

Capítulo 1

Lo que en el caso importa. Reviviendo el espíritu de la tónica

1. Pensar lo que en el caso particular importa

Comencemos con algo de Perogrullo: lo primero que caracteriza el buen juzgar es que toma en cuenta *todo lo que importa* en la situación concreta. ¿Qué duda cabe! Si pedimos a un amigo su mejor juicio o consejo acerca de qué hacer ante una situación concreta, y en su dictamen o sugerencia deja sin considerar algo que a todas luces es un ángulo fundamental, no nos parecerá un juicio o consejo de gran calidad, por riguroso que haya sido su análisis de lo que sí consideró en el asunto. Diríamos que *no entendió el problema*. Y estaríamos en lo cierto. Lo mismo vale para un juez, defensor o asesor profesional: si se le escapa algo que en el asunto *es importante*, no ha entendido el problema y mal podrá ejercer buen juicio sobre algo que no entiende.

Siendo central en el acto de juzgar tomar en cuenta todo lo que importa, ¿Qué necesita trabajar el estudiante de derecho o el abogado para ver en cada caso *lo que importa*? El propósito de este capítulo es dar una respuesta a esa pregunta.

Un primer paso en el camino es reconocer que lo que importa cuando uno emite un juicio o un consejo no se circunscribe a lo que una disciplina o teoría predefine como importante. Ni siquiera el derecho. *Lo que importa es lo que en el hecho importa a los involucrados*, incluyendo entre estos a las partes en conflicto, las personas que emiten el juicio y terceros afectados.

Destaco esto porque el abogado novato típicamente piensa que, en el caso de juicios formulados por tribunales u otras autoridades, sólo importa lo que el ordenamiento jurídico parecía mandar, prohibir o permitir *antes* de presentarse el problema entre manos. No ve que los alcances morales, políticos o de conveniencia práctica que los involucrados atribuyan al caso, hacen del caso un caso diferente a los anteriores en un sentido relevante para quienes aconsejan, litigan o juzgan. No se da cuenta que lo que se resuelva que el ordenamiento manda, prohíbe o permite en el particular caso, no es

algo que esté dado de antemano, sino que resultará de conversaciones que se verán afectadas por esos alcances morales, políticos y de conveniencia práctica. Una cosa es cómo esos alcances se explicitan, si es que se explicitan, por ejemplo, en una sentencia. Pero otra cosa es si afectan o no la decisión. Entonces, si el abogado —asesor, litigante o juez— no toma en cuenta estos alcances que en el hecho importan, simplemente quedará fuera de la conversación en que se resuelve lo que el ordenamiento manda, prohíbe o permite. Por cierto, que lo que entendamos que la ley dispone en abstracto, o sea antes de conocer la situación concreta, está dentro de lo que importa. Pero no es lo único que importa. No es lo único que importa porque afortunadamente no dejamos de ser agentes morales por el hecho de tener un título profesional.

Richard Posner cuenta lo siguiente³:

“Recientemente le pregunté a un abogado, amigo y destacado litigante, cómo le respondería a un cliente que le preguntara: ‘¿Cuáles son mis posibilidades de éxito en este juicio (eventual o actual) en que estoy pidiendo que me representes?’. Él dijo lo siguiente: ‘La manera de responder es dejar de lado todos los tecnicismos y preguntar: si esta fuere una disputa sometida a la decisión de un hombre sabio no entrenado en leyes, que simplemente aplicara sus intuiciones morales, ¿Resolvería el asunto en tu favor o en favor de tu contrincante? Su solución podría enfrentarse a algún tecnicismo legal —leyes, lenguaje, precedentes, lo que quieras— pero muy probablemente encontraría un camino para sobreponerse a esos obstáculos’”.

Recuerdo más de una vez haberle preguntado a abogados jóvenes que trabajaban conmigo qué pensaban de la situación que nos había planteado un cliente, y ellos tenían la reacción refleja de estirar los brazos para tomar un texto legal, como cuando el médico golpea la rodilla y la pierna se mueve. Pero como el buen desempeño requiere más reflexión que reflejo, siempre resultó ser formativo decirles que momentáneamente dejaran de lado la ley y que levantando la cabeza de los papeles miraran el mundo, vieran qué importa en la situación y, sobre esa base, me dijeran qué solución era razonable. Una vez que tuvieran eso claro, recién estarían en condiciones de leer la ley. No antes.

³ Richard Posner, *Divergent Paths, The Academy and the Judiciary*, Harvard University Press, 2016.

En septiembre del año 1988 Mérida Carmona se casó con Luis Salas que era beneficiario de pensión de invalidez absoluta⁴. Una enfermedad lo llevó a la muerte en enero de 1989, antes de transcurridos cinco meses desde haberse casado. La ley pertinente (N°10.383), disponía lo siguiente:

Artículo 41:

La viuda del asegurado fallecido tendrá derecho a recibir, durante un año, una pensión equivalente al 50% de la que percibía el causante o de la que éste habría tenido derecho a percibir si hubiere sido inválido absoluto.

Artículo 42:

La viuda no tendrá derecho a pensión:

a) Si el causante falleció antes de cumplir seis meses de matrimonio o tres años si el matrimonio se verificó siendo pensionado de vejez o de invalidez absoluta; estas limitaciones no se aplicarán si el fallecimiento se debió a accidente.

El Instituto de Normalización Previsional, como se esperaba de la lectura de la ley, negó la pensión a la viuda señalando que el asignatario de pensión falleció antes de cumplirse los tres años de matrimonio que exige el texto, y que falleció de una enfermedad y no por un accidente.

La Corte, en cambio, resolvió que para efectos de la ley una enfermedad es un accidente, de modo que Luis Salas falleció por causa de un accidente y, por tanto, correspondía otorgar a la viuda su parte de la pensión.

Antes de examinar la razón por la cual la corte identifica enfermedades y accidentes, tomemos nota de la razonabilidad de las siguientes objeciones a dicha conclusión elaboradas en el voto de minoría:

- Si se da a la voz “accidente” en esta disposición un sentido que incluya las enfermedades, dejamos sin efecto alguno el texto legal que exige tres años de duración del matrimonio. En efecto, salvo homicidio, todo fallecido fallece por accidente o por enfermedad de modo que, si no se diferencian ambas ideas, basta que alguien fallezca para que se entienda que falleció por accidente y que, por tanto, el mínimo de tres años no se le aplica. Pero no debíamos interpretar las leyes de un modo que las deje sin efecto alguno.

⁴ Corte Suprema, 11 de julio 2005 (RDJ, tomo CII, julio-diciembre 2005, pgs. 913-918).

- Si hubiere dudas sobre el sentido de la voz "accidente", el artículo 22 del Código Civil dispone que se aclare "por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto". Pues bien, el asunto de la ley en discusión es la seguridad social y sobre la seguridad social versan las leyes sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales que claramente distinguen entre accidentes y enfermedades.

Frente a las objeciones antedichas, la razón que la corte ofrece para identificar enfermedades y accidentes es la siguiente:

"Que...la lesión propia del accidente y que implica un daño o detrimento corporal ocasionado por una herida o golpe o enfermedad, y la alteración de la salud propia de la enfermedad, son expresiones que se entrelazan y que implican ambas un estado de necesidad". (Considerando tercero).

Demás está decir que, si un estudiante en la época hubiera estado rindiendo examen en una escuela para mostrar su comprensión de la ley, y hubiera afirmado que la voz "accidente" incluye las enfermedades, es probable que habría reprobado. La comisión examinadora no habría entendido cómo el estudiante equipara "enfermedad" y "accidente", sin importarle dejar con ello sin efecto alguno el artículo 42; sin atender a que la legislación existente sobre la misma materia hace la distinción entre "accidente" y "enfermedad"; y dando como razón que "accidente y enfermedad son expresiones que se entrelazan y que implican ambas un estado de necesidad".

La diferencia entre la sentencia que afirma que enfermedad es accidente y la respuesta de examen en sentido contrario, significa simplemente que en un examen de escuela sólo importa la ley en abstracto, o sea *antes* de considerar un caso particular, en tanto que en el *derecho vivo* importan todas las dimensiones que el caso concreto aporta a la conversación, incluidas las morales y políticas. Entonces más le vale al abogado ver esas otras dimensiones, si no quiere quedar fuera de la conversación.

¿Qué importó al tribunal? Importó que, si bien al fallecimiento del pensionado la pareja llevaba menos de cinco meses casados siendo que la ley exige un mínimo de tres años de matrimonio, sucede que llevaban más de cuarenta años de convivencia durante los cuales tuvieron seis hijos y los criaron hasta su adultez. La corte lo expresa como sigue en el considerando noveno:

"En efecto, el legislador pretende evitar los matrimonios celebrados con el único fin de obtener una pensión de viudez, en perjuicio de los valores que la institución del matrimonio, en esta sociedad y a dicha época, representaba y la seguridad social pretendía proteger. Sin embargo, en la especie, las relaciones afectivas que unieron a la demandante con el afiliado, permanecieron en el tiempo por más de cuarenta años, constituyeron una familia formada por seis hijos comunes, todos mayores de edad a la fecha de fallecimiento del cónyuge, antecedentes que...importan una situación de hecho que el ordenamiento jurídico debe respetar y amparar" (énfasis agregado).

Como indica la corte, "en dicha época" quizá no se habría considerado la larga convivencia previa como una de las cosas que importan para juzgar el caso, pero hoy "Sin embargo" es algo que importa: es "una situación de hecho que el ordenamiento jurídico debe respetar y amparar".

Cabe destacar que la función que cumple este considerando es mostrar que en la decisión importó la convivencia, no obstante ser un antecedente que la ley no contempla para efectos de otorgar o no la pensión que se discute. Es cierto que la primera línea del considerando hace referencia a que el propósito de la ley es evitar un tipo de fraude previsional que, con un uso adecuado de los datos de la convivencia, podría alegarse no estar presente en el caso. Pero el rol del considerando no es sostener ese planteamiento porque, tratándose de un recurso de casación en el fondo, aquello que se resuelve es si la sentencia recurrida contiene infracciones de ley y, particularmente, infracción del artículo 42 (a) referido a accidentes al haberlo aplicado la sentencia a una enfermedad. Como sabemos, la corte resolvió que no hay infracción de ley en asimilar enfermedad con accidente, tema que no guarda relación alguna con que exista o no convivencia. Lo que quiero realzar con este comentario es que la decisión de que *el ordenamiento manda no aplicar el requisito de tres años de matrimonio a fallecimientos por enfermedad*, fue una decisión resultante de atribuir valor, o sea importancia, a la relación de convivencia aun cuando la convivencia no haya estado explicitada en la ley ni haya sido entendida antes del caso como antecedente relevante del sistema.

Si hubiéramos pedido a un novato opinión sobre el asunto y él, con reflejo-de-código, toma la ley, probablemente habría dicho que lo que importa es que no alcanzaron a transcurrir los tres años de matrimonio que exige la ley. Pensamiento unidimensional de alguien cuya formación es insuficiente. No entiende el problema. Pero si se tratase de un profesional de experiencia,

probablemente levantaría los ojos de los papeles, miraría la situación y diría que más le vale tener presente la convivencia de cuarenta años. Pensamiento multidimensional de un abogado formado que entiende el problema y no se quedará fuera de la verdadera conversación, *cualquiera sea la postura que vaya a defender*.

