

# La tónica

Francisco Javier Dorantes Díaz

Sumario: I. Introducción. / II. La tónica. / II.1 La definición de Theodor Viehweg. / II.2 Las nociones más usuales. / II.3 Una definición prescriptiva. / III. Los *topoi*. / III.1 Los *topoi* en Viehweg. / III.2 Los *topoi* para otros autores. / IV. Las clases de tónica. / IV.2 La distinción de Viehweg. / V. Un análisis tónico. / VI. Conclusiones. / VII. Bibliografía. / VIII. Hemerografía.

## I. Introducción

El pensamiento tónico era conocido en la antigüedad por Aristóteles y Cicerón; fue la base alrededor de la cual se edificó la técnica jurídica de los romanos; presidió la obra de los juristas del derecho común; fue empleado todavía a principios del siglo XVIII por Giambattista Vico, y en la actualidad se menciona en estudios de gran profundidad de manera frecuente, pese a ello son pocos los juristas que la conocen con profundidad.

La tónica renació del descanso obligado que le había proporcionado el cartesianismo, ante la insuficiencia de los códigos, y para cumplir con la más importante de las funciones del derecho: la función social de transformar al derecho de manera acorde a las necesidades de su tiempo.<sup>1</sup>

El método tónico se encuentra vinculado con el movimiento de base iusnaturalista surgido en Alemania en la década de los años 50. El fundamento de esta escuela se encuentra en el trabajo de Theodor Viehweg, el cual trata de encontrar una modalidad técnica específica para caracterizar al pensamiento dogmático en su acepción aristotélica, es decir referido al pensamiento problemático. La tónica describe a la realidad jurídica como problemática por encontrarse ligada al accionar humano, constreñido al esquema lógico-deductivo. Lo imprevisible de la conducta humana genera la aporética jurídica considerada por la tónica. El derecho debe encontrarse preparado para resolver proble

mas que no siempre tendrán una única respuesta, razón por la que es útil un camino que flexibilice a las normas que integran el ordenamiento jurídico. En la tónica no se busca incorporar reglas estrictas de razonamiento jurídico sino enriquecer la decisión del práctico del derecho. Quizá su visión de justicia concreta deviene ingenua, pero la estructura de razonamiento incorpora elementos que los juristas de nuestro tiempo pueden incorporar en su vida cotidiana.<sup>2</sup>

## II. La tónica

Es esencial, -como afirma el ilustre jurista español Eduardo García de Enterría-, caracterizar a la ciencia jurídica "como una ciencia necesariamente obediente al tipo de pensamiento tónico".<sup>3</sup> Por esa razón, y con la finalidad de comprender nuestro objeto de estudio, resulta necesario definir lo que es la tónica. El jurista Lüderssen enumera las siguientes acepciones: teoría de la praxis; doctrina de la argumentación, estilo argumentativo; orientación a la acción o decisión; pensamiento orientado al problema; la forma del pensamiento de la naturaleza de la cosa; manejo de opiniones frente a la deducción a partir de axiomas; doctrina de los "lugares comunes", "garantía de consenso", e instrumento de innovación,<sup>4</sup>

1. Cfr. Martín DÍAZ Y DÍAZ, "La expropiación forzosa en el pensamiento jurídico de García de Enterría en Revista de Administración Pública, Madrid, septiembre-diciembre de 1989, p. 154 y ss.

1. Cfr. Jr. GÓMEZ PADILLA, 5 ensayos de Sociología Jurídica, México, Renacimiento, 1981, p. 91 y ss.  
2. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, reflexiones sobre la ley y principios generales del derecho, Madrid, 1984, (Cuadernos Civitas), p. 59.  
3. Cfr. Juan Antonio GARCÍA AMADO, Teorías de la tónica jurídica, Madrid, Civitas, 1988, p. 85

*El método tópico se encuentra vinculado con el movimiento de base iusnaturalista surgido en Alemania en la década de los años 50. El fundamento de esta escuela se encuentra en el trabajo de Theodor Viehweg, el cual trata de encontrar una modalidad técnica específica para caracterizar al pensamiento dogmático en su acepción aristotélica, es decir referido al pensamiento problemático.*

Dada la falta de acuerdo sobre alguna acepción en específico es difícil encontrar un punto de partida para sistematizar de manera coherente las definiciones anteriores. Consecuentemente, para elaborar un concepto propio es necesario estudiar de manera detenida las definiciones más usuales partiendo, en primer término, del creador del método tópico actual, Theodor Viehweg.

