

# Tópica y principios generales del derecho

## 1. Introducción

La publicación en 1953 de la obra *Tópica y Jurisprudencia* de Theodor Viehweg, ha marcado un hito para la noción de tónica jurídica<sup>1</sup>, transformándolo en un concepto recurrente para la teoría del derecho, especialmente en lo relacionado con la metodología jurídica<sup>2</sup> y también para el derecho público.<sup>3</sup>

La tónica, como método, nos conduce a un sistema abierto<sup>4</sup> para encontrar criterios

<sup>1</sup> “El punto más importante en el examen de la tónica lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema ... La tónica pretende suministrar datos para saber como hay que comportarse en una situación semejante (existencia de una aporía) a fin de no quedar detenido sin remisión” Viehweg, Theodor. *Topik Und Jurisprudenz*, C. H. Beck'sche Verlangsbuchhandlung, Munich, 1963. Existe versión en español: *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus Ediciones S.A., Madrid, 1964, (Luis Díez-Picazo Ponce de León, Trad), p. 49. En lo sucesivo citaremos esta obra por la versión española, mediante las iniciales TJ.

<sup>2</sup> Vid. Roesler, Claudia. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso. Racionalidade*, Editora Momento Actual, Florianópolis, 2004, 226 p.

<sup>3</sup> La tónica como metodología no es indiferente al derecho público,, señala García Amado que: “También en el Derecho Constitucional la polémica en torno a la virtualidad metodológica de la tónica reviste características peculiares por la riqueza de implicancias jurídicas y políticas que el debate metodológico suscita en esta rama.”. García Amado, Juan Antonio. *Teorías de la Tónica Jurídica*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988, p. 276. Sobre *Tópica y Derecho Constitucional* también pueden consultarse pp. 276 - 287.

<sup>4</sup> La aparente contradicción inicial, que podría estimarse entre sistema jurídico y tónica no existe. Se trata de un complemento o simbiosis indispensable entre ambas. La casuística entregará el referente inicial y posteriormente la lógica continuará el procedimiento de determinación del principio, lo cual por ejemplo ocurre en el mundo anglosajón. No se opone a la tónica el concepto de sistema, así también certeramente lo afirma Robles Morchón al señalar que: “La tónica no es contraria al sistema, sino al sistema cerrado”. Robles Morchón, Gregorio. *Epistemología y Derecho*, Editorial Pirámide, Madrid, 1982, p. 113. En este mismo sentido Larenz señala la que pensamiento problemático y sistémico no precisan, en modo alguno, excluirse. Larenz, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Vierte ergänze Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heilderberg, 1979. Existe versión en español: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1994, (Marcelino Rodríguez Molinero, trad.), p. 156.

\* *Profesor Asistente de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Diploma de Estudios Avanzados Europeos y Candidato a Doctor en Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante, España.*

de aproximación,<sup>5</sup> a la resolución justa del caso particular sometido a decisión judicial.<sup>6</sup> En este sentido, el libro de Viehweg subraya la insuficiencia de la lógica de la subsunción, puesto que, la Jurisprudencia no trata de la realización de principios jurídicos generales que se encuentran en las leyes y han de ser aclarados por la interpretación, sino sólo de la resolución justa del caso particular.<sup>7</sup>

La tópica no es un tema pacífico.<sup>8</sup> Existen también detractores<sup>9</sup> de las bondades de este replanteamiento aristotélico<sup>10</sup>. No es este el momento para continuar esta larga

<sup>5</sup> “En la concepción de VIEHWEG, el proceso discursivo que conduce a la dilucidación de problemas jurídicos, así como las fijaciones lingüísticas que en él se usan o se establecen, sólo pueden ser cabalmente comprendidos a partir de lo que llama un pensamiento “situativo”. El discurso jurídico y los argumentos en él empleados en cada caso no poseen un significado previo exacto, inmutable y prefijado de una vez por todas. Su pertinencia se establecerá en cada ocasión a la luz de la situación discursiva (Redesituation), que es tanto como decir, a la luz del marco delimitado por el contexto en el que se plantea la discusión en cada caso. Empleando la división sentada por MORRIS, VIEHWEG afirma que, frente a lo que viene siendo el tratamiento habitual del lenguaje y la argumentación jurídica, que pone el acento de modo prácticamente exclusivo en la dimensión sintáctica y semántica del lenguaje jurídico, una verdadera toma de conciencia del modo de articularse el discurso jurídico en la praxis real impone la consideración preferente de su dimensión pragmática “del contexto situativo en el que los signos son empleados por los interlocutores”. García Amado, ob. cit., pp. 329 y 330.