Por cierto, que si el profesional opta por defender la pensión para la viuda, tendrá que hacerse cargo de la exigencia legal de tres años de matrimonio, pero ese es otro desafío que se refiere al uso del discurso al servicio de una postura, cosa que veremos en el capítulo siguiente. El primer desafío, objeto de análisis en este capítulo, es ver *lo que importa* en la situación. Esto obviamente incluye lo que en abstracto se entienda que la ley dispone, pero incluye también todo lo que en el hecho importe a los involucrados porque incidirá en lo que, después de la conversación, se resuelva que la ley dispone. Antes de la conversación sobre este caso particular, la ley probablemente mandaba que "accidente" no incluye enfermedad. Después de la conversación la ley mandaba que "accidente" incluye enfermedad. Tal es la incidencia de lo que en cada situación importa y es levantado en la conversación sobre el caso.

Nos preguntábamos qué necesita trabajar el estudiante de derecho o el abogado para ser capaz de ver lo que importa en cada caso y vimos que un primer paso en la dirección correcta es reconocer que no es la ley la que de antemano indica todo lo que importa en cada caso. El ejemplo ilustra la idea. La mirada del abogado necesita estar siempre abierta a todas las dimensiones del problema, nunca encerrada dentro de un sistema. Cuando algún sistema cierra la mirada entonces, como dice Theodor Viehweg, "El sistema toma control". El sistema, solo, decide sobre lo significativo del asunto⁵. Pero el juez, defensor o consejero no deben entregar tarea tan delicada a sistema alguno. Desde luego porque se pierde efectividad. Pero, sobre todo, porque para cada profesional ante una situación concreta es tarea moralmente indelegable resolver qué importa o no importa, qué vale o no vale.

Cabe destacar que el desafío de dar ante cada caso con lo que importa comienza a dar concreción al desafío que describí más genéricamente en un capí-

⁵ Theodor Viehweg, *Topics and the Law*, Peter Lang 1993, pg. 32.

tulo introductorio: el abogado necesita aprender a pensar lo particular. Un primer paso en pensar lo particular es pensar lo que en el caso particular importa.

2. Pensamiento tópico

Más allá del ejemplo, el lector estará probablemente de acuerdo con el simple buen sentido que hay en sostener que no se juzga bien una situación si no se toma en cuenta todo lo que en ella importa. Y estará de acuerdo, entonces, con que el abogado necesita desarrollar capacidad de ver ante cualquier caso todo lo que en el asunto importa.

Es razonable pensar que no hay una ciencia o técnica que el estudiante pueda aprender para después aplicarla a cada caso de modo que se le aparezca todo lo que en el particularísimo asunto importa. Esto es así porque lo que en cada caso importa es lo que importe a los involucrados en el particular caso, cosa demasiado singular para el material repetible con que trabajan la ciencia y la técnica. No hay una ciencia de la situación única de Mérida Carmona. Y no hay una ciencia que entregue un método que arroje lo que importa en cada una de las singulares situaciones que podrían presentarse a futuro. No hay una ciencia enseñable para dar con lo que en cada caso importe. Pero es perfectamente posible *formar al estudiante* para que dé generalmente con lo que importa. El desafío docente no es transmitir una información a ser aplicada, sino formar una persona capaz de jugar bien este juego. Sigamos avanzando hasta llegar, después de algunas exploraciones, a cómo exactamente se trabaja esta especial formación.

Esta formación pasa por desarrollar lo que llamaremos "pensamiento tópico", nombre que apunta a una forma de reflexión y no a un cuerpo de conocimientos como pretendió serlo la *tópica*, una disciplina antigua que buscó ser herramienta para dar con lo que importa. La *tópica* es iluminadora e importante por *las ideas directrices que la inspiraron* y que hoy son tan útiles como en ese entonces, aunque se tornó parodia de sí misma cada vez que fue formulada o entendida ya no como ayuda para la reflexión sino como un conocimiento que sustituya la reflexión. Lo que llamo "pensamiento tópico" es una forma de reflexionar sobre el caso particular, forma que inspira a la *tópica*. En lo que sigue busco rescatar desde la tradición de la profesión esa forma de reflexión sobre el caso.

La palabra *topos* en griego significa "lugar". Cada aspecto que importa en una situación es, por así decir, una perspectiva o *lugar* desde el cual mirar la situación. En ese sentido, un *tópico* es un *lugar* o perspectiva que la comunidad pertinente considera importante para mirar un problema concreto. Por ejemplo, cualquiera sea la postura del lector o la mía frente al caso de Mérida Carmona, probablemente a ambos nos parece importante para nuestro análisis no dejar de mirar el asunto desde el lugar o perspectiva de que se deben respetar las exigencias expresas de la ley como lo son los tres años mínimos de matrimonio; o desde el lugar de lo valioso que es atender no sólo la letra sino el propósito de la ley para determinar su aplicación; o desde el lugar de que importa velar por el buen uso de los fondos previsionales; o desde el lugar del valor que atribuimos a una convivencia que ha generado una familia unida y estable; o desde el lugar del valor que damos a no caer en una pendiente resbaladiza que lleve a la judicatura a tomar funciones propias de la legislación, etc.

① Un primer aporte del pensamiento tópico al ejercicio profesional es entender que cada problema es el conjunto de tópicos variados y contrapuestos desde los cuales se lo puede mirar. Si en la situación de Mérida Carmona sólo importara una dimensión —digamos, la exigencia de tres años de matrimonio— entonces no estaríamos enfrentando un problema. Estaríamos meramente constatando que ella no tiene derecho a pensión. La constatación desde un solo punto de vista, puede exigir habilidad combinatoria para armar silogismos o vincular diversas disposiciones legales si fuere el caso, pero no requiere capacidad de juzgar. Como pudimos observar en la sentencia, la situación previsional en comento es un problema *porque* la miramos no sólo desde esa perspectiva sino también desde el propósito de la ley, desde la convivencia que forjó familia, desde el cuidado que exigen los fondos previsionales, etc. La multiplicidad de perspectivas exige capacidad de juzgar, relegando el cálculo combinatorio a la categoría de accesorio instrumental que le es propio. El abogado que no vea los tópicos pertinentes simplemente *no entiende el problema*, porque el problema es el conjunto de tópicos.

A primera vista esto no parece gran cosa ya que no es sino decir, con otras palabras, la obviedad teórica de que un problema está constituido por lo que nos importa en el asunto. Pero desde el punto de vista de la capacidad de actuar, ayuda enormemente a ver y precisar exactamente qué (e, indirectamente, a quiénes) se está enfrentando cuando se enfrenta un problema.

El pensamiento tópico hace al ejercicio profesional un segundo aporte fundamental que ya exploraremos en detalle pero que amerita ser anunciado. Los tópicos son los cauces dentro de los cuales se narran los hechos y se argumenta el derecho. Esto también es obvio puesto que, para formular un juicio sobre una situación, uno cuenta y argumenta lo que en el asunto importa y no lo que considera irrelevante. Si en el caso de Mérida Carmona un ministro de corte da peso al tópico de la larga convivencia, es probable que narre con cierto detalle lo que fue esa vida en común y argumente que ella hace improbable que haya existido el ánimo de fraude previsional que la ley busca evitar. En cambio, si otro ministro da mayor peso al tópico de atenerse a un claro requisito formal de tres años de matrimonio, es probable que ni narrará mucho sobre la convivencia ni ofrecerá argumentos ligados a la convivencia. Uno cuenta lo que cuenta y argumenta lo que importa. A veces el novato argumenta con ingenio sólo sobre la base de curiosidades sintácticas de los textos legales, descuidando hacer ver el buen sentido sustantivo de lo que propone, esto es, descuidando realzar los tópicos que hacen valiosa su postura. Es un camino que nada aporta a nuestro mayor entendimiento sobre cómo convivir y suele ser poco eficaz para sacar adelante un planteamiento.

② Una tercera contribución de los tópicos es que constituyen canales de acercamiento con los demás involucrados en el asunto. Es cierto que unas y otras personas pueden ponderar diferentemente cada tópico, lo que a primera vista nos aleja unos de otros. Pero aun así nos acercan porque cada tópico nos importa a todos ya que por definición, cada tópico es una perspectiva que a la comunidad le importa. En el caso de Mérida Carmona uno pudiera ser muy formalista y estar dispuesto a resolver sólo sobre la base del requisito de los tres años, pero eso no significa que a uno simplemente no le importe ni resuene la convivencia de cuarenta años y los seis hijos criados en ella. Y, como a uno le importa, tiene cierta disposición a escuchar la postura contraria que se encauza dentro de esa perspectiva. Entonces, si bien en el conjunto de tópicos se juegan nuestros desencuentros, es a la vez el terreno compartido en que jugamos. El talento de quien juzga comienza por llevar el conflicto a ese terreno común. Si logra llevar la discusión a un asunto de ponderaciones incluso diferentes de perspectivas compartidas, bueno, al menos ya estamos conversando sobre perspectivas compartidas. Encontrar o crear imaginativamente la conversación tópica que reemplace la confron-

③

tación entre posturas que se cruzan sin tocarse, es el primer gran aporte del juzgador.

Resumiendo los últimos párrafos, el pensamiento tópico incluye revisualizar cada problema como un conjunto de tópicos, dirigir la búsqueda de narraciones y argumentos por el cauce de los tópicos del asunto, y utilizar los tópicos como terreno común desde donde trabajar acercamiento de posturas contrapuestas.

Hacer lo anterior requiere pensar no desde primeros principios sino desde la comunidad. No es lo que solemos enseñar en las escuelas. Aristóteles expresa la diferencia de la siguiente manera:

"Son verdaderas y primarias aquellas cosas que se creen en virtud de ninguna otra cosa que no sean ellas mismas, porque tratándose de primeros principios de la ciencia, es inadecuado buscar más allá el por qué y las causas de los mismos; cada uno de los primeros principios impone la convicción de su verdad en sí mismo y por lo mismo. *Se consideran, por otra parte, opiniones generalmente admitidas* por todo el mundo, por la mayoría de la gente, o por los filósofos; es decir por, por todos, por la mayoría o por las personas más distinguidas"⁶ (énfasis agregado).

Pensar el caso de Mérida Carmona no es pensarlo sólo desde "primeros principios" establecidos de antemano, como pudieran ser para estos efectos la ley o los principios que de la ley se puedan derivar. Es pensarlo también desde "opiniones generalmente aceptadas" sobre el caso como fue en el caso la opinión que la corte recoge de la comunidad actual en cuanto a que, a diferencia de "dicha época", hoy importan las relaciones afectivas que unieron a la demandante con el afiliado. Juzgar no es construir metódicamente un razonamiento vertical sino anticipar imaginativamente una conversación horizontal. Esa imaginación conversacional convierte nuestro fuero interno en un foro interno, experiencia que todos tenemos a diario: cuando se trata de decidir qué hacer ante una situación, no pensamos en cadenas inferenciales sino conversando con uno mismo como contraparte imaginaria. Uno se dice a sí mismo "Es cierto que tal línea de acción expresa o produce esto o aquello que valoramos" y en seguida uno se responde "Pero no es menos cierto que la acción contraria resonaría con tales otros valores que también compartimos", y así nos extendemos en diálogos con nosotros mismos, mi-

⁶ Aristóteles, *Tópica*, 100 b18-25.

rando el asunto desde perspectivas diferentes todas las cuales nos importan e importan en la comunidad pertinente. Por lo mismo, como iremos viendo, la capacidad de formular un juicio no se reduce a saber dar razón sino que requiere sobre todo saber hacer conversación.

Juzgar exige, como primer paso, la capacidad de imaginar esa conversación, vale decir, pensar desde lo que a la comunidad pertinente importa en el asunto o, más brevemente, pensar desde la comunidad. Así lo hizo la corte al señalar que si bien "en dicha época" en que se legisló, la comunidad miraba la convivencia de cierta manera, a la fecha del asunto la comunidad la miraba de una manera diferente digna de "respetar y amparar".

¿Cómo se desarrolla capacidad de identificar lo que en cada situación importa? Pronto llegaremos ahí pero antes un regreso a los orígenes será ilustrativo acerca de lo que se busca y lo que no se busca.

