureza teórica, y la formalidad de la ciencia, así como la exactitud de la razón, y la solidez de la sistematización.

b) Desde la segunda perspectiva, la del supuesto carácter *antijurídico* de la retórica, se admite que ella tiene algunos elementos comunes con el derecho, puesto que ambos se asientan en el dominio de la práctica. Pero tras admitir eso se añade que se debe tender a reducir al máximo el papel de la retórica en el ámbito del pensamiento y la comunicación jurídica, con el fin de evitar algunas distorsiones o perjuicios graves, o de reducir los que resulten ser inevitables. Entre tales perjuicios se suelen enumerar éstos:

a') La tendencia a hacer prevalecer la mentira sobre la verdad, o la opinión sobre la demostración.

b') La propensión a anteponer la descripción de los hechos a la calificación técnica de los mismos.

c') El deslizamiento hacia el incumplimiento de las normas, o la desviación hacia el menosprecio del ordenamiento, o en definitiva, el corrimiento hacia la instalación en la anomia.

d') Por consiguiente, la progresiva pérdida de la seguridad jurídica, que siempre retrocede ante las trampas habilidosas del rétor que es capaz de defender como justas una posición y su contraria, a la vez.

c) Desde la tercera perspectiva antes nombrada, la que subraya el supuesto carácter *ajurídico* de la retórica, se denuncia ahora que este método incumple la exigencia de definición de todo derecho, que es consustancial al derecho. Esta exigencia, se dice, quiebra con la retórica, puesto que ésta no tiene más remedio que funcionar con nociones equívocas, vagas y fluctuantes. De eso se deduce que la retórica es una metodología equívoca, indefinida y fluctuante, sobre cuya sustancia, estructura y aplicaciones no existe un consenso mínimo; y, al contrario, sobre la que pesa un consenso generalizado a lo largo del siglo XIX, que la descarta de los programas y cátedras de las facultades de derecho, y de las escuelas especiales de las profesiones jurídicas.

De hecho, la retórica jurídica fue suprimida con trampa de los planes estatales de los estudios jurídicos, cuando se substituyó la clase de *retórica* por la de *derecho procesal*, con la excusa de que se trataba de lo mismo. Y al principio lo fue. Pero, luego, los procesalistas inventaron su "teoría general del proceso" y se pasaron al campo dentista. Con lo cual, dejaron yermo el suyo propio, cesando de producir los frutos pedagógicos que tan necesarios eran, y son, para la buena práctica de todos los operadores jurídicos; los cuales no son otra cosa que comunicadores especializados en la defensa de los derechos amenazados de los individuos.

De los tres bloques de problemas que se acaban de enunciar, el principal es el tercero, por lo que conviene abordarlo en primer lugar. ¿Es la retórica una idea *ajurídica*? Si se analiza el concepto de retórica puntualmente, más bien se concluye lo contrario.

¿Qué significa retórica? La retórica es un tópico que como todos los tópicos tiene dos caras valorativas, una positiva y otra

negativa, que son inseparables en sí, aunque quien lo usa tiene la facultad y la obligación de separarlas. Ambas aparecen pulcramente señaladas por el *Diccionario de la Lengua Española* (22a. ed., 2001), que ofrece cuatro significaciones.

Las dos primeras dan la cara bella de la retórica, la que contiene su imagen o su estimación positiva, y la describen así: retórica (buena) es en primer lugar, el *arte de bien decir; o sea, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar; persuadir o conmover*. Por tanto, en segundo lugar, también es retórica (buena) la *teoría de la composición literaria y de la expresión hablada*.

La cara negativa aparece a continuación diseñada en otras dos instantáneas, que suenan así: retórica (mala) es el *uso impropio e intempestivo del arte de bien decir*. Retórica (mala) son, asimismo, las *sofisterías o razones que no son del caso*.

Naturalmente, para hablar en serio de retórica jurídica hay que aceptar la primera cara y rechazar la segunda. Pero ello, sin olvidar que existe, porque la mayoría de los sofismas que se comenten hablando contra la retórica jurídica esconden la sustitución de una cara por la otra, ocultando el valor negativo que se introduce en el razonamiento, e incurriendo en el *quaternio terminorum*, o sofisma del cuarto término.

La cara positiva de la retórica ha sido reconocida y retratada en todos los tiempos. Pondré como ejemplo de lo que digo tres definiciones que son sucesivamente de origen helénico, medieval y romántico:

- a) La retórica es el arte de la persuasión.
- b) La retórica es el arte que enseña a hablar con sabiduría, conveniencia, placidez, pulcritud y corrección.
- e) "La retórica es el arte de mover y conmover a los seres humanos mediante la palabra sin profanarlos".

II. CONCEPCIONES DE LA RETÓRICA JURÍDICA EN EL SIGLO XX

Eso es la retórica en general. Pero, ¿qué es la retórica jurídica? La retórica jurídica es, de entrada, lo mismo. Porque así es, decía

Isidoro de Sevilla (en *Etim. 1, 2, 1*) que la retórica "Se considera sumamente imprescindible en los asuntos civiles" (literalmente, *maxime in civilibus quaestionibus necessaria existimatur*). De acuerdo con esa idea se puede afirmar que *la retórica es la ciencia o el arte de la persuasión para la acción de contenido jurídico-político*. Y ésta es, en mi opinión, una noción general perfectamente aceptable.

Eso no obstante, si se desea deslindar la retórica genérica de la retórica jurídica, se puede decir que *la retórica general es el arte de persuadir con la palabra, y la retórica jurídica es el arte de persuadir con la palabra a alguien para que respete un derecho o cumpla una obligación derivada de un contrato o una norma provista de coacción, prescindiendo de dicha coacción*.

Ahora bien, estas nociones no las aceptan en general los científicos. Por tales tengo, para el caso, a aquéllos para quienes la retórica no es más que "Un uso pautado del lenguaje jurídico, orientado por muy difusas tradiciones culturales, no asimilables a directrices metodológicas objetivas". Esa posición, tan poco receptiva que pisa la frontera de la intolerancia, no es la más abundante en el mundo occidental en los inicios del siglo XXI. Por el contrario, predominan otras, claramente proclives a la aceptación de la retórica jurídica, y a la reposición de la misma -como una varilla más del abanico de las disciplinas y artes jurídicas- en el lugar de honor que le corresponde en el marco de la jurisprudencia.

Desde esta perspectiva, lo más llamativo que ofrece la más reciente aportación en la materia es la paulatina elaboración de unas teorías, e incluso de unos sistemas retóricos elaborados a partir de las experiencias jurídicas reales -como antes lo fuera la ciencia jurídica dogmática o sistemática- pero que quieren roturar otros campos no roturados aún, y completar las muchas impotencias de que adolece todavía el conocimiento jurídico. Aludo a obras como las que han dado justa fama a autores como Aulis Aarnio, Robert Alexy, o Carlos Nino. Esa actitud se puede describir diciendo que se trata de pasar de niveles de "arte no teorizado" a niveles de "teorización del arte". Se puede comprobar en la media docena de recientes intentos de definir la retórica jurídica que reproduzco a continuación:

TÓPICA JURÍDICA Y RETÓRICA JURÍDICA. UN ENSAYO DE DISTINCIÓN

- a) La retórica jurídica es *u* el arte de transformar en fuertes, mediante la comunicación, posiciones que de suyo son débiles dentro de un juego jurídico dado".
- b) La retórica jurídica es *u* una doctrina del discurso ligado a la variación de las circunstancias sociopolíticas que concurren en un caso jurídico conflictivo".
- c) La retórica jurídica es *u* una reflexión crítica sobre la lógica del discurso jurídico".
- d) La retórica jurídica es *11* el análisis de los medios para convencer que pueden ser utilizados en la resolución de conflictos jurídicos concretos".
- e) La retórica jurídica es *11* Una técnica formal enderezada a arrastrar el ánimo de los oyentes, transformando con las palabras la realidad de los hechos jurídico-políticos desencadenantes de un conflicto".
- f) La retórica jurídica es *11* Una disciplina que trata de establecer la racionalidad prudencial del discurso jurídico en función de los argumentos empleados, los actores declamantes, y el diálogo desenvuelto en cada caso".