<sup>6</sup> “Según VIEHWEG, la investigación retórica de la argumentación jurídica, única capaz de desentrañar los mecanismos últimos de su racionalidad, comienza por situar la argumentación a analizar en su contexto pragmático, atendiendo no ya preferentemente a las relaciones entre los signos lingüísticos o de éstos y los sujetos, sino entre los signos y sus usuarios. Para este análisis la moderna retórica contaría con el auxilio de disciplinas, como la semiótica o la teoría de la comunicación. Sobre este fondo pragmático, la racionalidad poseería reglas específicas, distintas de las que rigen en el plano puramente sintáctico o semántico. Se puede así, según VIEHWEG, hablar de una “racionalidad retórica”, cuyo núcleo central radica en la constatación de la dependencia pragmática, situativa, de toda posibilidad de entendimiento y comunicación en campos como el del discurso jurídico”García Amado, ob. cit., 330.

<sup>7</sup> Larenz, ob. cit., p. 152.

<sup>8</sup> Crf. Larenz, ob. cit., p. 154.

<sup>9</sup> Guzmán Brito señala al respecto que: “Ya hemos hecho notar que en su obra titulada tópica, Cicerón entiende por tal a un “arte de descubrir o hallar o encontrar argumentos” (ars inveniendi), si bien le atribuye encubiertamente él una finalidad retórica; dejemos este último aspecto a un lado para centrarnos en el primero, que era el mismo atribuido por Aristóteles.

Tal era la finalidad de la tópica, sobre la que moderadamente el jurista alemán Teodoro Viehweg llamó la atención en un célebre y comentado libro. El interés central de su exposición estriba en contraponer la tópica a la “axiomática”: según Viehweg, aquella es una técnica del pensamiento problemático, mientras que ésta es la forma del pensamiento deductivo. Pero tal contraposición está llena de equívocos”. Agrega que: “Estos espejismos engañan a Viehweg, quien, simplificando la realidad jurídica, contrapuso la tópica a la axiomática, en vez de contraponer sistemas formalizados a sistemas no formalizados. Según Viehweg, el derecho romano clásico habría sido tópico como axiomáticos serían los derechos modernos, cuando en realidad lo que debe decirse es que el derecho romano clásico ofrecía un sistema no formalizado como formalizados los ofrecen los derechos modernos, sin perjuicio de que en ambos tanto el pensamiento tópico cuanto el deductivo (axiomática) ocupan el lugar que en todo derecho científico debe ocupar... Todavía hay otra confusión en el pensamiento de Viehweg, consistente en su tendencia a identificar la axiomática con el sistema y a convertir en recíprocamente repugnantes a éste y la tópica; de acuerdo con ello, la idea de sistema sería propia de un derecho construido axiomáticamente, mientras que los derechos tópicos serían asistemáticos. Pero esto es desconocer que también la tópica puede servir para construir un sistema. Con ello encontramos en la segunda función que puede cumplir aquella técnica y que precisamente llamaremos función sistemática”. Guzmán Brito, Alejandro. Historia de la Interpretación de las Normas en el Derecho Romano, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereira, Santiago, 2000, pp. 310 y 311.

<sup>10</sup> Señala Aristóteles, al referirse a la tópica y el razonamiento dialéctico, que el propósito de su estudio “es encontrar un método a partir del cual podamos razonar sobre todo problema que se nos proponga, a partir de cosas plausibles, y gracias al cual, si nosotros mismos sostenemos un enunciado, no digamos nada que le sea contrario..” Aristóteles, Tratados de Lógica (Órganon), Editorial Gredos S.A., Madrid, 1982, 2ª reimpresión 1994, (Miguel Candel San Martín, Trad.), Tomo I, pp. 89 – 90.

discusión. Adherimos, en el presente estudio, a quienes reconocen su importancia<sup>11</sup>, especialmente en el desarrollo de las nuevas teorías de la argumentación jurídica.<sup>12</sup>

La búsqueda de una relación entre tópica y principios generales del derecho, será nuestro trabajo. Establecer que en sede jurisdiccional, posiblemente, el método tópico sirve para descubrir y depurar los principios generales del derecho, al resolver en forma justa un caso sometido a su decisión.