3. La tradición

Al final de este capítulo, bajo la sección titulada "El Oficio", propongo lo que creo ser el hábito más efectivo para el desarrollo de la capacidad de ver, ante cada caso, lo que importa.

Pero antes quisiera hacer dos cosas en esta sección y la siguiente.

Primero, en esta sección, pasaré breve revista a una disciplina milenaria hoy equivocadamente olvidada y subvalorada cual es la *tópica*. Si bien es cierto que hay un sinnúmero de obras de tónica que no tienen más valor que el de una pieza de museo, lo valioso de los grandes clásicos para nosotros no está tanto en las respuestas que dieron como en las preguntas que se hicieron. La pregunta de ellos y la nuestra en este momento es la misma: cómo dar ante cada situación con lo que importa. Retomar lo que los clásicos se preguntaron nos recuerda hacernos importantes preguntas que en los estudios de derecho hemos dejado de hacer y, por tanto, no nos preocupamos ya de responder. Es siempre enriquecedor conversar con quienes han buscado lo que buscamos. En esta sección invito al lector a participar en esa conversación.

En la conversación nos encontraremos con dos visiones contrapuestas, una griega y la otra romana. La primera, desde la academia y contraria a lo que dice Isócrates en la cita del inicio del ensayo, busca una ciencia que nos

diga ante cada caso qué importa. La segunda, desde el foro, busca formar el hombre *capaz de* decir ante cada caso qué importa. No es casualidad que un abogado como el que escribe tenga más afinidad con la respuesta nacida del foro. Para destacarlo, en este ensayo hemos denominado lo que se busca "pensamiento tópico" y no "tópica": una capacidad y no una ciencia.

Después de esta sección en que pasaremos revista a los clásicos, veremos en la sección siguiente titulada "La profesión" que, cual burgués gentilhomme que hablaba en prosa sin saberlo, todo buen abogado piensa tópicamente aún sin saberlo. La tópica puede ser pieza de museo, pero la forma de reflexión que la inspira vive porque no hay otra manera de ejercer la profesión. Este capítulo sólo llama a pensar sobre una práctica corriente entre los abogados, a fin de facilitar el trabajo consciente de mejorarla.

Conversemos el tema con los clásicos.

Si el lector revisara cualquier texto sobre tópica, se encontraría a Aristóteles y Cicerón. Marcaron el estudio de la tópica hasta la actualidad. Aristóteles escribió sobre el tema durante el siglo IV a.c. en la *Tópica* y en la *Retórica*, y Cicerón durante el siglo I a.c. en *de Inventione*, *de Oratore* y la *Tópica*. Pero los contextos y propósitos de cada autor son muy diferentes, y esa diferencia nos dará algunas luces adicionales sobre lo que contribuye y no contribuye a la formación del abogado.

El contraste entre ambos se puede estructurar en torno a tres contraposiciones: juego o realidad; crítica o heurística; formal o material.

Aristóteles enseña un juego. Cicerón busca formar a un jugador para enfrentar la realidad.

Lo que más importa en un juego son sus reglas y la crítica es el arma con que el observador descalifica la movida que infringe las reglas. En cambio, lo que más importa en un enfrentamiento real es el resultado, y la inventiva —la heurística— es el arma más efectiva de cada actor para producir resultados.

Finalmente, las reglas y las infracciones son una cuestión formal. Un resultado en vida real es sustantivo.

A) Juego o realidad

El juego que Aristóteles cultivaba en su escuela y busca normar se llama disputa dialéctica y consiste en un enfrentamiento dialogal del tipo que ve-

mos a Sócrates conducir en las obras de Platón. Hay dos participantes con tesis contrarias y uno interroga para que el otro vaya respondiendo, idealmente, con un "sí" o un "no". El interrogador necesita conocimiento de ciertos tópicos, esto es, de ciertas consideraciones que importan desde las cuales construir un argumento que el interrogado se vea obligado a aceptar y, con ello, haga insostenible lo que había sido su tesis. Por cierto, y como veremos, las perspectivas que más importan son las reglas del juego porque en las reglas se juega quién gana y quién pierde el juego. Como veremos, la inmensa mayoría de las reglas son reglas lógicas, pero, como en todo juego, también se regula la dinámica entre los jugadores, por ejemplo el uso del tiempo o la obligación de responder a la movida del otro⁷. Como todo juego, también tiene estrategias. Una estrategia que normalmente se ve a Sócrates utilizar en los diálogos platónicos, es que el interrogador esconde la línea argumentativa que está desarrollando, a fin que el interrogado responda con inocencia las preguntas y, cuando ya sea muy tarde, no le quede sino aceptar la tesis del interrogador, contradecirse o callar.

Cicerón, en cambio, no era hombre de escuela sino del foro público, hoy diríamos político y abogado. Y era romano, dato no menor en relación con su mirada pragmática de cuyo contraste con los filósofos griegos él tenía plena conciencia. No obstante, su respeto por la tópica aristotélica —al punto de describir modestamente su propia *Tópica* como mera explicación de la obra de Aristóteles—, su aproximación es muy diferente. A él no lo desvela que aprendamos a ser Sócrates, sino que le importa que seamos sabios y efectivos en discursos políticos y en la defensa casos jurídicos. Desde esa mirada, le interesa menos lo que importa para dar con falacias en el argumento ajeno (o sea infracciones a las reglas de un juego), interesándole más encontrar las perspectivas que importen en el lugar y momento para construir en torno a ellas argumentos adecuados y utilizarlos con efectividad.

En síntesis, si bien tanto Aristóteles como Cicerón se ocuparon de sistematizar la actividad de búsqueda de perspectivas que importen en torno a las cuales formular argumentos, los contextos que tuvieron en mente son muy diferentes: uno el artificio de un juego practicado en su escuela, el otro la realidad del enfrentamiento político y jurídico practicado en el foro. Lo que

⁷ Aristóteles, *Tópica*, 161 a9-12, 160 b10-13.

importa en cada contexto es diferente. Tan diferente, que la tópica aristotélica en realidad no es una tópica sino más bien una lógica inserta en un juego dialógico. Dicho de otro modo, cuando lo que importa está predefinido, ya no estamos en el terreno de la tópica cuyo sentido es precisamente definir ante cada caso lo que importa. Demás está decir que un estudiante de derecho necesita ser formado para enfrentamientos reales en que parte de su trabajo será definir lo que importa y lograr que otros acepten su definición. Diversos formatos de debate competitivo, valiosos por muchas razones, tienen la limitante formativa de enjaular el desempeño dentro del marco de un juego siendo que en vida real la parte a menudo más importante del trabajo es definir el juego.

B) Crítica o heurística

Veamos con la ayuda de algunas explicaciones y ejemplos en qué se traduce concretamente la diferencia de enfoques.

Aristóteles busca tópicos para analizar argumentos en un contexto de escuela. Cicerón busca tópicos para producir argumentos un contexto jurídico y político. Por lo mismo, el primero se concentra en la justificación, el segundo en la invención. El primero busca el fundamento formal, el segundo el buen sentido sustantivo. El primero ve en la tópica un recurso crítico, el segundo un recurso heurístico.

Desde el inicio de su *Tópica*, Aristóteles deja en claro que su pesquisa trata de la justificación. "Nuestro tratado", dice, "propone encontrar una línea de investigación mediante la cual seremos capaces de razonar desde opiniones que son generalmente aceptadas sobre cualquier problema que se nos plantee..."⁸. Asegurándose que no quede duda alguna sobre su interés en la inferencia válida, aclara de inmediato lo que entiende por "razonar": "Ahora, razonar es un argumento en que, habiéndose establecido ciertas cosas, otras cosas que éstas necesariamente resultan mediante las primeras"⁹. Poco después, como esperaríamos de alguien cuyo interés prioritario está en la justificación y la lógica, lleva la discusión desde las materias sobre las

⁸ Aristóteles, *Tópica*, 100 a18-20.

⁹ Aristóteles, *Tópica*, 100 a25-27.

cuales se razona a las proposiciones en que se formulan las razones, diciendo "Porque los argumentos comienzan con 'proposiciones'". En ese punto, ya en el ámbito proposicional, se concentra en las relaciones lógicas que existen entre sujeto y predicado en cualquier proposición y plantea que el predicado es aplicable al sujeto sea como definición, como género, como propiedad o como accidente. Sobre estos cuatro "predicables" (como se les suele referir) Aristóteles estructura su teoría tópica. En otras palabras, aquello que importa para efectos de su tópica es aquello a lo que la lógica nos obliga cuando definimos algo, o cuando afirmamos que algo es especie de un género, o que algo tiene una propiedad, o que algo tiene una característica determinada no obstante no ser ella esencial a su naturaleza. De este modo Aristóteles lleva la tópica al terreno del razonamiento que justifica conclusiones sobre la base de relaciones necesarias entre proposiciones desligadas del contexto, terreno que no es el de la tópica propiamente tal en cuanto herramienta para dar en cada caso con lo que importa. Lo que hace que él llame a este estudio "tópica" y no "lógica" es sólo el hecho que las premisas de las cuales parten los razonamientos que estudia no son primeros principios sino "opiniones que son generalmente aceptadas". Pero, precisamente, no se ocupa de cómo descubrir cuáles son las opiniones generalmente aceptadas.

Cicerón aborda el desafío de otro modo. En cuanto termina la dedicatoria al amigo a quien dice estar explicando la tópica aristotélica, entra en materia separando de inmediato la tópica de la justificación. Ofrece una visión de la argumentación estructurada sobre la base de ambas como pilares diferentes que denomina invención y justificación. Lo dice así:

"Cada tratamiento sistemático de la argumentación tiene dos ramas, una que se ocupa de la invención de argumentos y otra de juzgar su validez"¹⁰.

El juicio de validez es aquello de lo cual realmente trata la Tópica de Aristóteles.

En seguida Cicerón establece entre ambas ramas un orden de prelación que cualquier abogado aprobaría:

"Los estoicos han trabajado sólo uno de los dos campos. Esto es, ellos han seguido diligentemente los caminos de la justificación mediante la ciencia que llaman dialéc-

¹⁰ Cicerón, *Topica*, 6.

tica, pero han descuidado totalmente el arte llamado tópica, un arte que es a la vez más útil y ciertamente anterior en orden y naturaleza"¹¹.

Realza así su enfoque en la producción, no en la crítica. Porque la expresión "invención" responde precisamente a la necesidad de encontrar o producir —de inventar—, ante cada problema concreto, perspectivas que enriquezcan el pensamiento y el discurso. El interés por la invención está en que el desafío, por ejemplo, ante el caso de la viuda Mérida Carmona, no es detectar falacias en argumentos dados por el INP, sino que es cómo ver que, en el particular lugar y momento, asimilar matrimonio y convivencia es una perspectiva que resuena o podría resonar en la comunidad pertinente. Por cierto, que, una vez encontrada la perspectiva, habrá que incorporarla con arte y precisión en un discurso persuasivo, tema al cual nos abocaremos en los capítulos siguientes. En lo que ahora nos ocupa, para Cicerón el primer y principal desafío es la capacidad de encontrar o producir las perspectivas que importan en cada caso.

Entonces, Cicerón separa la tópica de la justificación, señalando que aquella es previa a la justificación o "dialéctica". Hoy podríamos llamar a esta última "lógica" o, si pasamos de la deducción a la inferencia razonable, "teoría de la argumentación".

Una vez hecha esta separación, describe la tópica en los siguientes términos; como herramienta para encontrar argumentos:

"Es fácil encontrar cosas que están ocultas si el lugar en que se esconden está indicado y marcado; del mismo modo, si queremos dar con un argumento, debemos conocer los lugares o tópicos, pues ese es el nombre que Aristóteles da a las "regiones", por así decir, desde las cuales los argumentos son obtenidos. De este modo podemos definir un tópico como la región de un argumento"¹².