¿Cuál de esas definiciones es buena? Yo ya me he pronunciado antes por la que postula que *la retórica jurídica es el arte de persuadir con la palabra a alguien para que respete un derecho o cumpla una obligación derivada de un contrato o una norma provista de coacción, prescindiendo de dicha coacción*. Pero, en realidad vale igual cualquiera de las enunciadas, u otras que se pudieran recordar o inventar. Hay que tener en cuenta que la pretensión de establecer definiciones únicas y excluyentes es simplemente una insostenible pretensión cientista. Una pretensión, por cierto, insostenible después que se han encadenado unos pocos argumentos dentro de una misma teoría. Una pretensión que, además, en buena parte oculta un sofisma, pues consiste en sustituir términos o expresiones descriptivos, valorativos o normativos de un caso para otro, simulando que se trata del mismo y, sobre todo, simulando que no se está en otro lugar y en otro tiempo.

La ficción consistente en detener el reloj del tiempo subyace en todo cientismo jurídico. Y es ficción, ficción pura, porque nada

ni nadie puede parar el transcurso del tiempo, ni el cambio de la naturaleza de las cosas en que el tiempo consiste. Teniendo eso en cuenta, la retórica establece que cada una de sus nociones vale para el contexto (temporal, espacial, cultural, lingüístico) en que se enuncia ... Y sostiene que fuera de dicho contexto, en otros contextos, sólo seguirá valiendo bajo la ficción de haber detenido el tiempo (y los cambios locativos, culturales, personales, etc., que arrastra el tiempo consigo); salvo si, por casualidad, el caos produce otra situación análoga a la que se acepta como originaria, cosa improbable puesto que el cálculo de probabilidad sólo concede a esa probabilidad un cociente en que la unidad aparece dividida por muchos millones.

Los razonamientos anteriores ayudan a advertir las falacias implícitas en los restantes problemas enumerados por adelantado y por vía de ejemplo.

El carácter *metajurídico* de la retórica queda descartado, a no ser que también se quiera dictaminar el carácter meta jurídico de la ciencia. La jurisprudencia científica no es, en realidad, otra cosa que una de las formas posibles de jurisprudencia retórica: la que gusta de persuadir presumiendo de aportar una argumentación adornada de rigor geométrico aritmético. La distinción entre *ars* y *sciéntia* no es tan rígida como postuló el positivismo jurídico, sino tan flexible como constataron los glosadores y dialécticos medievales. Razón y emoción no son potencias contradictorias, sino solidarias. La psicología del lenguaje pone de manifiesto que efectivamente en las palabras hay "poder mágico". La retórica del legislador, del juez o del abogado no hace otra cosa que aplicar pragmáticamente esa magia, hábilmente mechada en la carne reseca de la lógica.

Igualmente hay que desestimar por su rigidez abstracta, que desmiente la experiencia concreta, el supuesto carácter *antijurídico* de la retórica. Por el contrario, los juristas han sido siempre alumnos y maestros de retórica; y ellos mismos, los mejores rétores, tanto en el foro, como en el tribunal, el parlamento, la asamblea, el mercado, la negociación, la prensa y los ulteriores medios masivos de comunicación. Lo cierto es que *sin retórica no hay más ley*,

sino menos justicia; e igualmente, con retórica no hay menos seguridad jurídica, sino más libertad general (individual y colectiva).

¿Parece excesiva esta última afirmación? Pues repárese en que las horas más bajas de la retórica jurídica han coincidido con las épocas de apogeo de los grandes sistemas autoritarios o totalitarios (Napoleón, Bismarck, Lenin, Roosevelt, Hitler, Stalin) y será fácil inferir que donde hay jurisprudencia retórica impera la libertad; y que donde no la hay, impera la tiranía. Por lo demás, estas vivencias comenzaron a comprobarse por lo menos desde el final de la tiranía de Siracusa en 467 a. C.

Desde ese punto de vista resulta esperanzador observar que la vuelta de la jurisprudencia a la visión y la metodología retórica es un claro augurio de que los sistemas políticos de libertad gozan de buena salud. Y el hecho es evidente, como muestra la bibliografía jurisprudencial de los años de transición del siglo XX al siglo XXI. Esa bibliografía muestra el incremento de estudios que se desenvuelven de acuerdo con los cánones de la retórica, y también de estudios teóricos sobre el método retórico.

Ahora bien, mezclados con los trabajos expresamente dedicados a la recuperación de la retórica jurídica y de la teoría de la argumentación jurídica, que son evidentemente la misma cosa, es posible también encontrar con frecuencia estudios teóricos de tónica jurídica y aplicaciones prácticas del método tónico, cuya afinidad con los anteriores no queda siempre suficientemente clara. ¿Se trata de la misma cosa nombrada con dos enunciados diferentes, tomando la parte por el todo, por simple lujo expresivo? ¿Se trata de dos cosas distintas por sus significantes y por sus significados, quizás, incluso incompatibles o contrapuestas? ¿O probablemente son dos orientaciones que parten de premisas semejantes y buscan objetivos similares, pero trabajan con medios diferentes, por lo cual pueden estar llamadas a la cooperación y la integración, sin perjuicio de su distinción? Para responder a esas preguntas es conveniente hacer una reflexión, aunque sea somera, sobre el significado que tiene la discusión sobre la tónica jurídica que ha tenido lugar en nuestros días.

III. LA DISCUSIÓN SOBRE LA TÓPICA JURÍDICA

La tónica jurídica es una forma específica de comprender el arte jurídico que fue olvidada en las facultades de jurisprudencia del siglo XIX (aunque se salvó gracias a los filólogos y gramáticos), y que resucitó después de 1945, habiendo sido bien recibida por muchos operadores jurídicos en el mundo occidental después de esa fecha. Sin embargo, muchos profesores en los ámbitos universitarios han tendido a desdeñarla o ningunearla, como consecuencia inevitable de estar demasiado apegados a las teorías "puras", encandilados con los sistemas "fuertes" y embobados con las diversas formas del pensamiento "duro".

Los problemas de la imagen conceptual y de la definición verbal de la tónica jurídica (al segundo me referiré después con más detalle) han movido a muchos puristas a rehuir la aceptación de la tónica jurídica, al tiempo que transitaban por su camino. Un camino, por otra parte, considerado una escalada demasiado difícil y peligrosa. Y es cierto que la tónica jurídica no abre un camino alfombrado de flores a los juristas que se deciden a cultivarla. Pero ése es uno de sus atractivos. Hasta diez difíciles escarpaduras debe superar la escalada del operador o profesor jurídico que se interese por comprender y utilizar la tónica. Como es conveniente avisar de ellas, pero no podemos entretenernos excesivamente en su análisis en este momento, las vamos a fijar en unas preguntas y respuestas redactadas del modo más lacónico que podamos conseguir.

1. ¿Es inequívoca la denominación tónica jurídica?

No lo es, contestan algunos críticos, pues según los casos, unos denominan la tónica *ereusis*, otros *inventío*, otros *casuística*, otros *problemática*, otros *topología*, otros *pensamiento débil*, y otros incluso *retórica* o *dialéctica*...

Todo eso es cierto. Pero también lo es que la *tónica jurídica* se denomina así, *tónica jurídica*, con generalizada aceptación. Y eso significa que no hay inconveniente en denominarla con otras

TÓPICA JURÍDICA Y RETÓRICA JURÍDICA. UN ENSAYO DE DISTINCIÓN

expresiones simples o compuestas, producto de la diversidad de lenguas, tiempos y escuelas, como las indicadas: *ereusis, retórica, inventio, ars ínveniendí praemíssae, invención, inventiva, topología, dialéctica jurídica, casuística jurídica, escuela del derecho libre, pensamiento jurídico débil*, etcétera.