## 2. Tópica jurídica

El análisis de este tema requiere previamente considerar dos aspectos: el primero que debemos entender por tópica,<sup>13</sup> el segundo es la descripción que Viehweg hace del modo de pensar tópico<sup>14</sup> y el tercero tener presente que en el derecho, la tópica tiene

<sup>11</sup> Crf. Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1984, p.55.

<sup>12</sup> “Quien propone una teoría de la argumentación jurídica se ve enseguida identificado con la tópica, que ha jugado un papel tan importante en la discusión metodológica de los últimos veinte años”. Alexy, Robert. *Theorie der Juristischer Argumentation*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1978. Existe versión en español: *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, (Manuel Atienza e Isabel Espejo, trad.). Así también lo señala García Amado: “La tópica sería núcleo central de la retórica. Si la retórica investiga el proceso comunicativo mediante el cual en la “situación discursiva” se establecen significados, la tópica ofrece la mejor perspectiva para la comprensión de ese proceso productivo, pues los tópicos proporcionan “auxilios para la invención”, son una fuente de argumentos posibles, cuya utilidad se examina en cada caso a la vista de la concreta situación. Constituyen el instrumento principal al que los interlocutores acuden a la hora de desarrollar el proceso creativo en que la argumentación consiste. Serían una especie de moldes diversamente utilizables en atención a las circunstancias que definen cada argumentación y cuya selección tiene lugar entre partes de esa argumentación y cuya selección tiene lugar entre las partes de esa argumentación a la vista, precisamente, de esas circunstancias. Esta función pragmática de los tópicos privaría de relevancia a la constatación de que, desde el punto de vista sintáctico, aparecen como carentes de un orden lógico y, desde el punto de vista semántico, como excesivamente vagos. Esto supondría un defecto si los tópicos tuviesen que cumplir una función descriptiva, pero no es óbice para que realicen una tarea retórica, como apoyo instrumental a la argumentación.” García Amado, ob. cit., p.332.

<sup>13</sup> “Siguiendo a Otte, puede entenderse por “tópica” tres cosas diferentes: (1) una técnica de búsqueda de premisas, (2) una teoría sobre la naturaleza de las premisas y (3) una teoría del uso de estas premisas en la fundamentación jurídica. Como técnica de búsqueda de premisas, la tópica propone la búsqueda de todos los puntos de vista que se puedan tener en cuenta. Aquí pueden ser de gran ayuda los catálogos de topoi. Struck ha reunido, quizá con finalidad crítica, un catálogo de sesenta y cuatro topoi. En él se encuentran cosas tan heterogéneas como “lex posterior derogat legi priori”, “lo inaceptable no puede ser exigido”, y “propósito”. Incluso el valor heurístico de esta yuxtaposición puede ponerse en duda. En cualquier caso, no se pretende nada parecido en esta investigación. La concepción de la tópica como una teoría sobre la naturaleza de las premisas es más interesante. Quien argumenta tópicamente no parte, por un lado, de enunciados demostrados como verdaderos, pero, por otro lado, tampoco parte de enunciados arbitrariamente establecidos, sino de Eudoea, es decir, de enunciados verosímiles, plausibles, generalmente aceptados, o probables. Esto es, en parte, correcto, pero se presta a malentendidos, es demasiado general y es, en parte, falso. Es demasiado general, porque no se diferencia suficientemente entre las diferentes premisas que se utilizan en las fundamentaciones jurídicas. La frase de Struck “la ley es un topos entre otros, sólo que mucho más importante”, no se ajusta al papel de las normas jurídicas presupuestas como vigentes en el discurso jurídico. En esta debilidad radica la importancia de la tópica para dar cuenta del encuadre de la argumentación jurídica tanto dentro de la dogmática jurídica institucionalmente elaborada, como también en el contexto de los precedentes. Una teoría adecuada de la argumentación jurídica tiene, sin embargo, que incluir una teoría tanto de la dogmática jurídica, como también de la valoración del precedente”. Ibid, pp. 40 y 41.