Así, por ejemplo, el valor de la convivencia en la época de la sentencia es un tópico, un lugar, dentro del cual podríamos elaborar diversos argumentos. Se realza nuevamente la tópica como disciplina de invención.

Finalmente, es interesante notar que el énfasis en la invención no deja la crítica de lado. En efecto, en enfrentamientos reales de posturas sobre qué

¹¹ Cicerón, *Topica*, 6.

¹² Cicerón, *Tópica*, 6-8.

hacer ante una situación, la mayor capacidad crítica del abogado proviene de su capacidad heurística, de su inventiva para encontrar ángulos diferentes. La capacidad de visualizar tópicos alternativos, esto es, la capacidad de entender mejor el problema y de visualizar múltiples cauces narrativos y argumentativos, es no sólo capacidad de invención sino, además, el arma crítica más efectiva en el mundo real. Invito al lector a recordar cuántas veces haciendo frente a una postura con la cual discrepa en el mundo profesional o político, la ha efectivamente derrotado encontrando falacias en el razonamiento contrario, esto es, infracciones a las reglas de un juego de lógica. Probablemente muy pocas si es que alguna porque en general las personas no cometen errores lógicos o dialécticos, y cuando incurren en falacias suele ser a sabiendas de que el discurso es una movida en un juego vivo, que su movida producirá el efecto que buscan y que cualquier crítica posterior a su *non sequitur* será simplemente irrelevante a esas alturas del partido. En cambio es probable que el lector recuerde que su efectividad crítica en el mundo profesional o político normalmente ha resultado de algo diferente: atacar el asunto desde otro ángulo. No hay arma crítica más efectiva que la capacidad de hacer ver y valorar en un asunto ángulos que están siendo olvidados, desperfilados o simplemente silenciados. La argumentación en mundo real es un contexto en que suele ser muy cierto el aforismo de que la mejor defensa es el ataque. Dicho de otro modo, no hay arma crítica más efectiva que la inventiva tópica con que se enfrenta cada problema.

Lo anterior permite reconocer el valor crítico que la tópica de Cicerón tiene en contextos reales. Sabemos que donde Aristóteles buscaba un instrumento crítico para evaluar argumentos, Cicerón buscaba un instrumento heurístico para generar argumentos. Pero no es que Cicerón descuidara las capacidades críticas, sino que, no tratándose de un juego en que la postura contraria se evalúa sino de un enfrentamiento real en que la postura contraria se derrota, sucede que la principal capacidad crítica es la capacidad heurística.

C) Formal o material

La natural inclinación de la academia por la teoría hace que en nuestras escuelas de derecho haya un marcado interés por la crítica del argumento jurídico, pero casi ninguno por su producción. Cicerón se estará revolcando

en su tumba. Las capacidades de invención no son las de la crítica. Aunque compartan algunos recursos, se enseñan y aprenden de manera diferente. Para comenzar, el desarrollo de capacidad inventiva, tanto para entender un problema como para visualizar argumentos a su respecto, requiere que en la sala de clases haya un problema concreto susceptible de ser trabajado mediante la producción y discusión de perspectivas y argumentos igualmente concretos. Requiere pasar de la pureza artificial de lo abstracto y descontextualizado, a los grises de la realidad concreta y situada. Un juego puede darse el lujo de la total claridad porque las reglas del juego deciden de antemano lo que importa, parafraseando a Viehweg: "El juego toma control. El juego, solo, decide sobre lo significativo del asunto". Ante un problema real, en cambio, importará lo que en la refriega misma alguien logre que se acuerde ser importante.

Tomaré un tópico de cada uno de nuestros autores para ilustrar la diferencia en los caminos docentes.

El siguiente es un tópico aristotélico del predicable "género", vale decir, es una perspectiva crítica desde la cual mirar si acierta o yerra la contraparte que afirma que algo pertenece a un género, perspectiva que podría utilizarse para criticar la afirmación de que la cirrosis hepática que mató al marido de Mérida Carmona fue un accidente. El tópico aristotélico es el siguiente:

"Mira la definición del género y comprueba si se aplica a la especie y al objeto que es miembro de esa especie.

Porque, por necesidad, la definición del género es predicable de sus especies y de los objetos miembros de sus especies: si, entonces, hubiera cualquier discrepancia, claramente lo que se ha esgrimido no es el género"¹³.

Entonces, si alguien afirma que la cirrosis hepática es una instancia del género accidente por ser una enfermedad, el tópico nos lleva a mirar la definición del género "accidente" y ver si los elementos de esa definición se aplican a toda la especie "enfermedad" y, en particular, al objeto de esa especie que es la "cirrosis hepática". Supongamos ahora que la definición aceptada del género "accidente" fuere 'un golpe inesperado que causa una lesión'. Entonces, como dice Aristóteles, veríamos una discrepancia y podríamos con-

¹³ Aristóteles, *Tópica*, 122b.

cluir que la afirmación no se sostiene porque hemos predicado mal el género tanto de la especie como del objeto.

¿Qué exige y espera Aristóteles del estudiante? Como se ve, exige que se haya aprendido la definición, o requisitos formales de una predicación de género, y espera que aplique ese conocimiento formal a casos concretos. El orden en que lo hace es el siguiente: primero da una instrucción: "Mira la definición de género y comprueba..." y después da una regla que fundamenta esa aplicación: "Porque, por necesidad,...". La regla es el conocimiento de los requisitos formales de una predicación de género. La instrucción es un llamado a aplicar ese conocimiento al caso. Esta estructura —instrucción de aplicación seguida de la regla que se aplica— es la forma típica de parte importante de los más de trescientos tópicos contenidos en la *Tópica* de Aristóteles. El estudiante ha de aprender a aplicar a cada caso su conocimiento de las reglas formales pertinentes.

Tengo claro que esta aplicación del tópico al caso de Mérida Carmona le habrá parecido al lector un poco trivial y no muy útil. Nada tan nuevo bajo el sol. El lector probablemente ha vivido antes esta sensación de trivialidad e inutilidad si alguna vez ha tomado un curso de lógica esperando con ello razonar mejor en la profesión y ha terminado preguntándose qué puede *hacer* con las tablas de verdad que se aprendió. No digo que la lógica no sea importante, pero lo es para para otros fines tales como crear, operar y criticar sistemas formales que interesen, tareas todas ajenas a lo que un abogado hace.

Cicerón también presenta en su obra un gran número de tópicos. Pero no son definiciones y requisitos formales a ser aplicados, sino que son, normalmente, *ejemplos*.

Recordemos que en el caso de Mérida Carmona la corte quiso establecer una analogía entre matrimonio y convivencia refiriendo conjuntamente en el considerando noveno "los valores que la institución del matrimonio en esta sociedad en dicha época representaba" y "las relaciones afectivas que unieron a la demandante con el afiliado...que importan una situación de hecho que el ordenamiento jurídico debe respetar y amparar". Al igual que la corte, Cicerón sabía que la analogía es una perspectiva desde la cual entender un problema y dar cauce a líneas de argumentación. Luego incluye el razonamiento analógico en su *tópica*. Pero no lo incluye precisando requisitos formales de la analogía, a fin que el estudiante los conozca y los aplique al caso, sino que presenta el tópico de la siguiente manera:

"Un argumento se apoya en similitud del siguiente modo: Si uno ha recibido por testamento el usufructo de una casa, y la casa ha colapsado o necesita reparación, el heredero no tiene la obligación de repararla, así como él no estaría obligado a reemplazar a un esclavo de cuyo usufructo haya sido asignatario, si el esclavo hubiera muerto"¹⁴.

¿Qué exige y espera Cicerón del estudiante que, armado de este tópico, enfrenta el caso de Mérida Carmona? Lo que *no* exige ni espera es que el estudiante aplique cosa alguna porque nada hay en un ejemplo susceptible de ser "aplicado". Pero sí espera que el estudiante *piense* si, así como el ejemplo asimila el usufructo de esclavos al usufructo de una casa (asunto este último, por lo visto, no regulado en la época), él podría buscar manera de asimilar el matrimonio a la convivencia para producir un argumento en defensa de Mérida Carmona.

Es cierto que Cicerón, al igual que Aristóteles, también busca dar una *forma* sistemática al conjunto total de sus tópicos en lo que a la arquitectura de la obra se refiere. No lo hace por categorías lógicas como Aristóteles sino por tipo de argumento. Es así como el tópico que usamos de ejemplo de Aristóteles cae dentro de los *predicables* de "género", y el ejemplo de Cicerón cae dentro de los *argumentos* "Sobre algo relacionado con el asunto, que se esclarece desde diversos lugares comunes" (uno de los cuales es la similitud). Pero lo que diferencia a ambos autores ocurre a nivel capilar, cuando se deja atrás la sistematización y se llega a cada tópico mismo: Aristóteles da reglas formales a ser aplicadas, Cicerón ejemplos a ser pensados.

Esta diferencia en los estilos de presentación de los tópicos llevaría a algunos a acusar a Cicerón de falta de rigor porque en lugar de explicar, ejemplifica. Aristóteles mismo, de estar vivo, habría hecho esa acusación a Cicerón tal como la hizo en su tiempo a los sofistas que enseñaban el uso de la palabra entregando ejemplos de discursos en lugar de mostrar reglas formales del buen uso de la palabra:

"Porque ellos suponían que entrenaban a la gente impartiendo una *techné* [arte sujeto a reglas] sino sus productos, así como cualquiera que ofreciera impartir conocimientos para aliviar el dolor de pies, no le enseñara a un hombre la *techné* de hacer

¹⁴ Cicerón, *Tópica*, 15.

zapatos... sino que le presentara una variedad de zapatos de diverso tipo: lo habrá ayudado a satisfacer su necesidad pero no le ha impartido una *techné*"¹⁵.

Si bien esta crítica de Aristóteles parece razonable, no tiene gran sentido para la formación profesional. De hecho, se contraponen a algo que observamos a diario, a saber, que el abogado de experiencia contribuye a la formación del abogado nuevo no entregándole teoría ni información sino, precisamente, mediante el ejemplo. El novato *crece* con el ejemplo, viendo cómo en diez minutos durante la reunión de ayer el abogado de experiencia estructuró el tema que le fue planteado; cómo logró que aquel cliente desconfiado le contara la verdad; cómo diseñó una estrategia para enfrentar una coyuntura compleja; cómo redactó este escrito o aquel artículo de prensa. Si el lector recuerda haber sido formado o "marcado" por un abogado talentoso, probablemente mayor, con quien tuvo la suerte de trabajar, pregúntese exactamente qué es aquello que aprendió y exactamente en qué ocasiones (como le exigía Sócrates a Protágoras). ¿Aquello que "marcó" al lector fue una teoría sobre instrumentos derivados que el colega talentoso explicó en una sesión de entrenamiento para que él después la aplicara? ¿Fue haber hecho notar ciertos incisos de una ley de los cuales el lector no se había percatado? ¿O el lector dirá más bien, en el lenguaje usual para expresar estas ideas, que con ese abogado "aprendió a pensar", "aprendió profesionalismo", "aprendió a trabajar", "aprendió a ser ético", etc.? "¡Qué horror la vaguedad de estas expresiones!" diría el laboratorista mirando desconcertado el mundo desde la ventana de su laboratorio. Pero el lector tendrá que reconocer que estas vaguedades describen muy bien aquello con que fue formado día a día: *con el ejemplo*.