2. *¿En qué consisten los tópicos?*

La propensión a llamar tópicos sólo a los lugares comunes falsos, o malos, o inútiles o perjudiciales es a mi entender la causa principal de muchos rechazos de la tópica; sobre todo, de aquellos de carácter subliminal. La escuela orteguiana difundió entre los pensadores españoles la idea de que los tópicos son uopiniones establecidas que imponen una coacción sin alma". Superado ese prejuicio resta otro obstáculo bastante operativo: la tendencia racionalista a rechazar toda verdad propia de un universo reducido (que son las únicas verdades realmente manejables por la capacidad humana) y a no aceptar más que verdades válidas en el universo cósmico (las cuales no pueden sobrepasar por su propia índole el número escaso de los postulados de la razón práctica). Otro obstáculo estriba en la creencia de que los tópicos son sólo expresiones, o sólo definiciones, o sólo principios, o sólo argumentos, o sólo teorías, siendo así que los hay de todas esas clases.

En efecto, los tópicos son cualesquier datos comunicativos cuyo contenido compartan, por la razón que sea, todos los íntercomunicantes coincidentes en un momento dado en un colegio cualquiera. Por tanto, un tópico puede ser una estructura más o menos simple, con tal de que funcione de hecho como premisa aceptada sobre la que continuar intercomunicando, para seguir avanzando juntos, de una proposición en otra, hasta confluir en la proposición buscada de carácter normativo o deóntico.

3. *¿Existe alguna jerarquía u orden de alineación entre los tópicos?*

En principio, no. Ni siquiera la justicia es admitida por todos y siempre como el tópico supremo del valor jurídico. Los tópicos

no están, ni pueden estar jerárquicamente ordenados de un modo fijo. Su jerarquización es siempre efímera. Su jerarquización no involucra más número de ellos que los que se pueden contar con los dedos de una mano, ni rebasa apenas el tiempo que se tarda en contarlos. Ninguna jerarquización de tópicos de valor puede rebasar la unidad de tiempo y espacio de una escena o situación teatral, o sea del caso jurídico para el que se consiente.

De ahí ha deducido el pensamiento racionalista o cientista la convicción de que la tópica jurídica no es un método o arte aceptable, precisamente por ser incapaz de fijar el rango, o los rangos, de sus elementos.

En este caso la objeción es falaz porque aunque la tópica no jerarquiza los tópicos, sí los ordena de forma igualitaria. Lo que afirma la tópica es que no hay una jerarquía permanente en el universo de los valores, sino que cada pequeño universo tópico jerarquiza el subgrupo de valores que maneja de una forma distinta en cada caso. Y por lo que se refiere al universo de los valores en absoluto o en abstracto, el criterio alfabético (propio de los diccionarios o vocabularios) es el criterio de orden característico de toda tópica. Tal criterio no sólo ordena los términos (como salta a la vista en los diccionarios), sino también las expresiones, definiciones, principios y argumentos. Sólo que estos elementos complejos no se ordenan por ellos mismos, sino que se "cuelgan de la percha" del término o términos más característicos dentro de sus componentes.

Atendiendo a esta objeción hay que añadir todavía que la tópica jurídica no excluye la discusión sobre la jerarquización de los tópicos manejados en cada caso debatido, antes bien, la reclama. La razón de ello es que el procedimiento de jerarquizar argumentos o cuestiones es insustituible para poder ir practicando la sucesiva exclusión de los lugares no comunes, de manera que se vayan depurando los comunes que conducen al consenso.

4. ¿Qué problemas puede resolver la tópica jurídica con ventaja?

La respuesta a esta pregunta suscita siempre propuestas de exclusivismo, o de tenor excluyente, las cuales se arguyen también

TÓPICA JURÍDICA Y RETÓRICA JURÍDICA. UN ENSAYO DE DISTINCIÓN

como objeciones insalvables contra el arte de que tratamos. En esta línea, piensan algunos teóricos que la tópica jurídica sólo tiene vigencia en el ámbito de la argumentación judicial. Otros, en cambio, sólo la ven funcionar en el campo de la argumentación procesal. Otros, en el de la argumentación electoral. Otros, en el de la argumentación parlamentaria. Otros, en el de la argumentación colegial, o claustral, o académica, y así sucesivamente. Pero no hay tal.

El arte de la tópica es un invento de juristas y para juristas. Por tanto, la tópica sirve igual para resolver problemas jurídicos *stricto sensu*, que problemas jurídicos *lato sensu*: políticos, económicos, sindicales, municipales, parlamentarios, contractuales.

Análogamente, el arte de la tópica se puede aplicar con parecido fruto en unas u otras ramas del derecho: civil y mercantil, penal y penitenciario, contencioso y administrativo, social y laboral, militar o bélico, etc. Y también para todas las posibles funciones jurídicas: jurisprudenciales, jurisdiccionales, normativas, defensivas, fehacientes, arbitrales, etcétera.

5. *¿Dentro de qué modelos de discurso puede instalarse la tópica jurídica?*

Como Aristóteles puso la tópica como antesala de la retórica, existe la idea difusa de que una y otra arte se confunden, y de que consiguientemente la tópica es una parte de la retórica que no puede ser utilizada fuera de su marco. Y sobre todo, que no tiene sentido en el discurso dialéctico, ni en el discurso lógico formalizado. Por ahí se originan también no pocos rechazos a la tópica desde mentalidades científicas o para científicas. Pero tales planteamientos no son correctos.

La tópica es un arte de localizar premisas que permitan encontrar consensos sobre los que se puedan asentar actuaciones cooperativas y solidarias. Todo discurso, comunicación o diálogo dirigido a resolver una antinomia objetiva o una confrontación subjetiva tiene que avanzar eliminando zonas de disenso a partir de otras de consenso. Como la especialidad de la tópica es

ir descubriendo y estableciendo éstas, parece que ella tiene ofertas interesantes para cualquier pensamiento comunicativo, incluido el dialéctico y el científico.

En efecto, dado que la tópica sirve para dar apresto y pujanza a cualquier discurso en que se pretenda alcanzar un consenso a partir de la idea de que nadie será obligado a aceptar como incuestionable más que lo que se acuerde que lo es en la propia discusión, debemos concluir que ella se integra óptimamente en todos los modelos básicos del discurso humanístico, que son el retórico y el dialéctico; y que también tiene utilidad en el discurso científico, cuyos tópicos iniciales imprescindibles son los postulados y los axiomas.

Adviértase que no hay discurso (aunque sea breve) que no tenga que arrancar estableciendo (aunque sea de forma tácita) algunos *axiomas* o *postulados*. Adviértase además que un *axioma* es "una proposición tan clara y evidente que se admite sin necesidad de demostración". Adviértase igualmente que un *postulado* es "una proposición cuya verdad se admite sin pruebas, y que es necesaria para servir de base en ulteriores razonamientos". Y preguntemos entonces:

¿Qué se admite por quién? El *quién* está fácil de determinar: es plural e insacala a *todos los interesados en la comunicación de que se trate*.

¿Que los admiten por qué? Porque esos mismos renuncian a pedir demostraciones o pruebas, dado que para ellos se trata de evidencias.

Y en fin, *¿que la admiten para qué?* Para poder seguir razonando ...

Los tópicos son tan necesarios en la retórica como en la dialéctica, y en ambas como en la ciencia. Y a las artes de la tópica general, y de la tópica jurídica le ocurre lo mismo.