<sup>14</sup> “¿Qué entiende Viehweg por “Tópica? Siguiendo a Aristóteles y a los retóricos, en especial a Cicerón, la define como “un procedimiento especial de discusión de problemas”, que se caracteriza por el empleo de ciertos puntos

sus nociones principales en el problema y la aporía. Como ya señalamos, la tópica es para este autor una técnica del pensamiento problemático<sup>15</sup>. El punto de partida es un problema concreto, un estado de cosas que configura una aporía. Una aporía significa, para Viehweg, una cuestión acuciante e ineludible, respecto de la cual no existe señalado un camino de salida, pero que no se puede soslayar. La tópica, sólo pretende dar orientaciones de cómo proceder en una situación como esa, a fin de no quedar detenido sin remisión.<sup>16</sup>

El método tópico procederá de un modo simple, tomando por vía de ensayo, en arbitraria selección, una serie de puntos de vista más o menos ocasionales,<sup>17</sup> buscando de este modo unas premisas objetivamente adecuadas y fecundas, que puedan llevarnos a unas consecuencias que nos iluminen.<sup>18</sup>

de vista, planteamientos y argumentos generales, aceptados como estables: justamente de “topoi”. Los topoi son “puntos de vista polifacéticos, aceptables en todas sus partes, que se usan en pro y en contra de lo que se opina y pueden conducir a lo verdadero” (p. 10). Se emplean para poner en marcha la discusión de un problema y, en cierto modo, abordarlo desde aspectos diferentes, como también para descubrir la conexión comprensiva, ya dada, en la que está situado el problema. Pero, mientras el pensamiento sistemático-deductivo intenta aprehender esta conexión comprensiva como un sistema global, como una conexión derivativa lógica, el pensamiento tópico no abandona el recinto señalado por el problema mismo: se instala continuamente en el problema y retorna a él. Las conexiones derivativas “tópicas” sólo pueden ser, por ello, de “ámbito pequeño o muy pequeño”; el pensamiento tópico no conduce a un sistema (global), sino “a una pluralidad de sistemas, sin demostrar su compatibilidad desde un sistema global” (p. 33). Tiene, se podría también decir, su “punto central” siempre en el problema particular, no en una conexión trascendente de problemas o de cosas que se hace visible en los problemas particulares. En concreto Viehweg distingue dos grados de tópica. En el primero, el grado más primitivo, se captan sólo, “intencionadamente y en libre elección, punto de vista más o menos casuales y se convierten en un problema. Así se procede casi siempre en la vida diaria. En el segundo grado se buscan puntos de vista y se reúnen en los denominados “catálogos de tópicos” que parecen “ajustados” a problemas determinados. También aquí se omite todo intento de poner en una determinada relación unos con otros. La ordenación de tales catálogos es discrecional, por ejemplo, alfabéticamente; el número de posibles topoi es prácticamente ilimitado. Es indiferente que “aparezcan como conceptos o proposiciones” (p. 38); sólo es esencial su función: “servir a la discusión del problema” (p.18). Su sentido lo reciben “siempre del problema” que están destinados a esclarecer, y tienen que ser comprendidos “como posibilidades de orientación o hilos conductores del pensamiento”. Larenz, ob cit., p.153.

<sup>15</sup> Vid. Nota 2.

<sup>16</sup> TJ, p. 49.