Lo que entrega Cicerón no es una regla a ser aplicada sino un ejemplo a ser adaptado. Demás está destacar que la regla que se aplica tiende a reemplazar la reflexión de una manera que contrasta con el trabajo reflexivo que exige, cada vez, la adaptación de un ejemplo. Tanto Aristóteles como Cicerón generaron listas de tópicos. Pero, como decíamos, hay instrumentos de reflexión que se tornan parodia de sí mismos cuando se pretende que *reemplacen* la reflexión. Salvo en un juego. No estoy diciendo que Aristóteles ¡Él! haya pretendido minimizar la reflexión de sus estudiantes. Pero la enseñanza

¹⁵ Aristóteles, *Refutaciones sofísticas*, 184a.

de formas a ser aplicadas en un juego tiene el riesgo de ser así recibida. Así se ve a menudo en sala de clases.

El ejemplo exige a la persona un trabajo formativo que el aprendizaje y aplicación de una regla no requiere. Cicerón lo sabe y tiene claro que, en última instancia, no es la instrucción sino la formación de la persona lo que rinde frutos. Dice, por ejemplo:

"Así como al escribir una palabra, no necesitamos pensar donde encontrar las letras que la componen; cuando tenemos que argumentar un caso, nuestro buen camino no consiste en apoyarnos en argumentos almacenados para ese tipo particular de casos, sino tener para rápida disposición lugares comunes que de manera instantánea se presentan para hacer el planteamiento, así como lo hacen las letras para escribir una palabra. Pero estos lugares comunes sólo serán útiles al hablante que es un hombre de acción, calificado por la experiencia que asegura la edad, o el escuchar y la reflexión que sobrepasa la edad"¹⁶.

Como se ve, para Cicerón lo que importa no son listas de tópicos almacenadas para aplicación, sino de la capacidad personal para echar mano de tópicos "de manera instantánea", esto es, de contar con capacidad tópica incorporada, hecha ya parte de quien uno es gracias a su formación. Más todavía, dice que esos lugares comunes o tópicos a los cuales debiéramos acceder con la instantaneidad del hábito incorporado, no serán útiles a cualquiera sino sólo a hombres con experiencia y reflexión sobre las cosas del mundo. Dicho de otro modo, esa formación requiere experiencia en el hacer y en la reflexión sobre lo hecho, cosa para las cuales el trabajo en sala de clases es ideal con tal que no se quede en el juego transparente de las formas, sino que obligue al estudiante a enfrentar una y otra vez los desafíos opacos de lo material.

Para Cicerón, la tópica no cumple función alguna como lista almacenada en un cuaderno o en una cabeza para consulta y aplicación ante cada caso, sino que sólo es valiosa integrada a quien la persona ha devenido por haber incorporado, esto es por haber hecho parte de sí, no sólo tópicos sino una comprensión viva de cómo se mueve el mundo. Cicerón la refuerza con las siguientes palabras:

¹⁶ Cicerón, *De Oratore*, II, 130-131.

"Pues, tráigame un hombre tan consumado, tan claro y agudo en su pensamiento, tan hábil para hablar como ustedes gusten; si, no obstante todo eso, es un extranjero al intercambio social, al precedente, a la tradición, y a las costumbres y disposición de sus conciudadanos, esos lugares comunes de los cuales se derivan los argumentos, le servirán de poco"¹⁷.

Como se ve, el conocimiento de catálogos de tópicos de nada le servirán a quien no tenga comprensión de las comunidades en que se desenvuelve.

Un siglo más tarde, Quintiliano realza las mismas ideas de Cicerón refiriéndose a los tópicos no en términos de reglas formales a aplicar sino de experiencia forjadora de hábitos:

"Nos causaría una demora infinita en la preparación de un discurso si siempre tuviéramos que poner a prueba cada uno de los argumentos y aprender por experimentación si alguno es apto y adecuado. De hecho, todo esto puede convertirse en un estorbo, a menos que tengamos la capacidad innata y el pensar rápido desarrollado por la práctica, que nos guíen directamente a los puntos apropiados para nuestra causa. ... es una larga práctica la que se necesita para asegurar que, así como las manos del músico (incluso si él mira en otra dirección) se mueven por sí mismas a la nota precisa, así esta abundancia variada de argumentos no obstruye la línea de pensamiento del orador, sino que, más bien, se presenta a la mente, por así decir, y sigue su discurso automáticamente, así como las letras y las sílabas no requieren pensamiento consciente el escritor"¹⁸.

Refiriéndose al estudio de los catálogos de tópicos que "puede convertirse en un estorbo", Quintiliano necesita incluso explicar sus críticas al respecto, a fin que no se infiera de sus palabras que los catálogos mismos son inútiles:

"Digo esto no porque yo piense que el conocimiento de estos tópicos desde los cuales se sacan argumentos sean inútiles (si así pensara, no los habría enseñado), sino para que quienes hayan adquirido esta información, si descuidan otras cosas, no debieran creer que han devenido perfectos adeptos y oradores acabados, sino que debieran darse cuenta que, salvo que trabajen los preceptos que daré después, no han logrado sino un conocimiento incapaz de expresarse"¹⁹.

¹⁷ Cicerón, *De Oratore*, II, 131.

¹⁸ Quintiliano, *Institutio Oratoria*, 5, 10, 122-125.

¹⁹ Quintiliano, *Institutio Oratoria*, 5, 10, 119-121.

Entonces, en los orígenes encontramos dos visiones de la tópica.

La *Tópica* de Aristóteles es la expresión más antigua de la tópica como instrumento de crítica formal, formulado por un analista para uso en un contexto artificial, con la esperanza no siempre explicitada de aplicar ese modelo a los encuentros y desencuentros reales de opinión. Es la visión que podría estimarse antecesora de lo que hoy suele entenderse por 'teoría de la argumentación', interesada en la justificación, en normar el intercambio de opiniones con reglas que formalicen la relación entre proposiciones y disciplinen el diálogo entre los hablantes.

La tópica de Cicerón y Quintiliano, en cambio, toma la perspectiva de un agente consciente de que no puede predecir y mucho menos controlar lo que a una comunidad importará en la discusión de casos particulares venideros, de modo que el camino de su desarrollo no radica en el conocimiento de reglas para su aplicación, sino en el de cultivo de ciertos hábitos que constituyan la capacidad de hacer frente a cada situación.

Tales son los orígenes griegos y latinos de la tópica, entre los cuales hemos destacado una diferencia fundamental para la formación de un abogado. Donde los primeros se ocupan de desarrollar una ciencia formal como arma crítica en juegos dialécticos, los segundos buscan desarrollar una capacidad de trabajo material como arma heurística en enfrentamientos reales.

Hemos conversado con los clásicos.

4. La profesión

Lo segundo que anuncié querer hacer antes de abocarnos a los hábitos a trabajar para el desarrollo del pensamiento tópico, es mostrar cómo hoy en día, si bien el abogado normalmente no tendría mucho que decir si se le preguntara acerca del rol de los tópicos en su ejercicio profesional, en el hecho los busca, genera y utiliza a diario en su trabajo.

Si preguntamos a un abogado lo que entiende por "tópico" dirá que es un lugar común del tipo "A lo imposible nadie está obligado", "Quien puede lo más, puede lo menos", "Ley posterior deroga ley anterior", etc. Estos lugares inconexos que todos conocemos son los vestigios de largas listas o catálogos de tópicos que se han elaborado siglo tras siglo desde antes de los tiempos de Aristóteles con el propósito de sistematizar de antemano todo lo que en

una situación puede importar. Como hemos visto, incluso Aristóteles y Cicerón listaron tópicos. Los catálogos o listas de tópicos son la respuesta, no tan importante para nosotros, dada a una pregunta perenne que si nos importa cual es cómo determinar ante un asunto lo que importa.

Quintiliano, por ejemplo, clasificaba los tópicos en categorías tales como, entre otras, los que corresponden a cosas y los que corresponden a personas. A su vez subclasificaba cada categoría, subdividiendo por ejemplo la de personas en perspectivas tales como lugar de nacimiento, nacionalidad y muchas otras²⁰. Por cierto que cada tópico de estas listas puede en alguna particular situación llegar a considerarse importante por los involucrados. Por ejemplo, las referidas perspectivas de lugar de nacimiento y nacionalidad que Quintiliano dice ser útiles para pronunciarse sobre el probable comportamiento de la persona, son actualmente consideradas importantes precisamente con ese fin por los funcionarios de inmigración de Europa o de Estados Unidos de Norteamérica que ante cada caso concreto deben emitir un juicio para dar o denegar acceso al respectivo país.

Pero no pensemos que la aspiración a producir listas sistemáticas de tópicos está muerta. Dos mil años después de Quintiliano, sigue habiendo generación de listados de lo que importa con ánimo de sistematización. Una ilustración actual de sistematización tópica en el contexto de una teoría de la argumentación conocida como pragma-dialéctica, es la elaboración de listas o catálogos de *preguntas críticas* restringidas a determinados esquemas argumentativos (causales, consecuencialistas, analógicos, etc.). Así, por ejemplo, bajo la defensa de un proyecto de ley subyace el esquema argumentativo consecuencialista de que se debe aprobar el proyecto *porque* conduce a determinadas consecuencias deseables. Este por qué —que conduce a consecuencias deseables— son las premisas del particular esquema argumentativo. Las preguntas críticas ponen sobre la mesa otras premisas a considerar. La lista de preguntas críticas incluiría por ejemplo si las consecuencias buscadas sólo se pueden lograr con una ley, si la ley propuesta es compatible con la Constitución, si los beneficios son mayores que los cos-

²⁰ Quintiliano, *Institutio Oratoria*, 5, 10, 21-25.

tos, etc.²¹ Como se ve, son perspectivas que razonablemente *importan* para aprobar un proyecto de ley.

Pero hay una razón por la cual el abogado al que arriba imaginariamente preguntábamos lo que es un tópico no nos responde con catálogos (de cuya existencia probablemente ni sabe) sino con algunos lugares comunes sueltos que rescata haciendo memoria de cosas que normalmente no utiliza. La razón es que, para decidir qué importa en cada situación el abogado nunca ha cotejado el caso que tiene delante contra un *check list* sino que simplemente se ha apoyado en la capacidad que tiene (o no) de ver lo que está en juego en el lugar y momento. Por eso, con fines más lúdicos que profesionales, sólo guarda en la memoria ese vestigio de antiguas listas en la forma de algunos aforismos sueltos que podría espolvorear en escritos y discursos, pero más bien lo evita para no caer en el cliché o lo cursi.

Y en todo caso los considera irrelevantes para su formación.

Sin embargo, lo que el mismo abogado no sabe, es que la *tópica* está en el centro de las capacidades que él mismo muestra día a día para ver lo que importa en cada asunto, y que suelen atribuirse vagamente a su "experiencia". Observemos cómo así, para terminar de aclarar aquello que importa en la formación del abogado.

Como los tópicos de estirpe latina son materiales y no formales, es esperable que, entre otros, existan tópicos propios de cada materia, tipo de actividad o especialidad, vale decir, principios o valores que los participantes en esas comunidades, actividades o especialidades reconocen como importantes para resolver los problemas que enfrentan.