6. *¿Cómo es posible el consenso tópico?*

El consenso tópico es un milagro de la razón práctica, y por eso muchos tienen la impresión de que es imposible que se produz-

TÓPICA JURÍDICA Y RETÓRICA JURÍDICA. UN ENSAYO DE DISTINCIÓN

ca, así en la consideración teórica, como en la práctica. Esa impresión produce también no pocos rechazos de la tópica jurídica entre los teóricos del derecho. Especialmente, entre aquellos que confunden la cirugía de la coacción con el derecho esencial, el cual no es tanto un instrumento de coacción, como una herramienta para la cooperación orientada a la creación de bienes, el establecimiento de relaciones, y la prevención de conflictos entre los coexistentes en cualquier grupo humano. Tampoco aceptan fácilmente la idea del consenso tópico, en general, aquellas personas que casi nunca buscan el consenso, bien porque no lo comprenden, bien porque no lo desean.

Para solventar esta dificultad conviene recordar la conexión espontánea que existe entre las nociones de consenso y de tópica. El *consenso* es "el acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo". Y, mirando al consenso, la *tópica* es "el arte de producir consensos de forma artificial y creativa por imitación de los que la naturaleza de las cosas produce de forma natural y espontánea". Igual que el agricultor consiguió una gran mazorca de maíz a partir de espigas naturales míseras, el jurista tiene que lograr consensos finales grandes, respecto a la atribución o distribución de bienes que originó un conflicto, cultivando los consensos iniciales y pequeños, que habrán de constituir las premisas del razonamiento que culmine en la pacificación voluntaria del conflicto. Voluntaria y no coaccionada, aunque uno de los elementos de la discusión pueda serlo la coacción o las coacciones, incluidas las contenidas en los contratos, las sentencias, los dictámenes o las leyes cuya aplicación esté en juego.

Por supuesto, el consenso tópico no se reduce a un solo momento del proceso dialógico, sino que tiene que buscarse y encontrarse en todos sus hitos esenciales, que son: a) los momentos de la fijación de las premisas expresivas, definitorias, normativas, argumentales o teóricas; b) los momentos de la exclusión sucesiva de premisas, métodos y propuestas resolutorias; y e) los momentos de la comunicación pública de la justificación (auténtica o falsa) o explicación (real o ficticia) del acuerdo de paz.

7. *¿En qué se basa la plausibilidad tópica?*

También el asunto de la plausibilidad ocasiona problemas en la tópica jurídica, y rechazos de ella por muchos de sus menospreciantes. La *plausibilidad* es la cualidad que tiene un tópico jurídico (es decir, una expresión, una definición, un principio, un argumento o una teoría jurídica) de merecer la aceptación libre por parte de quien recibe noticia de ella, y por tanto su aplauso para el mensajero o comunicador.

La plausibilidad de un tópico se basa en un rompecabezas variable de motivaciones, entre las cuales hay que anotar principalmente la forma de decir, el fondo de lo que se dice, el rigor sintáctico y lógico con que se expresa, la conmoción sentimental que puede producir el asunto, la simpatía que suscita el mensajero, etcétera.

La plausibilidad de un tópico no depende sólo de la forma, ni del fondo, sino de ambos. No depende sólo de la razón ni del sentimiento que se comunica, sino de ambos. La plausibilidad debe ser buscada, pero es un hecho que se produce por sí, aunque quizá con ayuda, como la germinación del grano, el crecimiento de la planta y la maduración de la espiga.

El arte tópico no fabrica la plausibilidad: simplemente enseña a detectarla cuando aparece, a cultivarla y a aprovecharla, sin dejarla pasar por no haberla visto, o sin estropearla por haberla maltratado, aun involuntariamente ...

8. *¿Cuáles son las causas del asentimiento tópico?*

En el campo de la tópica jurídica, que es una tópica especulativa y práctica (no sólo especulativa), el *asentimiento* es la respuesta positiva dada al emisor por el recipiendario de una comunicación normativa. Al asentimiento tópico le sucede algo semejante a lo que acabamos de decir que le ocurre a la plausibilidad. Depende de muchos factores externos, y el jurista que lo intenta provocar sólo puede jugar con ellos, y tratarlos con mimo, para que no se le rompan entre las manos. Uno de esos factores es el

estilo expresivo. Pero no es el único. Otro es la historia del caso, pero tampoco es el único. Otro, la tradición negociadora, pero tampoco lo produce ella sola. Los asentimientos se crean por causas que casi siempre van orladas por un alto contenido mágico, sin perjuicio de ir incorporadas a motivaciones lingüísticas, psicológicas, estilísticas, o numéricas.

Enfatizamos ese último plural: "los asentimientos", hemos dicho. En cualquier confrontación retórica o dialéctica, por simple o corta que sea, tiene que haber muchos asentimientos sobre cosas pequeñas, antes de que se llegue al asentimiento (o acuerdo, o consenso, o consentimiento) sobre la cosa mayor o principal que se discutía o por la que se luchaba. Este último es como el premio a la paciencia de quienes han ido consiguiendo los anteriores.

9. ¿A quiénes es común el lugar común tópico?

Cuando el grupo que dialoga sobre la resolución de un conflicto jurídico es pequeño, un tópico es un lugar común a todos los miembros del grupo comunicativo, crítico, decisor, negociador, etcétera.

Pero cuando el grupo es grande, el tópico puede ser lugar común no de todos sin excepción, sino de una mayoría muy cualificada, es decir, de la formada por los mejores si están apoyados por casi todos los demás.

Ahora bien, no existe ningún tópico jurídico (sobre todo ningún tópico normativo) al que presten su asentimiento todos los seres humanos, o sea, todos los habitantes del planeta Tierra. Tal pretensión propia de la lógica formal del pensamiento duro es utópica. Por eso mismo es un conocido tópico retórico el que invoca a favor de una tesis "el consentimiento universal de todos los seres humanos". Lo que se quiere decir en esos casos es que la verdad que se defiende es participada por todos los miembros de la humanidad entendida como grupo formado por todos los vivos (o incluso por los vivos y los muertos), lo cual es una inducción virtual montada sobre el recordatorio de unos pocos ejemplos tomados de lugares y épocas distantes entre ellas.

De ahí se deriva un problema del arte de la tónica, que es la necesidad de reconocer la importancia que tiene ajustar el discurso con toda la exactitud posible al conjunto humano cuyo mínimo común denominador mental se trata de formar o reformar con el propio discurso. Los grupos en los que funciona la tónica son los grupos jurídicos de mayor frecuencia sociológica: que son los formados por dos adversarios, o por dos adversarios y un juez, los cuales se pueden multiplicar así del lado de las partes (con muchos litisconsorciados o coadyuvantes) como del lado de los jueces (tribunales o jurados) ... Son grupos pequeños cuyo canon, como el del buen "simposio" no debe ser menor que el de las gracias (tres) ni mayor que el de las musas (nueve). Más allá de esas cifras, siempre modestísimas, ya no hay tónicos o lugares comunes propiamente dichos, sino ficción de que los hay.

40. *¿En qué consiste la tónica jurídica?*

Esta pregunta encuentra ciertamente en la doctrina respuestas divagatorias, pues lo mismo se dice que es un repertorio, que es un método, que es una teoría y que es un arte, por citar simplemente las posiciones más frecuentes. Y de ese hecho derivan algunos un motivo de rechazo o de devaluación de la tónica que el autor de estas líneas no comparte.

A nuestro modo de ver, el hecho apuntado no supone ninguna dificultad insuperable contra la aceptación teórica de la tónica (y contra su uso práctico, mucho menos aún). La tónica jurídica es un *repertorio* de lugares comunes u opiniones compartidas, desde luego. Pero también es un *método* de trabajar con esos elementos. Y también la *teoría* que visualiza desde cualquier perspectiva más o menos amplia dicho conjunto.

Ahora bien, por todo ello, *la tónica es simultáneamente el arte de buscar tónicos, de argumentar con ellos, de convencer y disuadir con ellos, y en definitiva de motivar con ellos la acción pacificadora de todos los involucrados en un conflicto¹ después que se produjo, e incluso antes de que estallara.* Y como esto último comprende a todo lo anterior, pues parece oportuno: a) aceptar que la tónica es sus-

TÓPICA JURÍDICA Y RETÓRICA JURÍDICA. UN ENSAYO DE DISTINCIÓN

tancialmente un arte; y b) pararse unos momentos a desenvolver algo más atentamente esa tesis.