## *II. 1 La definición de Theodor Viehweg*

Para Theodor Viehweg, autor de **Tópica y Jurisprudencia**, la tópica es la "técnica del pensamiento problemático",<sup>5</sup> que tiene como punto de partida un problema concreto, es decir una "aporía",<sup>6</sup> respecto de la cual no existe aparentemente una salida. Es entonces función de la tópica dar orientaciones a fin de encontrar una respuesta y no dejar sin solución la aporía.

De lo anterior es posible encontrar -como lo hace Juan Antonio García Amado- tres elementos centrales en la construcción teórica de Viehweg:<sup>7</sup>

a) **La existencia de un problema, el cual será precom-**

**prendido en sus términos y en el marco en el que se plantea. Lo anterior es importante para saber el proceso a seguir y determinar el tipo de solución que se desea.**

b) **Las distintas alternativas o vías de actuación posibles para la adecuada solución del problema.**

c) **Al buscar una solución se llega a la necesidad de escoger sólo una de las alternativas eligiendo entre las más viables.**

Cabe destacar que hay -como lo señala García de Enterría-<sup>8</sup> una aporía que siempre queda intacta e inaccesible, la que Viehweg denomina como la "aporía fundamental" de la disciplina jurídica, que es la cuestión de "qué es lo justo aquí y ahora".<sup>9</sup>

El jurista alemán afirma que cada disciplina se constituye a partir del surgimiento de una problemática determinada. En algunas ciencias es posible que "encontremos proposiciones básicas" por la facilidad de sistematización de ellas,<sup>10</sup> cosa que no sucede en la jurisprudencia por dos motivos: a) la persistencia constante del problema básico, y b) el carácter no definitivo de los enunciados

con que se opera para alcanzar soluciones.

Es importante el destacar que para alcanzar dichas soluciones entran en función los **topoi**, es decir, puntos de vista más o menos arbitrarios que pueden ser empleados de manera adecuada o inadecuada dependiendo de la selección que se haga y que dan distintas soluciones según el caso. En la manera de emplear estos tópicos se diferenciará a distintos tipos de tópica como se estudiará posteriormente.

## **II. 2 Las nociones más usuales**

Para el estudio de los conceptos que son usados con mayor frecuencia analizaré en un primer término a los autores que estructuran sus conceptos con base en la teoría de Viehweg,<sup>11</sup> y en un segundo momento a los juristas que amplían o contradicen dicha teoría.

**I. Teorías que giran en torno de la teoría de Viehweg,, ya sea por una referencia directa al jurista alemán o por incorporar elementos similares:**

Para el jurista Lüderssen la tópica es una "búsqueda racionalizada de premisas".<sup>12</sup> El problema de esta definición es que no solamente se buscan premisas en el derecho sino también en cualquier otra ciencia, lo que hace comprensible la aplicación de la tópica para cualquier conocimiento. Sin embargo, recordemos que lo que se trata de definir es la tópica jurídica, por lo que, tal vez, lo que sería necesario agregar a esta definición, como lo hace Bokeloh, es que dicha indagación de premisas se realiza mediante una referencia a un catálogo de tópicos, evidentemente de tópicos jurídicos.

Canaris -siguiendo la tradición aristotélica- estima que la definición de tópica debe considerar de manera básica la idea de **endoxa** o sentido común. Por esta caracterización tan especial el connotado jurista relaciona a la tópica con la retórica y, por consiguiente, concluye que la tópica no es provechosa

5. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Trad. Luis DIEZ PICAZO, Madrid, Taurus, 1964, (Ensayistas, núm. 39), p. 49.

6. *Loe. cit.*

7. *Cfr.* Juan Antonio GARCÍA AMADO, *op. cit.*, p. 76 y ss.

8. García de Enterría, *op. cit.*, 57 y ss.

9. VIEHWEG. *op. cit.* p. 129.

10. *Loe. cit.*

11. *Cfr.* VIEHWEG, *op. cit.*, p. 101.