Por ejemplo, para un tributarista la perspectiva que se podría titular "todo aumento de costo tributa", es un lugar común, o sea, un tópico. La fórmula es una manera de referir el principio que, si producto de algún acto o hecho aumenta el costo tributario de un activo, entonces lo razonable es que ese acto o hecho debiera estar sujeto a impuesto a la renta. El buen sentido detrás es simple. La ganancia tributable de un vendedor es la diferencia entre el precio y el costo de modo que, a un mismo precio, un

21 Ihnen, C. (2017). La argumentación por consecuencias en el debate legislativo chileno: preguntas críticas para evaluar su suficiencia. *Onómazein* 37, 218-253.

costo alto implica menos utilidad y entonces menos impuesto. Luego si se atribuye a un bien un mayor costo que el que originalmente tenía, baja el impuesto del vendedor a menos que tribute lo que causó ese aumento de costo. No es un tópico menor. Da cuenta de un principio importante para interpretar legislación (y legislar) en temas tan diversos como, por ejemplo, el efecto tributario de las fusiones de empresas, el entendimiento coherente de regímenes de indexación como la corrección monetaria, la manera en que operan las leyes de blanqueo de activos no antes tributados, y múltiples otros escenarios. Con respecto a las listas que comentábamos, cabe destacar que este importante tópico no figura o, al menos, no figura usualmente en textos de derecho tributario, ni como los típicos "principios rectores de la especialidad" ni como explicación posterior para entender tal o cual texto legal. Dicho de otro modo, no es un tópico de catálogo. Sin embargo, cualquier tributarista de experiencia al que se le presente una situación en que parezca que un activo aumenta su costo sin generar impuestos, *verá* de inmediato la aparente anomalía — "¡así como las manos del músico se mueven por sí mismas a la nota precisa" (Quintiliano) — y levantará el asunto para que sea analizado con cuidado. Quienes hayan estado presentes cuando ese abogado levantó el tema pensarán que el valor de haber traído a la reunión a un abogado de experiencia es, precisamente, que ve de inmediato *lo que importa* en la situación que se le presenta. Y como no es algo que estaba en los textos, lo atribuirán a esa entidad vaga que es la "experiencia". Pues bien, esa capacidad propia de la experiencia no resulta de la memorización de aforismos que alguna vez leyó sino de una capacidad que desarrolló. Es la capacidad central del pensamiento tópico: ver en el problema lo que importa.

En realidad, que el particular tópico esté o no esté en los textos de estudio es irrelevante. También se muestra capacidad tópica cuando ante un problema concreto el mismo tributarista ve, por ejemplo, una anomalía de desvinculo temporal entre gastos e ingresos, tópico que se encuentra en prácticamente todos los libros sobre tributación. Lo que importa es su *capacidad para verlo en el caso*, no su capacidad para recordar lo leído. Como dice Quintiliano, "Nos causaría una demora infinita" si tuviéramos que chequear mentalmente todos los tópicos que hemos aprendido para ver "si alguno es apto y adecuado. De hecho, todo esto puede convertirse en un estorbo, a menos que tengamos la *capacidad* ... que nos guíe directamente a los pun-

tos apropiados para nuestra causa"²² (énfasis agregado). El enorme valor profesional de la tópica no radica en hacer al abogado conocedor de un sistema de principios, sino en hacerlo competente para pensar cada problema.

Por lo mismo, la típica enumeración de primera clase sobre "los principios que informan" tal o cual rama del derecho que se está introduciendo, si bien tiene algo de utilidad cuando se pide al estudiante no sólo que aprenda, sino que "aplique" dichos principios, no tiene más valor formativo que el que ha tenido a lo largo de la historia la práctica tradicional de la cual es parte, a saber, la de enseñar catálogos de tópicos estructurados de antemano desde la teoría.

Si no hay en clases a lo largo del año *problemas* con los cuales los estudiantes, guiados por el profesor, deban ejercitar reiteradamente la capacidad de determinar ellos lo que en el asunto importa, no desarrollarán capacidad de pensamiento tópico, no importa cuántos principios se aprendan. Sin un problema concreto delante, no es de tópica que estamos hablando. Como dice Viehweg, "La tópica es el arte de pensar el problema"²³.

Observemos ahora otra cosa más en la capacidad de pensamiento tópico que muestran típicamente los profesionales con experiencia. Ante el caso, no generan tópicos de a uno, sino que generan un *grupo* de tópicos con el cual conducen la conversación con otros o consigo mismo. Dicho de otro modo, *generan en el lugar y momento un catálogo ad hoc de tópicos* a la vez anticipando y configurando lo que importa en el particular caso. Una expresión de la capacidad de pensamiento tópico del profesional es la calidad de las preguntas que formula cuando enfrenta por primera vez una situación. En efecto, la capacidad de pensamiento tópico se expresa en las preguntas que el abogado formula por la sencilla razón de que, ante un problema, si algo importa lo pregunta para conversarlo y si algo pregunta es porque importa. El conjunto de preguntas suele ser imagen de espejo del conjunto de cosas que el abogado decide que importan en el caso. Y, como habíamos dicho, desde ese conjunto tópico de preguntas el abogado *define* el particular problema que enfrenta.

²² Quintiliano, *Institutio Oratoria*, 5, 10, 122-125.

²³ Theodor Viehweg, *Topics and the Law*, Peter Lang 1993, pg. 19.

Así, por ejemplo, después de escuchar a un cliente de pequeña o mediana empresa que dice querer retirarse del negocio, el abogado podría generar una batería de preguntas sobre temas como la estructura societaria involucrada; si el negocio va a continuar conducido por hijas o hijos; qué hijas o hijos tienen el interés o posibilidad de hacerlo y cuáles no; las relaciones y confianzas con los hijos, hijas, yernos, nueros; si se ha pensado en contar con un directorio independiente, etc. Nótese que en este ejemplo no todas las preguntas recaen expresamente sobre materias de ley, aunque las respuestas incidan después en definir caminos jurídicos de acción.

Con las consideraciones de esta sección he querido mostrar cómo el pensamiento tópico cumple un rol invaluable en esa efectividad del abogado para formarse un juicio sobre cada situación, efectividad que suele atribuirse a su *experiencia*. Hemos visto que ese rol de la tópica no consiste en un conocimiento previo de catálogos de tópicos que el abogado *aplique* al caso, sino que consiste en una capacidad de generar catálogos de tópicos en el lugar y momento a partir del problema. Como dice Viehweg, "... si se enfatiza el problema, el problema sale en busca, por así decir, de algún sistema útil para su solución"²⁴. En realidad, es el abogado el que en ese momento sale en busca de un sistema de perspectivas que definan el asunto y rayen una cancha de posibilidades de acción, desafíos y caminos argumentativos. Como sería de esperar, el sistema útil para la solución de un problema incluye consideraciones de unas y otras ramas del derecho así como también consideraciones no jurídicas. Por eso, dicho sea de paso, la capacidad de pensamiento tópico del abogado, cualquier sea su especialidad, exige no sólo saber leyes sino además saber mundo.

En la sección anterior hemos visto cómo los clásicos fueron movidos, unos y otros diferentemente, por la misma pregunta que nos mueve, a saber, cómo se determina ante cada caso lo que importa. En esta sección hemos visto como, sin siquiera formularse esta pregunta, el abogado en los hechos la responde generando ante cada caso concreto una batería *ad hoc* de tópicos con los cuales define y aborda el problema. Aboquémonos en la sección siguiente finalmente, con fines formativos, a la pregunta central de este capítulo: ¿Qué exactamente necesita hacer el estudiante o abogado para desa-

²⁴ Theodor Viehweg, *Topics and the Law*, Peter Lang, pg. 21.

rollar la capacidad de generar, ante cada situación, un catálogo de tópicos a la medida de lo que exige el particular problema que enfrenta?

5. El oficio

Desarrollar capacidad de pensamiento tópico es valga la redundancia— desarrollar capacidad de pensar. Capacidad de pensar cada situación concreta y producir un catálogo *ad hoc* de tópicos que refleje lo que importa en el asunto, esto es, los principios y valores en juego que resuenen a la comunidad pertinente.

Una primera reacción a veces es creer que, ya que se trata de dar efectividad a cómo se piensan situaciones en el mundo, hay que hacerse de conocimientos sobre el mundo cuya aplicación a cada caso nos esclarezca la naturaleza del asunto. Por ejemplo, estudiar economía, sociología, ciencias del medio ambiente, etc. como a menudo se plantea en conversaciones sobre mala curricular en una escuela de derecho. En cierta medida y con un acotado propósito eso está bien. Es cierto que el abogado necesita conocer diferentes lenguajes con que conceptualizamos la realidad en que él se desenvuelve profesionalmente, así como las principales relaciones causales con que vinculamos unos acontecimientos a otros. Pero el abogado, en su calidad de tal, no tiene la capacidad y, más importante, no tiene el rol de sustituir a un sociólogo, a un sociólogo o a un economista. El pensamiento tópico no busca aplicar leyes naturales o sociales a tipos de situación, sino que busca hacer hablar *lo que importa* en la situación singular y única que se tiene delante. Es menos ciencia y más política.

Cicerón, precisamente, es un excelente ejemplo del giro político que los oradores romanos dieron a la filosofía griega. Es así como afirma que "la actividad del orador tiene que ver con la opinión, no el conocimiento"²⁵. El reconoce el enorme valor formativo de lo que llama "la filosofía", a la par que critica en cada esquina de su obra la especulación inconducente de "los griegos". Una consecuencia práctica de esto para el abogado que trabaja su propia formación es focalizar y acotar su búsqueda de conocimiento de otras

²⁵ Cicerón, *De Oratore*, II, 30.

disciplinas. A este respecto Cicerón dice que "Las materias en cuestión son fácilmente aprendidas si uno toma de ellas lo que realmente necesita..."²⁶

Como decía, la situación particular con la cual lidia el pensamiento tópico tiene un carácter singular que la hace esquivar a los instrumentos del pensamiento irremediablemente general del análisis y la ciencia social. Pero no todo está perdido. Dar sentido a lo singular y único que se tiene delante puede no ser lo propio de la ciencia, pero sí es lo propio del arte. El pintor da sentido a lo que pinta. Pero la capacidad de un pintor para ver sentido en el paisaje concreto que va a pintar y dar forma a ese sentido en el lienzo, no resulta de que ande trayendo a cuestas un manual de consulta sobre lo que importa en los paisajes sino que resulta de *la práctica reiterada de observar paisajes y pintar paisajes*, hasta que el pintor se va transformando en una persona capaz de *ver y hacer ver* lo que en un paisaje importa.

Si nos aventuramos a explorar ese camino, lo que requiere la capacidad de pensamiento tópico es desarrollar oficio en el uso del lenguaje para dar sentido a situación tras situación, así como el pintor necesita desarrollar oficio en el uso de pinceles para dar sentido a paisaje tras paisaje. El producto buscado es un discurso escrito o hablado del abogado que, ante cada situación concreta, presente a la comunidad pertinente principios y valores que a ésta le resuenen como aquellos importantes para decidir qué hacer. Para pintar bien hay que trabajar los pinceles.

El desarrollo de capacidad de juicio mediante un trabajo no conceptual sino casi manual ¡horror! de pintar con lenguaje, es algo que se ha hecho desde antiguo. Los sofistas en Atenas decían enseñar el buen juicio mediante el trabajo con el lenguaje. Como vimos anteriormente en un diálogo de Platón, pretender que el buen juicio fuere enseñable ya era una osadía. Pero pretender que fuere enseñable como asunto de lenguaje era simplemente escandaloso. Aristóteles expresó en la *Retórica* su desacuerdo como sigue:

"Enumerar y clasificar los asuntos normales de interés público, y formular hasta donde sea posible definiciones verdaderas de ellos, es una tarea que ... no pertenece al arte de la retórica, si no a un arte más instructivo y a una rama más real del conocimiento. ... Mientras más tratemos de hacer de la retórica... más estaremos destruyendo inadvertidamente su verdadera naturaleza; porque... estaremos pasan-

²⁶ Cicerón, *De Oratore*, III, 87-88.

do a la región de las ciencias que trata de materias definidas y no simplemente de palabras...²⁷.

Como se ve, para Aristóteles no es en el trabajo del lenguaje donde se han de buscar las ordenaciones y categorizaciones verdaderas para entender las cosas —como, por ejemplo, para entender los principios y valores que importan en el asunto de interés que uno tiene delante— sino en lugares más nobles, en ramas más reales del conocimiento que no traten simplemente de palabras sino de las materias *de fondo*.