IV. CONCEPCIONES DE LA TÓPICA JURÍDICA

El problema principal que plantea en sus importantes desarrollos actuales la tópica jurídica es el de su noción, o mejor dicho, el de su comprensión. De acuerdo con sus más conspicuos representantes, la tópica general y la tópica jurídica pueden ser visualizadas, como acabamos de adelantar en el apartado antecedente, desde cuatro ángulos principales, a saber:

- a) Como un repertorio, catálogo, tesoro, diccionario o depósito de expresiones, principios, argumentos y teorías jurídicas.
- b) Como un método, o procedimiento, o forma de pensamiento jurídico, distinto de otros.
- e) Como una doctrina, corriente, escuela o teoría jurisprudencial distinta de otras.
- d) Y como un arte, técnica o práctica de operar en derecho para resolver problemas de adscripción de derechos, o de aplicación de normas, sentencias y opiniones sobre derechos.

Para la mejor comprensión de lo que tales enfoques tienen de común y de diferenciador, no encuentro mejor procedimiento que hacer un elenco sumario de algunas de las definiciones que aparecen por las páginas de la ya abundante bibliografía existente sobre la materia.

a) La consideración de la tópica como un repertorio, catálogo, tesoro, diccionario o depósito de expresiones, principios, argumentos y teorías jurídicas da lugar a definiciones variadas como las que se localizan: 1) en *el muestrario de los tópicos con que se opera en el campo jurídico*; 2) en *el juego de las consideraciones que se pueden efectuar en torno a un problema jurídico*; 3) en *la fuente de los*

argumentos de las partes del proceso dialógico, sobre cuya discusión se asienta la decisión del caso en que se enfrentan.

Esos enfoques son muy acertados y útiles, aunque adolecen a nuestro modo de ver de cierta abstracción. Intentando corregir ese defecto, parece más adecuado entender la tópica desde este ángulo como *el repertorio* (mámoa, urna, olla, arsenal, almacén, tesoro o diccionario) *donde un jurista* (científico, dialéctico o retórico) *puede encontrar; en cada caso en que los necesite, aquellos tópicos* (conceptos, definiciones, principios, argumentos o teorías) *que su adversario* (contrincante individual o auditorio colectivo) *aceptará sin discusión, posibilitando el ulterior consenso sobre la decisión deseada para el caso, o sobre la solución preferida para el problema.*

b) La consideración de la tópica como un método, procedimiento o forma de pensamiento jurídico plantea la siguiente cuestión: si la tópica es un método, ¿qué clase de método es y a qué objetivos conduce? Las respuestas doctrinales a esa pregunta son oscilantes y abundantes. Entre las más conocidas cabe recordar las que entienden la tópica: 1) como *un método heurístico puesto al servicio de la argumentación jurídica*; 2) como *un método apropiado para alcanzar en un marco social dado una cierta concordia a la medida de los sujetos enfrentados en sus posiciones jurídicas concretas*; 3) como *un método adecuado para buscar de forma racional las premisas compartidas de un razonamiento jurídico*; 4) como *un método que hace operativo el pensamiento jurídico de la naturaleza de la cosa o de lo justo natural concreto*; 5) como *un método que opera por ajustes concretos para resolver problemas jurídicos particulares, partiendo de directrices aceptadas por los involucrados en la discusión de dichos problemas*; y 6) como *un método para encontrar los intereses comunes a todos los interlocutores en una disputa dialéctica o en una oración retórica, y de razonar a partir de ahí hasta convencerlos de que realicen el dictamen, decisión o ejecución deseada.*

En resumen, el método jurídico tópico, o topicista, es *un método que permite articular una solución racional a los casos jurídicos, consistente: a) en la discusión del problema, aceptando las partes su peculiaridad, y b) en la búsqueda de una propuesta resolutoria, consensuada a partir del entramado de postulados, directrices y evidencias no rechazadas por ninguna de las partes implicadas en el caso.*

TÓPICA JURÍDICA Y RETÓRICA JURÍDICA. UN ENSAYO DE DISTINCIÓN

c) Los jurisprudentes que han pensado en la tónica jurídica considerándola como una doctrina, corriente, escuela o teoría jurisprudencial, mantienen diversos puntos de vista entre los que cabe enumerar los siguientes: 1) La tónica es *una teoría de la praxis jurídica*. 2) La tónica es *la teoría de los puntos de vista que orientan las deliberaciones de los juristas*. 3) La tónica es *la teoría de las conexiones entre los puntos de vista referibles a un caso jurídico*. 4) La tónica es *la introducción a la teoría de la argumentación jurídica*. 5) La tónica es *la teoría del estilo argumentativo de los juristas*. 6) La tónica es *la teoría que articula el lugar y peso que pueden tener los argumentos jurídicos particulares*. 7) La tónica es *la teorización del empleo argumentativo de una serie de postulados generales/ o puntos de vista comunes que se encuentran dados en el ámbito cerrado de un grupo social¹ y de su tradición jurídica, con vistas a ofrecer posibles fundamentos aceptables para la decisión de los casos que se puedan plantear dentro del grupo*.

Simplificando esos enfoques se puede deducir que la comprensión de la tónica jurídica como una teoría la contempla como *la doctrina de los lugares comunes* (experiencias, valoraciones, usos, costumbres) *que pretenden alcanzar una amplia plausibilidad dentro del grupo que ha de actuar; decidir o dictaminar; y que de hecho la obtienen*.

d) Finalmente, la consideración de la tónica jurídica como un arte, técnica o práctica de operar en derecho para resolver problemas de adscripción de derechos o normas, sentencias y opiniones sobre derechos, viene expresada por los diversos tratadistas con fórmulas amplias entre las que se pueden encontrar las que dibujan la tónica jurídica: 1) como *una técnica apropiada para que el pensamiento jurídico se oriente a resolver problemas jurídicos prácticos* (no sólo teóricos); 2) como *un arte de encontrar la respuesta mejor fundada, o más justa¹ a un problema jurídico dado*; 3) como *un arte que permite utilizar las opiniones virtuales para resolver los problemas jurídicos reales*; 4) como *un arte de hallar argumentos jurídicos ya inventados, o de crearlos nuevos*; 5) como *un arte para hallar los consensos que eliminan los disensos sobre derechos concretos*; 6) como *un arte de orientar la pericia jurídica hacia la demanda de derechos¹ la defensa de derechos y la decisión de los*

enfrentamientos por derechos; 7) como un arte de pilotar la argumentación jurídica hacia el puerto de la justicia¹ por navegación costera y a la estima¹ dado el caso de carecer de cartas de navegación y de brújula; 8) como un arte de operar con premisas que no tienen otra justificación que su aceptación espontánea por las partes procesales; 9) como un arte de operar con conceptos¹ principios, y argumentos consistentes en enunciados simplemente reconocidos por todos los intercomunicantes.