<sup>17</sup> “Los razonamientos dialécticos, que Aristóteles examinó en Los Tópicos, en la Retórica y en la Refutaciones de los Sofistas, no se dirigen a establecer demostraciones científicas, sino a guiar deliberaciones y controversias. Tienen por objeto los medios de persuadir y de convencer por medio del discurso, de criticar las tesis de los adversarios y de defender y justificar las propias con la ayuda de argumentos más o menos sólidos. ¿En qué difieren los razonamientos dialécticos de los analíticos y el silogismo dialéctico, llamado entimema, del silogismo riguroso de la lógica formal? Aristóteles nos dice que en el entimema no se enuncian todas las premisas – se sobreentienden las que son conocidas o aceptadas por el auditorio – y aquellas sobre las cuales se funda son sólo verosímiles o plausibles. Por lo demás, la estructura del razonamiento dialéctico es la misma del silogismo. Esta última afirmación parece a primera vista inconciliable con la que Aristóteles hace en punto a que el uso del discurso persuasivo consiste en llevar a una decisión (1). En efecto, la estructura de la argumentación que sirve de fundamento a una decisión parece muy diferente de la de un silogismo por medio del cual se pasa de unas premisas a una conclusión. Mientras que, en el silogismo, el paso de las premisas a la conclusión es necesario, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión. Este paso no puede ser en modo alguno necesario, pues, si lo fuera, no nos encontraríamos en modo alguno ante una decisión, que supone siempre la posibilidad de decidir de otra manera o de no tomar ninguna decisión. Como he dicho en otro lugar (2), existe siempre la posibilidad de transformar una argumentación cualquiera en un silogismo, añadiéndole una o varias premisas complementarias”. Perelman, Ch.. Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique, Jurisprudence Generale Dalloz, Paris, 1976. Existe versión en español: La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1979, (Luis Diez Picazo, trad.) pp. 10 y 11.

<sup>18</sup> TJ, p. 53.

Sobre el particular Viehweg, denomina al procedimiento antes descrito tópica de primer grado, en cambio reserva la expresión tópica de segundo grado para el procedimiento que se sirve de catálogos de tópicos o repertorios de puntos de vista ya preparados de antemano, los cuales a su vez pueden ser generales como especiales, sirviendo ambos para la discusión del problema, y tienen extraordinaria importancia en orden a la fijación y establecimiento del entendimiento.<sup>19</sup>

### 3. Los principios generales del derecho y la tópica

La búsqueda de una posible relación entre ambos conceptos, debe llevarnos necesariamente a preguntarnos: ¿Es la tópica de primer grado una forma de aproximación a los principios generales del derecho?. Al parecer, la respuesta es definitivamente no. Este tipo de tópica no dice relación con la búsqueda de dichos principios, sino más precisamente con su aplicación. Es la tópica de segundo grado la que se acerca a la forma en que se crean, descubren, estructuran y afinan los principios generales del derecho. La tópica realizará una aproximación al problema y en su solución planteará un principio de derecho, incorporándolo a un catálogo de tópicos, los cuales a su vez se validan al interior del sistema jurídico y por medio de su aplicación constante y uniforme.

En este mismo sentido, García de Enterría, señala que los principios generales del derecho son efectivamente un catálogo de tópicos, que fundamentan y estructuran el orden jurídico. Ellos condensan los grandes valores jurídicos materiales,<sup>20</sup> que constituyen su sustrato, y la reiterada experiencia de la vida jurídica<sup>21</sup>. Establecen los límites

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> “Estos principios institucionales son normalmente los únicos “principios generales” respecto de situaciones determinadas, puesto que en ellos se expresan, a través de la conversión técnica correspondiente, el orden de valores propio del Derecho natural, o del orden político, reducido a los términos concretos de la experiencia tópica. Es justamente aquí donde se rompe la concepción dualista del orden jurídico y donde se impone la certidumbre de su íntima estructura unitaria, aunque perpetuamente abierta a la doble perspectiva de los valores superiores y de la praxis vital. Inmediatamente toda la obra de interpretación y aplicación del Derecho, así como la de construcción científica del mismo, no puede realizarse sino contando con este tipo de principios”. García de Enterría, *Reflexiones*, ob cit., p. 67.

<sup>21</sup> “Los principios generales del Derecho son, como bien se sabe, una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum mismo del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica (tópica, en el sentido de VIEHWEG). Pues bien, hay que afirmar que la Administración está sometida no sólo a la Ley, sino también a los principios generales del Derecho, y ello por una razón elemental, porque la Administración no es señor del Derecho, como puede pretender serlo, aunque siempre será parcialmente, el legislador. La Administración no es un poder soberano, sobre esto hemos de insistir, y por esta simplísima razón no puede pretender apartar en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que dimana de un principio general de derecho operante (dentro de la comunidad que se contempla) en la materia de que se trate. La Ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual, con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la Administración. No tiene sentido por ello pretender ampararse en una potestad discrecional para justificar una agresión administrativa al orden jurídico, vale decir, a los principios generales, que no sólo forman parte de éste, sino mucho más, lo fundamentan y lo estructuran, dándole su sentido propio por encima del simple agregado de preceptos casuísticos.” Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Editorial Civitas, 3ª Edición, 1983, reimpresión 1989, pp. 42-44.

a la actuación del poder estatal, erigiéndose como garantía efectiva de la libertad, y por consiguiente del Estado de Derecho.