Cicerón se rebela contra estas distinciones, culpando de ellas por cierto a "los griegos". De hecho, lo más distintivo y significativo del legado de Cicerón no fue ni su trabajo del lenguaje ni su trabajo reflexivo sobre determinadas materias, sino su insistencia reiterada una y otra vez sobre la unidad de la reflexión sobre contenidos y el uso de la palabra:

"Cada discurso consiste de *materia* y *palabras*, y las palabras no pueden encontrar su lugar si no *está* la *materia*, ni la *materia* puede tener claridad si no están las palabras."²⁸.

Este ideal unitario de sabiduría y elocuencia fue el mismo ideal pedagógico que recobró vida durante el Renacimiento tomando el nombre de *humanidades*. Lo retomaremos.

Cuando un estudiante llega a reclamar su nota, prueba corregida en la mano, mostrando un párrafo y diciendo que "en el fondo" ahí dice lo que él debió haber dicho quizá de otra manera, uno toma su prueba, mira el papel por detrás por si ahí debajo estuviera el fondo, no encuentra nada y da al alumno la mala noticia: no hay fondo y forma. Sólo hay forma. Sólo existe el papel que entregó. Sólo existen las palabras que el abogado colocó en su escrito o dijo en su alegato. No es que el aprendiz de escultor haya creado una escultura que le hace el peso a la *Pietà* pero, claro, le falta el detallito de ponerla bien en mármol. No hay más escultura que la que existe en mármol. No hay más obra que la obra. El estudiante que insiste en separar fondo y forma en su prueba está muy lejos de hacer propio lo que significan las humanidades. *Res et verba*. Por eso la merecida mala nota.

²⁷ Aristóteles, *Retórica*, 1359 b1-15.

²⁸ Cicerón, *De Oratore* III, 19.

Dicho lo anterior, veamos entonces en qué puede consistir desarrollar el oficio del pensamiento tópicamente trabajando el pincel del lenguaje.

Pues, consiste en escribir. No es cualquier escritura. Es una escritura que forja de manera inevitable una *memoria*. Pero no es cualquier memoria. Es una *arquitectura personal de comprensión de los principios y valores* de la tradición, arquitectura que se torna máquina productora de tópicos a nuestro servicio ante cada ocasión que lo requiramos.

Veamos cómo exactamente el ejercicio "de forma" que es escribir, es indispensable para mejorar una capacidad "de fondo" como lo es el pensamiento tópico y, en definitiva, el buen juicio. De paso, se comenzará a esclarecer esa unidad de *res et verba* propia de las humanidades.

Comenzaré con una anécdota personal en la cual el lector probablemente reconocerá experiencias propias similares. Hace unos cuarenta años, siendo abogado recién recibido, se me encomendó hacer para un cliente un informe sobre los límites de la planificación tributaria para una operación concreta. El informe se fue expandiendo en el curso de su elaboración hasta incluir un análisis acabado de la ley, doctrina comparada, jurisprudencia y prácticas en materia de simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, evasión tributaria y elusión tributaria. Las ideas que precisé, los vínculos entre ellas que definí, los criterios para separar lo que importa de lo que no importa, me han acompañado, evolucionando, hasta hoy. No tengo idea cuál sería el largo del informe, sus secciones o redacción, nunca más vi el documento y recordarlo de ese modo sería irrelevante. Lo que me acompaña es la memoria de una *arquitectura de comprensión*. Por cierto, que ella se ha transformado con el pasar de los años y de seguro poco tiene ya que ver con la estructura original, habiendo cambiado cual ser vivo todas sus células y algo de su forma, pero manteniendo sin embargo un núcleo de identidad. La forma y materiales actuales de esa arquitectura recoge décadas de reflexión adicional sobre trabajos para clientes, litigios, conversaciones, lecturas, nuevas leyes, docencia, cambios políticos en el mundo, todo en torno a un ámbito de interés con cierta identidad propia. Pero el hecho de *yo escribir* el informe hace cuarenta años, me obsequió grabar en la *memoria* una *arquitectura personal* de entendimiento disciplinar y profesional que, hasta el día de hoy, me permite mirar una situación particular y determinar un conjunto de tópicos coherentes que ajusto a las exigencias del lugar y momento "así como las manos del músico se mueven por sí mismas a la nota precisa".

¿Por qué llamo a esto "memoria" si no hablo ya de la arquitectura original, que quizá hoy hasta me avergonzaría por ingenua, sino de la arquitectura actual ajustada por última vez quizá anteaeyer? Pues, por la sencilla razón que la memoria no es sobre el pasado sino sobre el futuro. No es *mimesis*, copia, reproducción, esa que con justa razón produce desazón en los estudiantes por ser muerta. Es *mneme*, de Mnemosine, madre de las musas que inspiran la creatividad del abogado que después, cada vez que escucha un asunto particular y sobre la marcha, *creo* desde esa memoria una estructura de sentido, de lo que importa. Esta memoria no es mera recolección sino una máquina de hacer ideas. Léon Brunschvicg, filósofo francés de comienzos de siglo XX, usa la expresión respecto de un tema estrechamente relacionado, definiendo *topos* como "máquina para hacer premisas"²⁹.

Para mejor realizar el rol inventivo de la memoria, quiero traer a colación otra anécdota complementaria. Hace unos cuatro años lei un texto de Peter Sloterdijk sobre tributación voluntaria. Lo encontré muy interesante. Pero no escribí nada sobre el tema. No hay duda que un escrito de Sloterdijk tiene harto más peso que los primeros balbuceos profesionales de Valenzuela veinteañero. Sin embargo, no recuerdo nada de lo que dice o piensa al respecto Sloterdijk. Si me presionan, puedo hacer un esfuerzo de mimesis. Pero no es un motor de creatividad en mi acervo mnemónico, salvo un par de detalles de su texto que incorporé natural e instintivamente a otra de mis arquitecturas personales donde ya perdieron su identidad de origen. La gran diferencia está en que el balbuceo de hace cuarenta años *yo lo escribí*, en tanto que el texto de Sloterdijk hace cuatro años *sólo lo lei*.

¿Cuál fue el *impacto* de escribir? Probablemente fue una combinación del compromiso que exige haber escrito con intención de producir una postura, *mi* postura; de haber sentido enorme curiosidad por ese tema que levanta preguntas complejas de ética y hermenéutica, dos cosas que me interesan especialmente; de haber tenido que encontrar lo que en la situación particular importaba a punta de palos de ciego corregidos después con generosidad y paciencia por mis colegas mayores; de haber hecho un esfuerzo por lograr perfección (tal vez para dejar una buena impresión que me abriera oportunidades profesionales). Lo que quiero destacar es que el escribir for-

²⁹ Sara Rubinelli, *Ars Topica*, Springer Science+Business Media B.V., 2009.

jador de la memoria de que hablo nace de un compromiso no sólo del pensamiento sino del sentimiento y la voluntad. En ejercicios de la antigüedad hechos para anclar memorias en imágenes, se atribuía a las imágenes *similitudo* e *intentio*. Lo primero es el vínculo de pensamiento, metafórico, entre la imagen y aquello a recordar; y lo segundo la intensidad del sentimiento o interés que, obviamente, hace una enorme diferencia en lo que se nos graba. Si uno escribe lo mejor que puede, sobre algo que le importa para un fin que le importa, produce memoria. Memoria de aquella que mira hacia el futuro cual máquina de hacer ideas ante nuevos desafíos. Es la fuente de la capacidad de pensamiento tópico.

Como se ve, este escribir no es una "forma" que sea separable en algún sentido útil del "fondo" que es la capacidad o manera personal de pensar ciertas materias. La arquitectura desde la cual pensamos nace de haber sido escrita. El impacto de la escritura proviene de haber comprometido pensamiento, sentimiento y voluntad. Y así como el aprendiz renacentista de pintor preparaba sus herramientas para pintar, o sea sus bastidores, pinceles y colores, herramientas que no serían de más calidad que la que él fuera capaz de darles; así también el aprendiz de pensador prepara sus herramientas para pensar, o sea su memoria, esto es, sus arquitecturas temáticas, sus máquinas de hacer ideas, herramientas que no serán de más calidad que la que él sea capaz de darles. El que escribe mal, piensa mal. Y, claro está, el que piensa mal, escribe mal. *Res et verba*.

En síntesis, escribir para formular nuestro personal juicio, con la mayor excelencia que nos sea posible, sobre una situación particular que nos importe es un ejercicio que forja *memoria*. Memoria no como bodega de datos sino como la estructura mental que queda después de cada experiencia personal de búsqueda y expresión que dé cuenta de lo que importa en una situación. La estructura que queda es la estructura de lo que nos importó en el asunto sobre el cual escribimos, o sea, una estructura de tópicos y relaciones entre ellos. Pero eso no es todo. Posteriormente, un *nuevo* ejercicio de escritura sobre un asunto particular diferente tendrá, desde luego, el mismo efecto de generar una arquitectura de comprensión con nuevos tópicos. Pero *además* el nuevo ejercicio revelará a menudo que vuelven a surgir tópicos idénticos, similares o relacionados con aquellos ya cristalizados en la memoria de una experiencia anterior. Así se van generando vínculos entre la estructura de comprensión tópica que dejó el ejercicio de escritura de un asunto y aquella

que han dejado los ejercicios de escritura de otros asuntos. Por ejemplo, no es una gran sorpresa que el tópico "la buena fe merece protección" (en cualquier formulación que se le dé) reaparecerá más de una vez en diferentes situaciones concretas respecto de las cuales emitamos un juicio. Pero figurará en cada ejercicio con distinta coloración por haberse estructurado junto a otros tópicos que en cada caso son diferentes. En una ocasión quizá la buena fe se estructuró con tópicos relativos a las obligaciones naturales. Y en otra ocasión quizá la buena fe se estructuró con tópicos referentes a razones de negocios en materia de impuestos. Cada nueva incorporación de un tópico a una nueva estructura tópica para lidiar con una situación diferente, enriquece los matices y la plasticidad de ese tópico. Con cada uso en contextos diferentes, el tópico va dejando de ser una fórmula de bordes claros y se va convirtiendo en una idea, valor o principio *formulable* con flexibilidad, caso a caso según las necesidades de la situación. Con cada uso, los tópicos van dejando de configurar conocimiento y van pasando a constituir capacidad.

Como se ve, la aspiración de la memoria no es convertirnos en enciclopedia viviente sino en concordancia viviente. Cuando mis estudiantes leen a Cicerón en un taller de clásicos que ofrezco anualmente, no hacen esta diferencia y entonces les parece desmedida e irreal la pretensión reiterada por el autor de que "ningún hombre puede ser un orador de mérito, que no haya alcanzado el conocimiento de todas las materias y artes importantes"³⁰. Imaginan la imposible enciclopedia viviente. No visualizan todavía el camino que sí es posible hacia la concordancia viviente.

Lo que pasa a los estudiantes es que hablar de la memoria como lo hacemos aquí es algo que sorprende en un medio que ha olvidado lo que la memoria es. Saberse un sinnúmero de datos —por ejemplo, textos legales, sentencias, teorías, nombres de autores, fechas— no es memoria. No es cierto —como declaró Sergey Brin, fundador de Google, a la revista Newsweek el año 2004— que "si tuvieras toda la información del mundo directamente ligada a tu cerebro, estarías mejor". Se ve que nunca leyó *Funes el Memorioso*. El volumen y la desconexión degradan la información, convirtiéndola en ruido. La capacidad de recitar ruido no es memoria sino habilidad circense.

³⁰ Cicerón, *De Oratore*, I, 20.