12. GARCÍA AMADO, *op. cit.*, p. 86.

13. *Loe. cit.*

para la jurisprudencia, ya que el problema de la justicia no es simplemente un problema retórico.<sup>14</sup> Mayer-Maly, sin tantas complicaciones, define simplemente a la tópica como doctrina que se ocupa del lugar y peso de argumentos particulares.<sup>15</sup> Y dentro de esta clasificación en último lugar, tópica es, según Otte:

... discusión de problemas, búsqueda de premisas y utilización con premisas de enunciados que gozan de reconocimiento.<sup>16</sup>

## 2. Teorías que incorporan nuevos elementos a la construcción de Viehweg o que parten de componentes incompatibles con su teoría:

Wagner afirma que el término tópica se refiere a consideraciones valorativas y políticas, consecuentemente la "discusión tópica" sería una discusión jurídico-política, y el pensamiento tópico raciocinio que argumenta con valoraciones.<sup>17</sup> Lo novedoso de esta teoría es que la tópica no es como en Viehweg, un instrumento autónomo. Henkel emplea los mismos términos de la teoría de Viehweg, pero los utiliza de manera distinta ya que da preponderancia a la lógica y a la sistematización; algo no tan importante en la tesis de Wagner.<sup>18</sup>

Después de analizar las definiciones anteriores es necesario realizar una que pueda ser teóricamente aplicada en el presente trabajo jurídico.

### 11.3 Una definición prescriptiva

El no tener una definición común, aceptada por los distintos juristas, provoca dudas sobre lo que es la tópica y su campo de acción, lo que genera que se cometan errores en la definición al no indicar el significado específico de tópica, necesario para tener una base indispensable para cualquier aportación teórica por modesta que ésta sea. Uno de los problemas más grandes, no exclusivo del derecho, es el problema definitorio. Esta dificultad es provocada porque la mayor parte de los términos jurídicos son equívocos, carácter que consecuentemente afectaría a la tópica, siendo por tanto de vital importancia tratar de elaborar una definición a partir de los elementos comunes de las definiciones anteriores. La definición gramatical de la tópica es el punto de partida para lograr una mejor comprensión de dicho

termino. La palabra tópica proviene del griego *topi-kos*, de *topos*, lugar. Este sustantivo ha sido utilizado desde el siglo XVII, hasta la fecha para referirse a algo concerniente o relativo a determinado lugar.<sup>19</sup> Sin embargo, para una mejor utilización de este concepto en la ciencia del derecho es necesario analizar, además, el tipo de definición que es conveniente para los intereses teóricos que se persiguen.

Walter Dubislav considera que las actitudes fundamentales en la actividad a definir son:<sup>20</sup>

1. La definición es la determinación de la esencia de algo, es decir, la explicación de lo que una cosa es.
2. La definición consiste en una determinación conceptual (construcción conceptual o análisis de un concepto).
3. La definición es una aclaración o exposición sobre el sentido de un signo o sobre la forma en que el mismo suele aplicarse.
4. La definición consiste, fundamentalmente, en una disposición sobre el sentido de un nuevo signo o sobre la forma en que debe ser aplicado.

Es conveniente hacer notar las ventajas de utilizar el tipo de definición prescriptiva o estipulativa, ya que su elemento esencial y constante -como afirma Robinson- es "la elección deliberada, arbitraria y autocognoscente de un nombre para una cosa, o de una cosa para un nombre".<sup>21</sup> Como se puede apreciar, la mayor parte de los conceptos jurídicos tienen esta característica. Lo anterior es importante en virtud de que es necesario originar un uso distinto del gramatical para la palabra tópica.

Para realizar esta definición de tópica es necesario saber que en especial las definiciones estipulativas o prescriptivas no pueden ser verdaderas ni falsas, no son proposiciones sino propuestas o mandatos. Por esa razón se les denomina también como **definiciones legislativas**, las cuales tienen las siguientes características: poseen el carácter de norma; no es posible considerarlas como aserto o enunciado; y por consiguiente, no pueden ser ni verdaderas ni falsas. Nuestra definición de tópica debe tener, además, los siguientes elementos: la **aporía** o problema; las distintas alternativas para la solución de la **aporía**, es decir, los **topoi**, que en ocasiones pueden encontrarse en un catálogo, y la idea de **endoxa** o sentido común.

14. *ibid.*

15. *Ibid.*, p. 87.

16. *Loe. cit.*

17. *Ibid.*, p. 88.

18. *Ibid.*, p. 90.

19. Cfr. Martín ALONSO, *Enciclopedia del idioma*, México, Aguilar, 1985, III vol.

20. Citado por Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Ensayos filosófico-jurídicos, 1934-1979*, 2a. ed., México, UNAM, 1984, (Colección Textos Universitarios), pp. 176 y ss.