Agrega dicho autor, que al dilucidar el verdadero carácter de los principios generales del derecho, la caracterización de la ciencia jurídica como una ciencia necesariamente obediente al tipo de pensamiento tópico es, en verdad, algo esencial, pues el descrédito de los principios generales viene de su formulación axiomática.<sup>22</sup>

El proceso de constatación existencia, no puede ser un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse y por otra, al sentido jurídico preciso que la ley le ha asignado.<sup>23</sup>

Es precisamente, en este aspecto, donde nos encontramos con la misión del juez, cuya labor constituye una garantía frente a la arbitrariedad del poder.

El Juez, deberá verificar la existencia del principio jurídico, establecerlo con precisión y dar solución a la aporía presentada por el problema (caso concreto sometido a su decisión). En esta labor, velará que su actuación jurídica pública, esté exenta de ilegalidad y arbitrariedad, ya que ambas no son admisibles en un Estado de Derecho.<sup>24</sup> Esa misión, debe entregarse a un juez especializado, sea Constitucional o Administrativo, ya que de otra forma la posibilidad de llegar a soluciones injustas o carentes de contenido jurídico relevante, incluso el mero arbitrio judicial, existe. Por ello la prevención de no cambiar un órgano del Estado que actúa arbitrariamente por otro lo hace en igual forma, es una necesidad básica de la justicia administrativa y un desafío para el derecho.<sup>25</sup>

Si la tónica es la técnica del pensamiento problemático y dado que la jurisprudencia como técnica, está al servicio de una aporía, debe corresponder con los puntos esen-

<sup>22</sup> “El descrédito de la idea de los principios generales del Derecho y, mucho más aún, de la idea de un Derecho natural, vienen (sic) cabalmente de su pretendida formulación axiomática, de su presentación ante el jurista positivo como un supuesto y auténtico *primum verum*, del cual, por simples deducciones, más o menos extensas, pero inexorables, podría llegarse a las últimas y más particularistas ramificaciones del Derecho positivo”. García de Enterría, *Reflexiones*, ob cit., p.59.

<sup>23</sup> García de Enterría, *La lucha*, ob. cit., pp. 36-38.

<sup>24</sup> “El juez no es, como ya sabemos, un órgano ciego y autónomo de aplicación de las Leyes, pero tampoco puede ser el señor del Derecho en una sociedad libre e igualitaria. De nuevo el papel de la Ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática, por más que haya de convivir con la preeminencia de la Constitución y con el papel, ya no neutro sino activo, del juez, pero siempre vocado al servicio de la Constitución y la Ley y de sus valores propios. Al sistema jurídico no le interesan nada las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino sólo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que les impone operar necesariamente con sus principios, depurando y afinando su alcance.” Eduardo García de Enterría, en García de Enterría y Menéndez Menéndez Aurelio, *El Derecho, la Ley y el Juez*. Dos estudios, Editorial Civitas S. A., 1997, pp. 51y52.

<sup>25</sup> Por ello hemos elegido precisamente este tópico ya que creemos al igual que el profesor García de Enterría que la tarea del jurista es “la de reconducir los grandes temas que estremecen el corazón del hombre, como es este, sin duda, del Poder, a su concreta, diaria y artesana aplicación, donde desaparecen el esoterismo y su misterio y se hace patente, posiblemente, su funcionalismo verdadero. Así, todo el suculento tema del Estado de Derecho se convierte para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas y particulares. Esta conversión de la metafísica en técnica, es justamente, nuestro papel en el gran concierto de las ciencias sociales.” García de Enterría, *La lucha*, ob. cit., p.12.

ciales de la tónica. Por ello, precisamente, la misión del juez es descubrir, aquellos principios que dan sustento a nuestro sistema de derecho, al resolver su caso.<sup>26</sup> La siguiente interrogante es: ¿Cómo ese juez se aproxima a un principio jurídico y efectúa constatación de existencia?