Resumiendo los matices que expresan con inevitable reiteración esos intentos definitorios podemos decir que *la tópica es el arte que enseña a fundamentar decisiones jurídicas individuales o colectivas realmente pacificadoras, usando sólo expresiones, definiciones, principios y argumentos valorados como convincentes por todas las partes involucradas en un conflicto dado¹ y no la coacción ni ninguna otra forma de fuerza.*

A mi modo de ver, las cuatro visiones de la tópica jurídica que acabo de esquematizar son correctas, pero creo que la más completa es la última, porque ella implica o comprende a las otras tres, mientras que no ocurre lo contrario.

a) La tópica jurídica es ante todo un *arte de resolver conflictos concretos de atribución de derechos*. Y como eso se hace mejor de una forma metódica que no caminando en la pura improvisación, la tópica da lugar a un *método*, o sea a una señalización del mejor camino que conduce a aquella meta.

b) Porque las diversas vías de alcanzarla se aprenden mejor pergeñando diversas teorías para los diversos momentos en que se descompone el proceso pacificador de conflictos, por eso se puede convertir la tópica jurídica en una *teoría simple* (no en un sistema, que un sistema es una teoría compleja, o una teoría de teorías).

c) En fin, como el acopio de repertorios de datos en diccionarios (u otros depósitos ordenados de tópicos, se los llame como se los llame), ayuda a resolver el principal problema que plantea la resolución de conflictos, que es la carrera contra el reloj que tienen que librar los que buscan los acuerdos pacificadores, por eso se acaba plasmando siempre la tópica jurídica también en *diccionarios generales del derecho*, o mejor aún en diccionarios de

TÓPICA JURÍDICA Y RETÓRICA JURÍDICA. UN ENSAYO DE DISTINCIÓN

las ramas concretas del derecho, que son tantas como sistemas jurídicos hay; es decir, que son muchísimas, como se visualiza si cruzamos imaginativamente las variables que plantean las lenguas, los Estados, los organismos internacionales y los entes autonómicos infraestatales, territoriales y no territoriales, de las complejas sociedades occidentales avanzadas.

Frente a la forma cientista del pensamiento jurídico, caracterizada por su tendencia al monopolio expresivo (numérico) y al razonamiento por exclusión (*aut1 aut u odet; odet; o u o*), la visión topicista cultiva la visión pluralista, integradora y cooperativa (*et1 et, und1 und1 Y1 y*).

La tópica es un arte, pero no es solamente un arte, porque es también simultáneamente una teoría, un método y un repertorio. Tal conjunto se puede mantener autónomamente dentro de sus propios límites lógicos, constituyendo teoría plena. Pero nada le obliga a practicar el aislacionismo. Al contrario, todo le pide que se integre, porque también puede integrarse perfectamente en la ciencia, o en la retórica, o en la dialéctica.

Las dicotomías que hemos podido constatar al analizar las diez cuestiones antes enunciadas deben ser rechazadas. Los exclusivismos del razonamiento por "tan sólo", por "si y sólo si", por "soltanto", por "only", por "nur", o por "alein" ... deben ser abandonados. Esas actitudes monistas adolecen de dos defectos importantes. El primero es que no reflejan la realidad viva de la praxis tópica. Y el segundo es que son criterios basados en puntos de vista estáticos, científicos, especulativos, sistemáticos, lógico formales, etc., de carácter heterogéneo a los puntos de vista dinámicos, de discusión en acto, de oración en curso, de polémica *in fieri*, etc., que adopta la tópica, atendiendo a las necesidades de la práctica jurídica.

V. CONCLUSIÓN

Es necesario concluir y para ello es conveniente mirar al comienzo de este ensayo. La cuestión teórica y práctica propuesta en este ensayo es la de si la tópica jurídica actual puede seguir sien-

do considerada como una simple introducción o parte primera de la retórica jurídica; o si no convendrá más bien considerarla una forma completa, exenta y distinta de pensar jurídicamente, que no coincide con la forma típica del pensamiento retórico, ni del científico, aunque puede cooperar con ambas sin que lo impida ningún obstáculo insalvable.

¿Son *tópica jurídica* y *retórica jurídica* -nos preguntamos antes-la misma cosa nombrada con dos enunciados diferentes, tomando la parte por el todo por simple lujo expresivo? ¿Se trata de dos cosas distintas por sus significantes y por sus significados, quizás, incluso incompatibles o contrapuestas? ¿O probablemente son dos orientaciones que parten de premisas semejantes y buscan objetivos similares, pero trabajan con medios diferentes, por lo cual pueden estar llamadas a la cooperación y la integración, sin perjuicio de su distinción?

A nuestro modo de ver, la respuesta adecuada es la que contesta afirmativamente a la última pregunta. A nuestro juicio, *tópica jurídica* y *retórica jurídica* son, en su configuración actual, dos orientaciones epistemológicas, dos sensibilidades axiológicas, dos visiones ontológicas, o como se quiera decir, que parten de premisas semejantes y buscan objetivos similares, pero que trabajan con medios diferentes, por lo cual están llamadas a la cooperación entre sus cultivadores y a la integración de sus productos, sin perjuicio de su distinción.

El autor de este ensayo sabe que la tesis establecida en la comunidad científica es la que él discute. Es decir, la que define la relación entre la *tópica jurídica* y la *retórica jurídica* diciendo que la *tópica* es simplemente el primer momento de cualquier técnica argumentativa. O por decirlo con las mismas palabras ya escuchadas: que la *tópica* es *un arte de hallar argumentos jurídicos ya inventados, o de crearlos nuevos*; o lo que es análogo, *un arte de pilotear la argumentación jurídica hacía el puerto de la justicia, por navegación costera y a la estima, dado el caso de carecer de cartas de navegación y de brújula*.

Aun así, la experiencia de ya veinte años trabajando en el campo tópico (sin apenas pisar el retórico) nos anima a afirmar la distinción suficiente entre las dos disciplinas, desde la convic-

TÓPICA JURÍDICA Y RETÓRICA JURÍDICA. UN ENSAYO DE DISTINCIÓN

ción de que la tónica jurídica, además de servir a la retórica jurídica o a la argumentación jurídica, es un arte que tiene sus propias tareas independientes de este otro arte. Tareas importantes entre las que cabe recordar la confección de diccionarios jurídicos y de la normativa para su utilización; y el análisis del lenguaje jurídico, fraccionando y distinguiendo la tónica de términos y expresiones jurídicos, de la tónica de definiciones y principios jurídicos, de la tónica de argumentos valorativos (de justicia y de los otros valores superiores del ordenamiento jurídico) y normativos (de mandato, de prohibición y de permiso), y de la tónica de las teorías jurídicas fenomenológicas, ontológicas, y axiológicas: para luego comparar resultados.

La tónica jurídica debe ser contemplada en la actualidad como una vía paralela a la del pensamiento jurídico científico, sin perder de vista que tónica y ciencia son dos vías distintas. Desde el punto de vista tónico, el problema central del derecho y la jurisprudencia a comienzos del siglo XXI no es el de "la racionalidad de la decisión jurídica", que es el problema de la ciencia jurídica". Lo ha sido hasta el último tercio del siglo XX, durante la gran hegemonía cientista. Sigue siendo un problema importante, pero éste ya no es el problema "Central". Ahora es un problema incidental, un eslabón de la cadena de problemas cuyo anclaje final está más lejos.

El problema de la jurisprudencia y del derecho actual es el de *la aceptación de la decisión jurídica*. De ahí *la importancia de la racionalidad*. Porque cuando una decisión es evaluada como "racional" ya tiene mucho adelantado para que sea aceptable y aceptada. Pero lo uno no implica lo otro. Y de ahí *la insuficiencia de la racionalidad*. En efecto, en los casos controvertidos, se supone que al menos una de las partes discrepa de la otra en no reconocer como racional la primera, lo mismo que la segunda sostiene que sí lo es.

La visión tónica del derecho avisa de que la ciencia y el sistema sirven mucho en la jurisnormación, la jurisdicción y la jurisprudencia, pero no bastan para resolver los problemas jurídicos de aplicación, o sea, de defensa casuística de los derechos. Por tanto, y desde el principio del pensar jurídico, es mejor to-

mar medidas serias para prevenir la conducta a seguir cuando se llegue al momento crítico de toda operación jurídica: al momento o situación en que hay que resolver dentro de un plazo que siempre es perentorio para las partes, aunque no lo sea para las leyes, un conflicto que no se puede prolongar, al menos sin provocar otros mayores y peores. A ese momento no se puede llegar sin saber qué hacer. Mejor es disponer entonces del arte de buscar los tópicos que pacifican los ánimos y abren paso al consenso. Y como no hay más cera que la que arde, e igualmente sólo *pacífica lo que pacífica*, he aquí por qué defendemos como muy conveniente que el pensamiento jurídico se oriente desde el principio, desde la enseñanza ya, hacia la tópica, hacia el arte de encontrar el *consenso*: que es el objetivo inicial, medio y final de cualquier pensamiento tópico.