21. Citado por GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, p. 181.

Tomando en consideración todos los elementos anteriores propongo la siguiente definición: la tónica es una técnica del pensamiento que tiene como finalidad resolver un problema {aporía}, analizar las distintas alternativas de solución (topoi) y como fundamento el reconocimiento general o el sentido común (iendoxa).

*Wagner afirma que el término tónica se refiere a consideraciones valorativas y políticas, consecuentemente la "discusión tónica" sería una discusión jurídico-política, y el pensamiento tónico raciocinio que argumenta con valoraciones.*

Si se acepta esta definición habrá que reconocer -como lo hace en su crítica Eduardo García Amado<sup>22</sup> que la tónica no sólo es aplicable al derecho sino a cualquier otra ciencia; la diferencia será que los **topoi**, en las otras disciplinas, se encontrarán con mayor facilidad. Asimismo, es evidente que la lógica es un mejor instrumento para las ciencias exactas por la facilidad con que se puede formular **proposiciones básicas** que son posibles de verificar con gran certeza, siendo de esta manera evidente que la tónica -como lo afirma Viehweg- es aplicable con mayor propiedad al derecho por su carácter problemático. Por tanto, es una forma de razonamiento jurídico propiamente dicha. Después de la aclaración anterior, se apreciará la importancia de los **topoi** y las distintas clases de tónica.

### ÍÍÍ. Los topoi

Es necesario destacar que para poder solucionar un problema en particular entran en función los tónicos, es decir, puntos de vista más o menos arbitrarios que pueden ser empleados de manera adecuada o inadecuada, dependiendo de la selección, y que

dan distintas soluciones según el caso. En consecuencia, el principal agente técnico de la tónica es el **topoi**, en este numeral se analizará primeramente la importancia de éste en Viehweg y en seguida su trascendencia para otros autores.

### III. 1 Los topoi en Viehweg

Este autor, la mayoría de las veces, utiliza los tónicos como puntos de vista,<sup>23</sup> de tal forma que "siempre que tropezamos con un problema se procede de modo que se traen a colación tentativamente puntos de vista más o menos ocasionales y arbitrariamente seleccionados, a fin de hallar premisas adecuadas y fructíferas que puedan conducirnos a conclusiones iluminadoras".<sup>24</sup>

Los tónicos serán empleados en virtud del tipo de problema escoger para los más pertinentes en el caso concreto; asimismo, están llamados a no perder nunca su carácter problemático,<sup>25</sup> precisamente porque la gran aporía es perenne.

Estos tónicos pueden ser clasificados en catálogos, que son lo mismo que repertorios de puntos de vista. El uso que se les otorga a los tónicos en las argumentaciones les da coherencia funcional como reglas directivas. Su conocimiento facilita la invención en el discurso, trabajando "con posibilidades de orientación y como posibilidades o hilos conductores del pensamiento",<sup>26</sup> siendo no solamente relevantes para la solución del problema sino para la comprensión del mismo.

Los oradores en un discurso invocan, aceptan o rechazan a los tónicos, abriendo un campo para la creación, provocando argumentos que pueden ser aceptados o rechazados por los participantes en la discusión. Por esa razón Viehweg se refiere a los tónicos como signos pragmáticos, que siempre se referirán a un contexto situativo.<sup>27</sup> Este autor diferencia a los tónicos en: los de alcance general, que rigen para cualquier problema pensable y representan generalizaciones muy amplias; y, tónicos particulares de cada especialidad, que sólo son útiles para un determinado círculo de problemas.<sup>28</sup>

Entre los tónicos nunca se configuran largas cadenas deductivas; por ese motivo, ningún tónico se puede caracterizar como principio fundamental;<sup>29</sup> por lo mismo: "el repertorio de tónicos es elásti-

22. GARCÍA AMADO, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

23. Cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 53-142.

24. GARCÍA AMADO, *op. cit.*, pp. 119 y ss.

25. *Ibid.*, p. 56.

26. *Loe. cit.*

27. *Ibid.*, p. 123.

28. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

29. *Ibid.*, pp. 55 y ss.

co y susceptible de ensanchamiento, como corresponde a la primacía del problema".<sup>30</sup>

Los tópicos, para Viehweg, podrían ser la buena fe, la noción metodológica de "interés", el principio de protección de la confianza y los propios conceptos jurídicos por dar algunos ejemplos.<sup>31</sup>

### III.2 Los *topoi* para otros autores

Los tópicos son la piedra angular de la teoría de Viehweg, por ese motivo es muy frecuente que la doctrina reproche la vaguedad de su noción.<sup>32</sup>

Para Rüdig, por ejemplo, el concepto de *topoi* es algo que desde Aristóteles parece secreto.<sup>33</sup> De manera similar Horak considera que dicho concepto es extraordinariamente equívoco a grado tal que "cabría preguntarse si hay algo que no pueda llegar a ser un tópico jurídico".<sup>34</sup>

Esser, en su obra *Grundsatz und Norm*,<sup>35</sup> afirma que en un sistema jurídico abierto a los problemas, los principios son *topoi*, a los cuales define como puntos de vista pragmáticos de justicia material o correspondientes a fines jurídico-políticos.

Norbert Horn considera como *topoi* a las proposiciones jurídicas particulares, los puntos de vista jurídicos, las reglas generalizables y las reglas formales que se usen en la argumentación jurídica.<sup>36</sup> Su concepción de *topoi* puede alcanzar a cualquier término jurídico.

Por su parte, Seibert los define como puntos orientados a la acción o auxilios para la invención, que determinan como posibles ciertas reglas.

El discípulo de Viehweg, Rodigen, caracteriza a los *topoi* como sucesos que provocan o dirigen acontecimientos, los cuales por su función directiva no pueden ser verdaderos ni falsos, -es decir, provocan y guían acciones, pero no las explican. Este autor diferencia entre los *topoi* y los *termini*, los primeros son directivos orientados a la acción, en tanto, los segundos, son expresiones analíticas especializadas.<sup>38</sup>



Los *topoi* son considerados, por el jurista Schneider, como "criterios del argumentar jurídico, perspectivas bajo las que un problema se enfoca".<sup>39</sup> Wieacker define a los *topoi* como puntos de vista de probabilidad y fuerza de convicción generalmente reconocida que se buscan para la decisión de un caso.<sup>40</sup> Su función es la de argumentos que fundan y sustentan una creencia generalizada sobre la idoneidad de la solución escogida. Una aportación importante es la que realiza Rüdig al hacer dos consideraciones básicas de la teoría de la tópicos: a) que ésta opera con lugares comunes; y, b) que opera con puntos de vista. La primera tiene una indudable vigencia pero resulta superficial, la segunda es aplicable a los casos en los que no existen axiomas. Según este autor ambas se han confundido desde Aristóteles hasta Viehweg, lo cual ha provocado polémicas doctrinales. Un esfuerzo teórico muy grande fue el que realizó el jurista Gerhard Struck, quien en su obra *Topische jurisprudentia*<sup>42</sup> elabora un catálogo con sesenta y cuatro tópicos; algunos de ellos son principios generales del derecho, otros máximas formuladas en latín, y otros más "indican los valores fundamentales que el derecho protege y pone en práctica". Su lista no es ex-

30. GARCÍA AMADO, *op. cit.*, p. 125.

31. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 100, 101, 127 y 137.

32. GARCÍA AMADO, *op. cit.*, p. 126.

33. *IBID.*, pp. 55 Y SS.

34. Citado por GARCÍA AMADO, *Loe. cit.*

35. CITADO POR García Amado, *OP. CIT.*, pp. 128 Y SS.

36. *IBID.*, p. 129.

37. *LOE. CIT.*

38. *IBID.*, p. 130.

39. *Loe. cit.*

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*, p. 131.

42. Cfr. Chaim PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Trad., Luis DIEZ-PICAZO, Madrid, Civitas, 1979, (*Monografías*), p. 119.

haustiva, ya que también reconoce que pueden aparecerse como puros lugares comunes, como conceptos, en fin, de manera separada a cualquier ordenación.

Perelman menciona algunos ejemplos de tópicos del catálogo de Struck: ley posterior deroga a la anterior, nadie puede ser juez y parte, nadie está obligado a lo imposible, la proporcionalidad, la seguridad jurídica, por mencionar algunos.