El establecimiento de una tónica jurisprudencial, como método de creación, descubrimiento, depuración y afinado de los principios generales del derecho, es una de las técnicas más valiosas a las cuales podemos recurrir, la cual junto con la interpretación, abre nuevas posibilidades de entendimiento, sin lesionar las antiguas, constituyéndose en piezas de tónica, extraordinariamente apropiadas en los cambios de situación.<sup>27</sup> Esta forma de pensamiento problemático, permite al juez encontrar respuesta a las temáticas siempre cambiantes de las realidades normativas, por medio de la confección de un repertorio de tónicos, que le ayudan a resolver los casos sometidos a su conocimiento, aplicando un principio de justicia. Desde esa perspectiva, los principios generales del derecho se encuentren o no desarrollados o subsumidos en criterios jurisprudenciales interpretativos<sup>28</sup>, podrían utilizarse perfectamente para precisar, por ejemplo, conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido deberá aplicarse en la respectiva sentencia, estableciendo una sola solución justa y legal.<sup>29</sup>

En efecto, la buena fe, el enriquecimiento injusto, etc., también estructuralmente poseen una indeterminación que el juez deberá concretizar al resolver el caso sometido a su decisión. Deberá determinar si hay o no buena fe, si existe enriquecimiento injusto, responsabilidad, etc., estableciéndose siempre, como imperativo previo, el precisar el contenido del respectivo principio.

<sup>26</sup> Así también lo plantea Wiehweg, expresando que conviene descubrir en la tónica la estructura que conviene a la jurisprudencia y dice que intentará hacerlo estableciendo los tres siguientes presupuestos: "1. La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema. 2. Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él. 3. Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una ampliación que conserve su vinculación con el problema. Cualquiera otra es preciso evitarla." TJ., pp. 129 y 130.

<sup>27</sup> TJ, p. 61.

<sup>28</sup> Huidobro Salas, Ramón. Exposición Jurisprudencial de Criterios Interpretativos del Tribunal Constitucional, en Gaceta Jurídica, Ediar- Conosur, N° 196, 1996, pp. 7 -15.

<sup>29</sup> "Es claro que abstractamente el concepto indeterminado no admite más que una sola solución justa en su aplicación a un supuesto de hecho determinado, pero es igualmente claro que la concreción de esa única solución no siempre es fácil. En la estructura del concepto indeterminado es identificable un núcleo fijo (Begriffkern) o "zona de certeza", configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o "halo del concepto" (Begriffhof), más o menos imprecisa, y, finalmente, una "zona de certeza negativa", también segura en cuanto a la exclusión del concepto. Por ejemplo: la zona de certeza del justo precio de esta casa puede situarse en diez millones de pesetas, precio absolutamente mínimo según las estimaciones comunes; la zona de imprecisión puede estar entre diez y quince; la zona de certeza negativa, de quince hacia arriba. Igualmente para el concepto de "trastorno del orden público": el núcleo es claro, el halo puede ser más difuminado, la zona de certeza negativa es el orden mismo, o con mínimas e irrelevantes alteraciones, etcétera. Supuesta esta estructura del concepto jurídico indeterminado, la dificultad de precisar la solución justa se concreta en la zona de imprecisión o "halo" conceptual, pero tal dificultad desaparece en las dos zonas de certeza, positiva y negativa, lo cual no es baladí desde un punto de vista de principio." Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, 5ª Edición, Madrid, 1989, reimpresión 1992, pp. 458 y 459. En 10ª Edición, 2000, p. 460.