El derecho tiene por finalidad prevenir la ocurrencia de conflictos antes de producirse, así como resolverlos con el menor costo cuando se han producido. Y no es su fin producir teorías o sistemas científicos, porque éstos son simplemente medios instrumentales. Pensar jurídicamente por la vía de la tópica es buscar dictámenes, sentencias y normas que sean resolutivas y pacificadoras antes que racionales y lógicas, sin desdeñar el hecho de que también resulten esto último por añadidura.

Por lo mismo, tampoco es el fin del derecho hacer argumentaciones bellas y perfectas. Eso vale para poco si las argumentaciones no convencen a los actores enfrentados, es decir, si no les mueven a modificar sus pretensiones discrepantes y a sustituirlas por otras concordantes.

En visión tópica, un argumento jurídico antiestético, o amoral, o irracional, o extralegal, o iletrado, o incluso contrafáctico que hace firmar la paz entre dos litigantes, tiene todo lo que debe de tener para ser un argumento jurídico perfecto. Y si le falta esto último será un argumento inútil, pese a que reúna todas las anteriores valoraciones en grado positivo.

La tópica es así la forma del pensamiento jurídico que sólo mira desde el comienzo del proceso jurídico a buscar la justicia con seguridad y en paz, a fin de que se acepte por todos la decisión, reinstalando en el grupo la paz, la seguridad, y por ende

TÓPICA JURÍDICA Y RETÓRICA JURÍDICA. UN ENSAYO DE DISTINCIÓN

también la justicia. De ahí su autonomía y autosuficiencia en el panorama de las artes jurídicas. Eso es lo que sostengo, salvo mejor juicio de otro doctor.

RESPUESTA A LA CONFERENCIA *TÓPICA JURÍDICA Y RETÓRICA
JURÍDICA. UN ENSAYO DE DISTINCIÓN*

CARLOS DE LA TORRE MARTÍNEZ

Es un gran honor para mí el que se me haya invitado a responder a la ponencia magistral que acaba de presentarnos el Dr. Francisco Puy Muñoz. Es un honor que me excede y sobrepasa en al menos dos sentidos.

Primero, por la larga y sólida trayectoria que el catedrático de la bella Universidad de Santiago de Compostela ha desarrollado en el campo de la filosofía del derecho, que si mis datos no me fallan, por lo menos se ha extendido a más cuarenta años, es decir, doce más de los que yo tengo de vida. Pero sobre todo, porque el tema del que versa la ponencia es casi nuevo para mí, mientras que se manifiesta con toda claridad que el trabajo aquí presentado tiene como apoyo y fundamento un gran aparato crítico de pensadores clásicos y autores contemporáneos, y es, además, el fruto de muchos años de reflexión que el profesor Puy Muñoz ha dedicado al problema de la tópica jurídica, tal y como queda claramente en evidencia en su importante obra titulada *Tópica jurídica*, publicada en 1984 en Santiago de Compostela.

Así pues, lo primero que tengo que confesar es que he aprendido mucho con la lectura del trabajo y que me ha abierto los ojos en relación con los problemas y enormes posibilidades que plantean la retórica y la tópica jurídica en la práctica y en la teoría del derecho. Por ello, mi participación, más que un comentario

acabado y original, tiene como fin resaltar tres de las ideas fundamentales que más llamaron mi atención y que considero entrañan una gran riqueza en posibilidades, en tanto constituyen las líneas directrices a seguir para posteriores estudios sobre *tópica jurídica*. Para finalizar mi intervención, plantearé una cuestión, o, más bien, una duda personal, que espero en el futuro pueda ser esclarecida por el profesor Puy Muñoz.

1. Al plantear con todo rigor y haciendo eco de las palabras de Ortega y Gasset que recodaban que la claridad tenía que ser la cortesía del filósofo, el profesor Puy Muñoz se refiere a la retórica y a la tópica como dos *formas de pensamiento* autónomas. Esta consideración se encuentra latente en todo el desarrollo de su estudio, pues considero que, además de haber demostrado sobradamente su tesis inicial mediante la clarificación puntual de la naturaleza de la retórica y la tópica, un objetivo que aparece de forma un tanto velada en el texto, pero que no por ello se deja de acometer con gran valentía y decisión, es el de *rehabilitar a la retórica y a la tópica jurídica como formas de pensamiento jurídico alternas al mero razonamiento lógico*, que a partir del siglo XIX y entrañando en su seno toda la fuerza de la modernidad, pretendió erigirse como el paradigma del razonamiento jurídico. Haciendo gala de una crítica muy aguda contra aquellos que denomina "cientistas", el profesor Puy Muñoz se opone tajantemente a que el razonamiento jurídico se reduzca a los cánones de la lógica formal y, por lo tanto, se le considere como una construcción estructurada únicamente a través de silogismos extraídos de la lógica pura. Pero, además, haciendo alusión a la línea de pensamiento iniciada por san Agustín, alimentada por Pascal y rescatada en el pasado siglo por Max Scheler, que intenta rehabilitar la dimensión emocional del hombre como forma de conocimiento que en principio no es necesariamente irracional, el profesor Puy Muñoz nos recuerda que "razón y emoción no son potencias contradictorias, sino solidarias".¹ De las anteriores

¹ Esta visión, que recoge Max Scheler, puede verse en su bella obra: *Ordo Amoris*, trad. Xavier Zubiri, Madrid, Caparrós, 1998.

TÓPICA JURÍDICA Y RETÓRICA JURÍDICA. UN ENSAYO DE DISTINCIÓN

premisas se advierte, que, aunque no puede ser menospreciada la lógica formal como instrumento que dota al razonamiento jurídico de un determinado rigor conceptual y de una coherencia discursiva, por sí misma no es capaz de agotar toda la riqueza del hecho jurídico. Su carácter meramente formal y su pretensión de universalidad y necesidad implica muchas veces una ceguera ante la particularidad y la dinamicidad de la vida jurídica. Desde esta perspectiva la tópica y la retórica jurídica cobran una especial importancia en la aplicación del derecho al caso concreto, pues, como lo reconoce Robert Alexy, una vez que el dogma del positivismo jurídico de la complitud y acabamiento del sistema jurídico se ha demostrado como falaz y se reconoce ampliamente que el orden jurídico no puede contener la riqueza en diversidad de la vida social, se vuelve indispensable recurrir a otras formas de razonamiento jurídico -no formales- que sean capaces de adecuarse a la dinámica de la práctica jurídica y puedan aportar una solución justa al caso concreto.² En este sentido me parece que el estudio del Dr. Puy Muñoz cumple cabalmente con el título que da nombre y fija la línea temática de este Encuentro, a saber: *jurisprudencia y lógica de lo razonable: de la interpretación a la tópica*.