El mismo Struck les otorga a los tópicos las características siguientes: a) son generales, rigen dentro del ámbito general del derecho; b) son convincentes, razonables; c) tienen la capacidad de imponerse; d) son vagos, se determinan con el problema en concreto; e) son interpenetrables, es decir entre ellos no existe ningún tipo de jerarquía; y f) tienen una gran utilidad práctica.<sup>43</sup>

Para Struck, los *topoi* tienen una función doble: por un lado la heurística, se trata de ideas orientadoras que permiten un adecuado acceso a una discusión precisa del problema; y, la hermenéutica, ya que son vocablos que determinan un amplio campo de significaciones, con lo que dejan siempre delimitado el ámbito de solución, excluyendo a otras<sup>44</sup>. Asimismo, para Struck, los tópicos jurídicos sólo pueden ser reconocidos cuando respecto de los mismos, en su grado de justicia, exista un consenso.

Para Egon Schneider, algunos ejemplos de tópicos son la buena fe, la protección de la confianza, el fundamento del negocio, el estado de necesidad su- pralegal.<sup>45</sup> En el mismo tenor, Kriele considera que los *topoi* son tanto los procedimientos conclusivos de la lógica jurídica, como los elementos de la interpretación jurídica o los principios de derecho<sup>46</sup>. Tammelo considera también como *topoi* a los criterios de justicia,<sup>47</sup> en tanto, Ballweg considera hasta a las mismas codificaciones y leyes como catálogos de topicos.<sup>48</sup>

Una de las críticas que se han hecho a los *topoi* es que al formar parte de un determinado contexto cultural e histórico pueden llegar a "favorecer más la justificación ideológica de las decisiones judiciales, que el pensamiento crítico";<sup>49</sup> de igual manera, se afirma que su uso puede representar una especie de persuasión incontrolada, que podría ser un riesgo evidente para la seguridad jurídica.

Otra opinión frecuente contra la tópica es que propone catálogos de *topoi*, pero no indica cómo se ha de escoger de entre ellos para cada caso en particular.

La crítica principal para la tópica -según Chaim Perelman- estriba en la supuesta vaguedad de los tópicos, característica que permite a las partes invocar en un mismo conflicto a uno u otro, dependiendo de los resultados que desee cada parte.<sup>50</sup> Struck responde a la crítica anterior desde un punto de vista dogmático y afirma que ninguna regla de derecho, ni ningún valor son absolutos y que, consecuentemente, hay situaciones en que cualquier regla debe quedar limitada, y un valor ha de ceder consideraciones que en alguna ocasión determinada le sobrepasan.<sup>51</sup>

Para una mejor comprensión de las ideas de Struck, Perelman menciona el siguiente ejemplo:

**Así, aunque la libertad de palabra se considera como un valor prioritario en la Constitución americana, se admite, sin embargo, que no se puede permitir su ejercicio cuando determina un peligro inminente. El que grita "fuego" en un teatro lleno de gente y lo hace para provocar pánico, no puede argüir su derecho a la libertad de palabra para sustraerse a la acción judicial.**<sup>52</sup>

Sin embargo, como una refutación a los críticos de la tópica, adeptos a una concepción más dogmática y sistemática del derecho, se puede afirmar que la tópica de ninguna manera se opone a un sistema de derecho, su objeción, más bien, llevaría a una aplicación rígida e inflexible de éste.

Se dice también que podría favorecer a una justificación ideológica de las decisiones judiciales en lugar de un pensamiento crítico, por lo que se puede decir que al otorgarse más libertad al juez en la interpretación de los textos legales, en lugar de conducirse a lo injusto, se aumentan los medios intelectuales del juez para resolver el caso concreto de una manera equitativa.

Aceptar la tópica es aceptar el carácter dinámico del derecho y su necesaria adaptación a las diferentes circunstancias de hecho. Como afirma García de Enterría, los grandes juristas han dejado huella no sólo en la ciencia del derecho sino en el derecho vivido.<sup>53</sup>

Se concluye en este numeral con las siguientes palabras de Struck: la ventaja de los tópicos jurídicos

43. PERELMAN, *op. cit.*, p. 132.

44. *Loc. cit.*

45. GARCÍA AMADO, *op. cit.*, p. 133.

46. *Loc. cit.*

47. *Loc. cit.*

48. *Loc. cit.*

49. *Ibid.*, p. 136.

50. *Cfr.* Chaim PERELMAN, *op. cit.*, p. 128.

51. *Loc. cit.*

52. *Loc. cit.*

53. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, P. 33.

es que "en lugar de contraponer el derecho a la razón y a la justicia, se esfuerzan, por el contrario, en conciliarlos."<sup>54</sup>

#### IV. Las clases de tónica

La distinción entre los tipos de tónica tiene que ver mucho con los tipos de tópicos que se utilizarán, o en la forma en que sean usados. Con fundamento en este criterio se estudiará la clasificación de tónica que hace Theodor Viehweg.