La posibilidad de descubrimiento y creación de nuevos principios por una casuística cada vez más depurada, “o por obra de la doctrina, hacen del pensamiento institucional algo necesariamente vivo y dinámico, en cuyo incesante fluir encuentra justamente su expresión la auténtica vida del Derecho.”<sup>30</sup>

Este camino trazado por Viehweg, se mantiene en sus últimos escritos. Después del intento kelseniano de la teoría pura del derecho, ha existido un vuelco hacia la posición pragmática, puesto que ha sido estéril el esfuerzo realizado para apartar a la jurisprudencia de esa situación pragmática y en definitiva de la retórica.<sup>31</sup>

En este sentido, señala Arthur Kaufmann, que estas tendencias a dejar el sistema cerrado y el aislamiento del derecho del sistema axiomático, tratan de dar respuesta a través de la jurisprudencia tópica o retórica. Esta trabaja con el modelo de sistema abierto, al que subyace el supuesto que los criterios para alcanzar la decisión correcta son ilimitados en número.<sup>32</sup> Esa es la consigna del pensamiento problemático, en lugar del sistemático, que esconde una unilateralidad no aceptable.

#### 4. Conclusión

Al inicio del presente trabajo, señalamos que la tónica, como técnica pensamiento problemático, nos conduce a un sistema abierto, para el encuentro de una resolución justa, del caso sometido a decisión jurisdiccional.

Esta hipótesis, permite buscar una relación entre principios generales del derecho y la tónica jurídica para hacer presente al juez, en especial al constitucional, que el método tónico es idóneo para precisar en el orden jurídico, dichos principios. Es precisamente en este aspecto, que la labor jurisprudencial se enriquece y recobra su verdadero sentido “decir el derecho”. Los principios generales encuentran en la tónica un camino de incorporación al orden jurídico, que les permite adaptarse a los cambios y circunstancias, sin evitar o proscribir la incursión axiológica, que al final nos lleva al fin de todo el Derecho: la justicia.

<sup>30</sup> Intervenir activamente en ella es la pasión del verdadero jurista – y también su honor más seguro”.García de Enterría, *Reflexiones*, ob cit., p.69.

<sup>31</sup> “Este vuelco provocó un renovado interés por la situación discursiva y hasta una cierta uniformidad de la teoría del pensamiento jurídico, en la discusión o el discurso han pasado al punto central de los análisis. Pues en el discurso se encuentra manifiestamente la sede de la invención que aquí interesa. Allí se lleva a cabo la creación que permanentemente procura producir un soporte social. Allí puede verse cómo se pone en escena el mundo jurídico pensante y actuante. Manifiestamente, allí tiene que plantearse la pregunta acerca de cómo es posible mantener viva la invención y, al mismo tiempo, volverla explicable y examinable. La tónica intenta dar una respuesta al respecto. Aspira, podría decirse, a una creatividad controlable.” Theodor Viehweg, *Tónica y Filosofía del Derecho*, Editorial Gedisa S.A., 2ª Edición, 1997, (Jorge M. Seña, trad.), pp. -201.

<sup>32</sup> A manera ejemplar podemos señalar: “La ley, naturaleza de la cosa, equidad, orientación al resultado, practicabilidad, seguridad jurídica, intereses individuales y supraindividuales, voluntad del legislador, uso del lenguaje, etc.” Kaufmann, Arthur. Hassemer Winfried, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, 5ª Edición, 1989. existe versión en español: *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Editorial Debate, Madrid, 1992, ( María José Fariñas Dulce, Juan Antonio García Amado, María Virginia Martínez Bretones, Francesca Puigpelat Martí, Renato Rabí-Baldi Cabanillas, Gregorio Robles Morchón, Trad.), p. 128.

## 5. Bibliografía

- Aristóteles, *Tratados de Lógica (Órganon)*, Tomo I, Editorial Gredos S.A., Madrid, 1982.
- Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la Tópica Jurídica*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988.
- García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Editorial Civitas, 3ª Edición, 1983.
- *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1984.
- García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, 5ª Edición, Madrid, 1989.
- García de Enterría, Eduardo y Menéndez Menéndez, Aurelio, *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1997.
- Guzmán Brito Alejandro, *Historia de la Interpretación de las Normas en el Derecho Romano*, Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereira, Santiago, 2000.
- Kaufmann Arthur y Hassemer Winfried, *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Editorial Debate, Madrid, 1992.
- Larenz Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1994.
- Perelman Ch., *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1979.
- Robles Morchón Gregorio, *Epistemología y Derecho*, Editorial Pirámide, Madrid, 1982.
- Theodor Wiehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus Ediciones S.A., Madrid, 1964.
- *Tópica y Filosofía del Derecho*, Editorial Gedisa S.A., 2ª Edición, 1997.