No es que el contenido del ruido sea irrelevante en sí mismo, así como no son en sí mismas irrelevantes las conversaciones de las demás mesas en un restaurante, sin perjuicio que para la mesa de uno sean ruido. Así también, por ejemplo, la enseñanza universitaria de materias que responden a preguntas que el estudiante no se ha hecho, es ruido para el estudiante que —en una parodia de lo que es la verdadera memoria— se ve obligado a retener y después recitar con habilidades circense lo retenido. Como bien dice John Biggs, "Cuando los estudiantes sólo nos devuelven lo que les hemos entregado, algo anda mal"³¹. Por eso la primera tarea del profesor es generar en el estudiante las preguntas que darán a la materia que viene después el carácter de respuesta que el estudiante pueda entonces incorporar a alguna estructura personal de sentido, o sea, a su memoria.

Ahora, si bien aspiramos a una memoria que cada uno constituye desde su experiencia y visión ante lo que ha enfrentado y escrito, es evidente que no todo capricho mnemónico o relacional vale. Aunque de cada cual depende la riqueza de las redes de sentido con que va construyendo su memoria, los sentidos configurados y relacionados son sentidos que, una vez formulados adecuadamente, resuenan también a las comunidades en las cuales nos desenvolvemos. Puede que lo que un abogado combine y relacione para su personal retención sea sumamente imaginativo, pero imaginación no es alienación y la diferencia entre ambas es, precisamente, la posibilidad de reconocimiento comunitario. Salvo alienación, la construcción de nuestra memoria personal es, en realidad, construcción de una lectura personal de la memoria comunitaria, esto es, una lectura personal de la tradición, de lo que conforme a la tradición importa para los fines de nuestra convivencia. Construir memoria no es pesquisa individual sino actividad cívica.

Hoy solemos pensar en la retórica como herramienta para persuadir a otros, pero la retórica nunca ha sido sólo un instrumento de persuasión sino, por encima de todo, una forma de pensamiento. De hecho, en la práctica, lo más persuasivo no es el buen hablar sino el buen pensar. El buen pensar retórico es el pensamiento tópico o invención. No invención *ex nihilo* sino,

³¹ John Biggs y Catherine Tang, *Teaching for Quality Learning at University*, Open University Press McGraw-Hill, 2011.

justamente, invención a partir de un acervo cultural compartido. Es una alquimia con los principios y valores de la tradición.

Sólo para despejar posibles malos entendidos, es bueno señalar que desde antiguo han existido ejercicios para mejorar la memorización de cosas. No es lo que nos interesa. Se hablaba incluso de *tópicos mnemónicos*, a la par con los *tópicos dialécticos* y *retóricos* a los cuales nos hemos referido en las páginas anteriores. Los tópicos mnemónicos eran entendidos como objetos físicos imaginados a los cuales uno asocia aquello a ser recordado, bastando después memorizar esos objetos de modo que el recuerdo de cada uno de ellos gatille el recuerdo de sus contenidos. Estos lugares podían ser, por ejemplo, meros títulos que sirvan de señal para agrupar contenidos hasta, por ejemplo, imágenes de salas de una casa a cada una de las cuales se asociaban contenidos. Los ejemplos concretos pueden resultarnos algo cómicos. Así, por ejemplo, en la *Retórica a Herenio*, manual que durante más de un milenio tuvo un prestigio inmerecido por haber sido atribuido equivocadamente a Cicerón, se dice que la memoria requiere de "fondos" (en el sentido de *el fondo* contra el cual aparece una figura en una foto) e "imágenes". Ilustra la idea con el caso de un acusador que dice que el acusado ha matado a un hombre envenenándolo para hacerse de una herencia y que, respecto de lo ocurrido, hay muchos testigos. Entonces,

"si para facilitar nuestra defensa queremos recordar estos primeros puntos, ... imaginaremos al difunto enfermo en cama, con una copa en su mano derecha, en su izquierda unos escritos, y en el cuarto dedo los testículos de un carnero. De este modo recordaremos que el hombre fue envenenado, que hay una herencia de por medio, y que hay testigos"³².

De hecho, en línea con esta idea, el mismo Aristóteles concluye su *Tópica*³³ invitando a su lector a memorizar los encabezamientos o primeros principios desde los cuales se construyen argumentos.

Pero no es de eso que hablamos al hablar de desarrollo de la memoria. Hablamos de lo que tradicionalmente se conoció como *inventio*, o sea la memoria como inventario para inventar perspectivas desde las cuales comprender y argumentar un asunto.

³² *Rhetorica ad Herennium*, III, 33.

³³ Aristóteles, *Tópica*, 163 b20-34.

La construcción de la memoria que nos interesa no es asunto de retener sino de componer; no se trata de grabar sino de *hacer*. Y por cierto, después, *reflexionar* sobre lo hecho. Ese *hacer* configurador de memoria explica por qué el abogado de experiencia suele tener gran capacidad de pensamiento tópico. Y la reflexión posterior o falta de ella explica por qué no es lo mismo un abogado de experiencia que un abogado viejo: entre estos últimos hay quienes, por mala composición o por falta de reflexión, carecen de experiencia no obstante haber visto mucho.

Ahora bien, ¿De qué sucedáneo de la acción profesional puede echar mano un estudiante que aún no tiene acceso a desafíos concretos sobre los cuales actuar escribiendo?

Una práctica que he visto ser particularmente útil para el estudiante que todavía no se ve profesionalmente obligado a escribir día a día con efectividad, es que él escoja cualquier asunto, jurídico, político u otro que *le interese personalmente* y sobre el cual tenga una postura, y escriba entre dos y diez páginas en defensa de su planteamiento, corrigiendo y re-corrigiendo el texto (ortografía incluida) hasta que, a su juicio, sea digno de publicación. Hecho eso, lo archiva. Mejor aún si tiene amigos entre los cuales circularlo para crítica o algún medio en el cual efectivamente publicarlo, pero nada de eso es esencial. Lo esencial es la práctica de haberlo escrito. Y al mes siguiente otro, y después otro y así hasta que, casi sin percibirlo, con el pasar de los meses y años, habrá ido construyendo una interesante *memoria*, matriz personal de pensamiento desde la cual inventar ideas, vale decir, una gran capacidad de pensamiento tópico.

No estamos descubriendo la rueda. Hace dos mil años Cicerón lo decía como sigue:

"Pero lo principal, a decir verdad, es lo que hacemos menos (porque requiere de grandes esfuerzos que la mayoría de nosotros evitamos), escribir lo más posible. La pluma es el mejor y más eminente autor y maestro de la elocuencia, y por buenas razones....La *verdad es que todos los tópicos*, sea que los prueva nuestro arte o nuestro individual talento o sabiduría, en tanto sean propios de la materia sobre la cual escribimos, *surgen y se abalanzan* mientras indagamos y consideramos el asunto con toda nuestra *agudeza natural*"³⁴ (énfasis agregado).

³⁴ Cicerón, *De Oratore*, I, 151.

Y así, en el hecho, ocurre a cualquiera que coloque toda la agudeza natural de que sea capaz en ese esfuerzo de escribir su juicio o consejo sobre un asunto concreto: surgen y se abalanzan los tópicos. Ese esfuerzo para escribir incluye, por cierto, leer o escuchar lo que otros han dicho sobre el asunto, porque el pensamiento tópico es conversación y ese foro interior necesita de contrapartes. Pero no basta la sola lectura en general, desligada de la tarea concreta de producir un juicio sobre un asunto particular. No basta porque, cualquiera sea el goce intelectual pasivo que en el momento ella nos entreque, la sola lectura sin propósitos no moviliza nuestro intelecto y voluntad en el esfuerzo productor que refiere Cicerón y, por lo mismo, no construye memoria personal de aquella que transforma o convierte a la persona en otra al enriquecer su matriz de perspectivas y de relaciones entre ellas. El modesto informe que *escribí* hace cuarenta años contribuyó a mi memoria forjadora de capacidad profesional. El interesantísimo artículo de Sloterdijk *solo leído* hace pocos años en una vacación, no.

No piense el lector que la cita reproducida se aleja de nuestra materia por el hecho que Cicerón la refiera al desarrollo de la *elocuencia*. Hoy tendemos a relacionar la elocuencia con formas del discurso que serían independientes de su fondo. ¡Vuelve a penar el prejuicio de separar "fondo" y "forma"! Pero, no es así. En la cita debemos entender "elocuencia" más bien como la descripción Juan Bautista Vico: sabiduría y prudencia llevadas al habla. La elocuencia no es sino la forma que inevitablemente toma un discurso bien pensado. Lo veremos en el capítulo sobre persuasión. Lo que dice Cicerón es que el buen pensar en el discurso para aconsejar o juzgar dependerá, muy importantemente, de la riqueza y acierto de sus tópicos.

Quintiliano retoma el consejo de escribir en los siguientes términos:

"En el escribir están las raíces, en el escribir están los fundamentos de la elocuencia; mediante el escribir se van guardando recursos, por así decir, en un repositorio sagrado, desde donde pueden después ser recuperados cuando una emergencia o las circunstancias lo requieran"³⁵ (énfasis agregado).

Ese repositorio sagrado y su disponibilidad para recuperación no es sino la memoria desde la cual se piensa tópicamente.

³⁵ Quintiliano, *Institutio Oratoria*, 10, 3, 2.

Pero nada de esto sirve si el ejercicio no se reitera y convierte en hábito. Es la repetición de una acción lo que nos transforma. Nos convierte en una persona a quien cada vez cuestan menos algunas partes de esa acción, por ejemplo uno deviene una persona con más soltura para dar con tópicos pertinentes o relacionarlos imaginativamente ante un problema, una persona que encuentra con facilidad expresiones y redacciones con que dar forma a sus juicios.

En las primeras líneas del Libro X de su *Institutio Oratoria* Quintiliano se refiere a esta facilidad:

"Pero estas directrices para ser elocuente, aunque sea necesario conocerlas, no son suficientes para producir todo el poder de la elocuencia a menos que se una a ellas una cierta facilidad [facilitas], que entre los griegos se llama *hexis*, 'hábito'"³⁶.

El hábito es conocimiento incorporado, casi literalmente parte del cuerpo, parte de quien uno ahora ha logrado ser. William James atribuye al Duque de Wellington las siguientes palabras:

"El hábito es una segunda naturaleza. ¡Es diez veces la naturaleza!"³⁷.

Destaca posteriormente Quintiliano el componente de comprometido esfuerzo ante la tarea, sin el cual la práctica no se torna eslabón configurador de hábito o facilidad:

"Debemos, entonces, escribir tan cuidadosamente y tanto como nos sea posible... Que nuestra pluma primero sea lenta, con tal que sea precisa. Busquemos lo que es mejor...: que nuestro juicio se aplique a nuestros pensamientos... que el peso de cada uno sea cuidadosamente evaluado... La suma del asunto es la siguiente: que escribir rápido no nos lleva a escribir bien, pero que escribir bien nos lleva a escribir rápido"³⁸.

³⁶ Quintiliano, *Institutio Oratoria*, 10, 1, 1.

³⁷ William James, *The Principles of Psychology*, en The Great Books, Encyclopedia Britannica Inc., 1987, pg. 79.

³⁸ Quintiliano, *Institutio Oratoria*, 10, 3, 5-10.

Completa estas ideas como sigue:

"A un gran poder de la mente no se llega repentinamente ni pronto. En primer lugar, una cierta *forma* de pensar necesita ser adquirida gracias a mucha práctica en escribir"³⁹.

Al igual que la suerte, la excelencia en el pensar también favorece a una mente preparada. La mejor preparación para el pensamiento tópico es escribir. Veamos ahora en detalle de qué escribir se trata.

³⁹ Quintiliano, *Institutio Oratoria*, 10.6.3.