##### IV. 1 La distinción de Viehweg

La distinción principal que introduce Viehweg es entre tónica formal y tónica material. El primer tipo de tónica es la también denominada tónica de contenidos, la cual tiene diversas encarnaciones históricas. Serían los catálogos de tópicos vigentes para cada época.<sup>55</sup> Se acude a estos catálogos buscando un auxilio, el que se presenta a través de éstos, como los llama Viehweg, "repertorios de puntos de vista" ya preparados de antemano; a este tipo de procedimiento lo denomina como tónica de segundo grado.<sup>56</sup>

Por otro lado, la tónica material alude a la actividad argumentativa de los tópicos para ser usados en diversas circunstancias, operan no sólo en el contexto de descubrimiento sino además de fundamentación.<sup>57</sup> Aquí se toman puntos de vista arbitrarios, se buscan premisas que nos puedan dar luz sobre el caso para, por medio de esos puntos de vista directivos, encontrar una solución aceptable. Tónica de primer grado es la denominación que le da Viehweg a este sistema.<sup>58</sup>

Esta sería la clasificación básica de tónica para Viehweg, distinta sería la de Ródig ya analizada líneas arriba.<sup>59</sup> Dicha diferenciación tendría, sobre todo, importancia práctica al usar o no los catálogos de tópicos, así como para comprender que existen dos procedimientos distintos dentro de la misma tónica, para llegar a una solución. Después "de esta breve explicación de la importancia de la tónica jurídica espero que resulte fácil al lector el entender su aplicación práctica,<sup>60</sup> así como el siguiente análisis.

55. Citado por PERELMAN, *op. cit.*, p. 130.

56. GARCÍA AMADO, *op. cit.*, p. 104.

57. VIEHWEG, *op. cit.*, p. 53.

58. GARCÍA AMADO, *loc. cit.*

59. VIEHWEG, *loc. cit.*

60. Vid. *Supra*, ti. 41.+

61. Véase para el análisis de la aplicación práctica en otras materias a Theodor VIEHWEG, *Tónica y filosofía del derecho*, Trad. Jorge M. SEÑA, Barcelona, Gedisa, 1991, pp. 150 y ss.

#### V. Un análisis tónico

El caso práctico que aquí presento es un asunto ventilado ante el juzgado tercero de lo civil en el Distrito Federal, en el que se dictó una resolución el 11 de noviembre de 1992.

La *aporía*. El problema a resolver es el planteado en la demanda (pretensión) por el actor X, que en este caso solicita ante el tribunal se de por terminado un contrato de comodato celebrado con la parte demandada Y, sobre un bien inmueble, en este caso una casa habitación.

*Argumentos del actor X.*

1. **Existe un contrato de comodato con la demandada Y, mismo que nunca fue formalizado.**
2. **El bien inmueble, en consecuencia, ha sido ocupado por la demandada Y en forma gratuita.**
3. **Como ya no desea que el comodato continúe le ha solicitado a la demandada Y el retomo del bien.**

Las pruebas que presentó X para sustentar sus pretensiones son el título de propiedad, la confesional de Y, así como la presuncional.

*Argumentos de la demandada Y.*

1. **No existe ninguna relación contractual con X.**
2. **El inmueble es de su propiedad.**
3. **Nunca X solicito la entrega del bien inmueble.**

La prueba principal de Y fue negar en la confesional la relación contractual.

*Tópicos.* El juez ante los argumentos y pruebas esgrimidos por X y Y, al resolver tomó en cuenta los siguientes tópicos:

1. **Topoi formal. Art. 2497 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice: "El comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible, y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente".**
2. **Topoi formal. Arts. 2011 y siguientes del mismo código en el que se establecen las obligaciones de dar.**
3. **Topoi formal. Art. 281 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el cual se establece que lo que se afirma debe de ser probado. En este caso, sería la existencia del contrato de comodato.**
4. **Topoi formal. Los demás artículos de dichos ordenamientos aplicables procedimentalmente, tales como las reglas de valoración de las pruebas y de emisión de la sentencia.**
5. **Topoi formal. El juzgador también tomó en cuenta la siguiente tesis jurisprudencial:**