2. Ya en lo particular, la batalla que se libra en la primera parte de la ponencia gira en torno a la defensa de la retórica como arte propio de juristas. Sin desconocer el sentido negativo o peyorativo que se ha dado a la retórica a lo largo de la historia como instrumento de adulación capaz de disfrazar la mentira, la maldad y la injusticia, con los trajes de la verdad, la bondad y la justicia, el profesor Puy Muñoz se propone destacar el sentido positivo de la retórica y, además, demostrar su carácter eminentemente jurídico. La definición que aporta de la retórica jurídica como “*el arte de persuadir con la palabra a alguien/ para que respete*”

² Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

un derecho o cumpla una obligación derivada de un contrato o una norma provista de coacción, prescindiendo de dicha coacción", además de esclarecer con precisión este concepto complejo y un tanto equívoco, contiene tres ideas que son dignas de ser resaltadas y que guardan entre sí una íntima relación. La primera de ellas, muy en sintonía con la idea expresada por Joseph Raz³ en relación a que las normas jurídicas entrañan "buenas razones para la acción", alude a la fuerza interna del derecho, es decir, al elemento de racionalidad y sentido común que tiene el derecho y que permite que la gran mayoría de sus destinatarios se adhieran a su normatividad por convicción propia. La segunda idea encuentra su fundamento en la primera, pues señala que la coacción no es una nota fundamental del derecho, sino que, como advierte Jesús Ballesteros, tan sólo se refiere al problema de su eficacia.⁴ Finalmente la tercera idea logra comprender el que a mi juicio es *elleit motiv* de la primera parte del estudio, pues destaca la íntima relación que existe entre *retórica y libertad*. Esto en tanto la definición anterior subraya que la retórica jurídica prescinde del elemento coactivo, precisamente porque es capaz de transmitir a otro los argumentos racionales suficientes para que en pleno uso de su libertad y convicción propia respete un derecho o cumpla con una obligación. En este sentido resulta especialmente significativa la siguiente sentencia del profesor Puy Muñoz: "En donde hay retórica hay mayor libertad, en donde no la hay impera la tiranía".

3. Sin duda la parte central de la ponencia la constituye el apartado dedicado a esclarecer la naturaleza de la tópica jurídica. Para los que no estamos muy familiarizados con ella, es de agradecer la metodología que el profesor Puy Muñoz emplea, pues destacando primero que el camino para comprender y em-

³Sobre todo véase Raz, Joseph, *La autoridad del derecho; ensayos sobre derecho y moral*, trad. Rolando Tamayo y Salmarán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985.

⁴Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del derecho; introducción a la filosofía jurídica*, Madrid, Tecnos, 1984.

TÓPICA JURÍDICA Y RETÓRICA JURÍDICA. UN ENSAYO DE DISTINCIÓN

plear con maestría la tónica jurídica está lleno de obstáculos que es necesario sortear, su pensamiento discurre no a partir de una definición previamente dada, sino, más bien, a través de los propios problemas que es preciso despejar. Así, paso a paso, en un movimiento espiral, en el que en cada giro se profundiza un poco más en su naturaleza, va determinando cuáles son los elementos esenciales de la tónica jurídica: cuál es su objeto, su campo de acción, cuál es el fin que persigue y, finalmente, cuál es su principal utilidad para la práctica jurídica. Una vez llegado a este punto nos aparece con meridiana claridad que la tónica jurídica puede ser vista desde cuatro perspectivas: como *repertorio* o catálogo de expresiones, principios y argumentos jurídicos capaces de crear un consenso entre las partes; como *método* o procedimiento de pensamiento jurídico que permite articular una solución racional a casos jurídicos concretos; como *doctrina* de los lugares comunes (experiencias, valoraciones, usos, costumbres) que pretenden alcanzar una amplia plausibilidad dentro del grupo que ha de tomar o acatar una decisión; y, finalmente, como *arte o técnica* que tiene como objeto resolver problemas de adscripción de derechos o de aplicación de normas, sentencias y opiniones sobre derechos. El elemento que tienen en común estas cuatro perspectivas, coincide plenamente con el elemento que el profesor Puy Muñoz destaca como el fin último de la tónica jurídica: el *consenso*. Esta es la tercera idea fundamental que quiero destacar, pues me parece que según la exposición que hemos escuchado hace algunos minutos, toda la problemática de la tónica jurídica confluye en torno a la necesidad de alcanzar, en un contexto cultural determinado, los consensos básicos que nos proporcionan la base cognitiva indispensable para resolver un conflicto jurídico. Así, el profesor Puy Muñoz llega a comprender la tónica jurídica como *el “arte que enseña a fundamentar decisiones jurídicas individuales o colectivas realmente pacificadoras, usando sólo expresiones, definiciones, principios y argumentos valorados como convincentes por todas las partes involucradas en un conflicto dado y no la coacción ni ninguna otra forma de fuerza”*. Con ella se destaca el carácter esencialmente pragmático que entraña la tónica jurídica y el papel fundamental que está llamada a desempeñar en la práctica jurídica.

4. La cuestión o duda que me acompañó a lo largo de la lectura de la ponencia del profesor Puy Muñoz se encuentra relacionada con el problema central planteado hace ya más de veintidós siglos en el diálogo de Platón conocido como *11Gorgias o de la Retórica*.⁵ En él Sócrates cuestiona a Polo y a Gorgias sobre el objeto de la Retórica, quienes después de un gran rodeo de preguntas y respuestas responderán que no es otro sino el de persuadir a los hombres por medio de la palabra y, en específico, de persuadidos respecto a lo que es justo e injusto. Ahora bien, como este auditorio sabe de sobra, en este diálogo la visión que tiene Sócrates de la retórica es claramente pesimista, pues la asemeja a la culinaria y a la cosmética, en tanto, estas dos respecto del cuerpo tienen como propósito adular a los sentidos sin hacer un verdadero bien a la persona, como si lo harían en ese mismo punto, la medicina y la gimnasia. Análogamente, Sócrates contrapone la retórica a la política, pues mientras la primera adula al espíritu sin procurarle ningún bien, el fin último de la segunda es precisamente procurar el bien espiritual de los hombres. Aunque aquí realmente se trata del aspecto negativo de la retórica, del cual, el profesor Puy Muñoz en su momento se libró inteligentemente defendiendo su carácter positivo. A mi juicio, incluso la definición positiva que de ella aporta el *Diccionario de la Lengua Española* como "el arte de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover" no puede esquivar la crítica certera de Sócrates. Pues en el fondo el problema que Sócrates ve en la retórica es que no se ocupa del bien en sí, ni de la justicia en sí, sino solamente de lo que pretende el *retor* que los otros crean que es bueno o justo. En otras palabras, el problema de la retórica y, en *extenso*¹ de la tópica jurídica es el del *criterio de verdad* que podemos emplear para juzgar su rectitud. Es decir, la cuestión de discernir cuándo un discurso retórico concreto empleado con el fin de disuadir a una persona para que respete un derecho o cumpla una obligación se

⁵ Cfr. Platón, *Gorgias o de la Retórica*, trad. Julio Calonge Ruiz, Madrid, Centro de Estudios Políticos, 1951.

apega a lo que verdaderamente es justo en ese caso determinado, o bien, en qué casos tan sólo expresa las pretensiones y deseos subjetivos del interlocutor. En el caso de la tópica jurídica sucede algo análogo, pues aun reconociendo que los *topois* nos puedan proporcionar el consenso tan anhelado, la cuestión del criterio de verdad pregunta si los *topois* valen por sí mismos como verdaderos y por ello existe el consenso de los hombres, o más bien, si se les reconoce como verdaderos tan sólo por el hecho de que sobre ellos recae el consenso de los hombres. En este caso el problema del criterio de verdad reconducido a la tópica jurídica preguntaría por el criterio que debemos emplear para asegurarnos que el consenso logrado a través del arte de la tópica jurídica es realmente justo. Me parece que si no olvidamos que el fin último del derecho es la justicia y no nos contentamos por entenderla, como la define Calicles al presentarla como aquello que conviene al más fuerte y, ni siquiera, como aquello que es considerado como justo por la mayoría de los integrantes de una comunidad determinada, sino que, por el contrario, intentamos penetrar en su esencia misma sin claudicar ante el problema de su objetividad, tendremos que reconocer junto con Platón que al tratar el problema de la retórica y la tópica jurídica no podemos prescindir del problema de su criterio de verdad.

Sólo me resta agradecer una vez más el honor que se me ha concedido de responder a la ponencia del Dr. Francisco Puy Muñoz y aclarar que esta duda personal no pretende disminuir un ápice la enorme importancia de la retórica y la tópica jurídica en la práctica y teoría del derecho.