COMODATO, ACCIÓN SOBRE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE. NO ES NECESARIO ACREDITAR LA PROPIEDAD. Si en el caso se ejerció la acción de terminación de un contrato de comodato, no era indispensable que el actor acreditara la propiedad del inmueble respectivo, pues se trata del ejercicio de una acción personal y no real. Ciertamente, la acción es personal porque nace de una obligación también personal y sólo se da contra la persona obligada, es decir, contra la persona determinada que es precisamente el contratante comodatario y no en contra de un tercero, a diferencia de las acciones reales que se pueden enderezar en contra de cualquier persona en cuyo poder se halle la cosa. Amparo directo 253/78. Manuel Rivas Trujillo. 8 de junio de 1978. Unanimidad de votos. Informe 1978. Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Núm. 10. p. 394.<sup>61</sup>

6. *Topoi* material. Principio de congruencia, es decir, la resolución debe ser acorde con lo pedido.

7. *Topoi* material. La doctrina, misma que establece que el comodato es un derecho personal. En concreto, una obligación de dar el uso de una cosa no fungible y la contraobligación de restituirla individualmente.

**Solución.** En el caso en concreto, el juzgador determina que, si bien X presentó el título de propiedad del bien no es prueba suficiente ni idónea, para demostrar la existencia del contrato de comodato, ya que se trata de un derecho personal y no real, y es obligación de X el probar su pretensión. Tratando de buscar la respuesta más correcta el juez decide que X no acreditó su acción ni Y su excepción, por lo que se dejaban a salvo sus derechos.

**Endoxa.** El juez no utilizó de forma adecuada los tópicos seleccionados, en específico el relativo al principio de congruencia, ya que X solicitó la terminación de un contrato de comodato y la entrega del bien inmueble por parte de Y. Si X no demostró la existencia del contrato con Y, el juzgador debió de absolver a Y de la demanda de X. Esta parecía ser una solución más plausible.<sup>62</sup>

## VI. Conclusiones

La tópica resulta poco conocida en la actualidad por los estudiosos y los aplicadores del derecho, sin

considerar la utilidad que puede tener en la estructuración y simplificación de los argumentos jurídicos y que, de alguna forma, la ciencia jurídica es obediente al tipo de pensamiento tópico. Quizá lo que haya complicado su utilización es la carencia de un consenso respecto a la definición y aplicación de la tópica y, principalmente la falsa creencia de que ese método argumentativo solamente era empleado en los denominados casos "difíciles".

Para tratar de rescatar a la tópica en el derecho moderno se debe considerar como una técnica del pensamiento que tiene como finalidad resolver un problema (*aporía*), analizar las distintas alternativas de solución (*topoi*) y como fundamento el reconocimiento general o el sentido común (*endoxa*).

Finalmente, para acallar a los detractores de la tópica se reconoce que, si bien ha tenido grandes carencias y espacios de gran indefinición, no se debe olvidar que esta teoría argumentativa no se opone al derecho, más bien crítica su aplicación rígida e inflexible.

## VII. Bibliografía

ALONSO, Martín, *Enciclopedia del Idioma*, Madrid, Aguilar, 1991, 3 vol.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1984, (Cuadernos Civitas), 184 pp.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1984, (Cuadernos Civitas), 184 pp.

GÓMEZ PADILIA, Jr., *5 ensayos de sociología jurídica*, México, Renacimiento, 1981, 172pp.

PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Trad. Luis DIEZ-PLCAZO, Madrid, Civitas, 1979, (Monografías), 256 pp.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, Trad. Jorge M. SEÑA, Barcelona, Gedisa, 1992, (Estudios alemanes), 208 pp.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Trad. Luis DIEZ-PICAZO, Madrid, Taurus, 1964, (Ensayistas-39), 146 pp.

## VIII. Hemerografía

DÍAZ y DÍAZ, Martín, "La expropiación forzosa en el pensamiento jurídico de GARCÍA DE ENTERRÍA, (Contexto, apogeo y desencanto)", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, septiembre-diciembre, 1989, número 120.

62. Tiempo después se publicó una tesis jurisprudencial que indica que corresponde al actor demostrar la existencia del contrato de comodato, esta podría aplicarse a nuestro caso, pero fue publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* en diciembre de 1993, p. 72

63. De hecho, se presentó una demanda de amparo por parte de X, en la cual el juzgado de Distrito llegó a una solución similar a la aquí propuesta.