

ARGUMENTACIÓN TÓPICA Y LEGISLACIÓN.
UN ANÁLISIS DESDE LOS CLÁSICOS
ANTE LA PROBLEMÁTICA ACTUAL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El pensamiento de Platón en torno a la ley*. III. *El pensamiento tópico y la concepción de ley en Aristóteles*. IV. *La tópica y la ley en Cicerón*. V. *La argumentación tópica de nuestros tiempos y la Legislación*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

Miguel Ángel Suárez Romero
Universidad Nacional Autónoma de México

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto de estudio la argumentación jurídica en términos de tópica en el terreno legislativo, partiendo de la problemática que mantiene el diagnóstico y evaluación de la ley en el constitucionalismo contemporáneo, siendo conscientes de las diferencias que dicho concepto tiene en la antigüedad y en la modernidad. Convencidos que el concepto y la necesidad de la ley ha tenido una importancia trascendental desde las antiguas formas de organización política, así como de las dificultades a las que se enfrentan los operadores jurídicos desde el momento de su creación, posterior aplicación e interpretación –problemáticas que se mantienen hasta nuestros tiempos–, creemos que es importante hacer un análisis retrospectivo que nos permita un mejor entendimiento del fenómeno.

Así es como se han elegido tres modelos clásicos del pensamiento antiguo, que desde la óptica de la Constitución que conformaron a esas civilizaciones como organización política y jurídica, desarrollan el tema del papel que la ley asume en dichas formas de organización, sus características y sus insuficiencias, así como los mecanismos que se eligen para superar dichas carencias. Los autores seleccionados son Platón y Aristóteles desde la perspectiva de la *politeia* griega y Cicerón desde la óptica de la *res pública* romana. Debemos aclarar que dicha selección no es arbitraria, sino más bien obedece a que en dichos pensadores –sobre

todo en Aristóteles y Cicerón— encontramos, además de una teoría política y jurídica del concepto de ley, un desarrollo retórico que como método dialéctico por persuasión es utilizado en la solución de diversos problemas.

Así pues, bajo estas coordenadas y partiendo de la importancia que imprimieron a la tópica estos autores clásicos, se llega a las actuales teorías de la argumentación jurídica que surgen a mediados del siglo XX. Entre los precursores de estas teorías, Theodor Viehweg rescata la tópica en una nueva metodología de aplicación del Derecho, como una propuesta de búsqueda de soluciones a los problemas jurídicos. En nuestro caso, partimos de la hipótesis de que las posturas de la argumentación jurídica son aplicables al terreno legislativo y no sólo al jurisdiccional; también, que la tópica es una forma o técnica en el hallazgo de argumentos sólidos para la solución de problemáticas sociales y jurídicas. El objetivo de este breve trabajo es ver a la legislación como un proceso argumentativo dentro del terreno jurídico, que amerita una justificación racional en la toma de decisiones y que una vía argumentativa, en este contexto, puede ser también la forma tópica.

II. EL PENSAMIENTO DE PLATÓN EN TORNO A LA LEY

Comenzando por el pensamiento de la cultura helénica, nos referiremos en un primer lugar en este breve trabajo al pensamiento platónico. Así, es posible mantener que, desde estos tiempos memorables, se discutía por parte de los pensadores griegos lo relativo a las distintas formas de gobierno, sus características y ventajas y desventajas de asumir cualquier tipo de éstas. En su *República*, Platón distingue las formas puras e impuras de gobierno, destacando como criterios importantes de dicha clasificación tanto el número de gobernantes que compone un régimen, como la finalidad que se persigue en el oficio público. De tal suerte, tendremos dentro de las formas puras la monarquía y la aristocracia; mientras que dentro de las impuras, la tiranía, la timocracia, la oligarquía y la democracia. Muchos son los pasajes de la *República* en donde se definen y describen dichas formas de gobierno, entre los cuales podemos destacar aquel en el que se afirma: “[...] la llamada oligarquía, régimen lleno de innumerables vicios; sigue a ésta su contrario, la democracia, y

luego la gloriosa tiranía, que aventaja a todas las demás en calidad de cuarta y última enfermedad del Estado” (Pl. *Rep.* 544c).¹

De todas estas formas de gobierno, Platón opta por la monarquía, en la que el poder se concentra en un solo individuo –cuestión que se afianzará con nuevos matices en la modernidad– y cuya finalidad es gobernar en beneficio de todos. Pasaremos por alto todos los argumentos aducidos en favor de esta forma de gobierno y del Estado mismo (cf. Pl. *Rep.* 368a), para enfocarnos ahora en la concepción platónica de la ley, que es el objeto central del presente trabajo. Para ello se deben distinguir dos momentos en el pensamiento de este filósofo griego. Primero, en *República*, Platón plantea la configuración de un Estado ideal,² concibe un orden perfecto que hace patente como “característica común a gran parte de las utopías políticas, la supresión de las leyes y de todas las estructuras jurídicas de la sociedad” (Fassó 1982, p. 53).³ No obstante, en *Político* y *Leyes*, el mismo filósofo asume la imperfección de los hombres y admite ya la necesidad de establecer determinadas leyes de carácter general que garanticen la libertad y la igualdad jurídicas. Se defiende así una concepción de ley general y abstracta que será el factor que diferencie a las mejores formas de gobierno de las peores, resaltando su carácter puramente pedagógico como instrumento ético e ignorando por completo su función estrictamente política y jurídica. Sobre este punto se ha dicho que “Platón no considera tanto a las leyes en su aspecto propio, es decir, jurídico, en tanto que les atribuye un carácter ético y una función en el Estado, más educativa que política, o, por lo menos, política en sentido ético, dado su carácter educador” (Fassó 1982, p. 56).⁴

Así pues, en *Político*, específicamente en aquel diálogo que mantienen Teodoro, el extranjero de Elea y el joven Sócrates, se afirma que una ley entendida como producto

¹ De igual forma, en relación con la preeminencia de los gobiernos justos sobre los injustos en Platón, es de destacarse el papel de la ley en el logro del buen gobierno (cf. Recaséns Siches 1920: 22-27).

² Al aludir a la conocida alegoría de la caverna en la *República*, el profesor Ruiz Miguel afirma: “en aquel mundo de las ideas, más allá de la oscuridad de nuestro pobre mundo sensible, se hallará también la idea de justicia, como concepto o modelo del comportamiento correcto entre los seres humanos, un modelo objetivo en el sentido de eterno y trascendente y no en el obtenido a partir de los hechos comprobables ni, en especial, de lo común y permanente en las costumbres de diferentes lugares” (2002, p. 26).

³ Esta misma idea la encontramos cuando sobre este punto Sabine menciona: “El Estado ideal, o monarquía pura regida por el filósofo-rey, es ‘divino’ y, por consiguiente, demasiado perfecto para los asuntos humanos. Se distingue de todos los estados reales por el hecho de que en él impera el conocimiento y no hay necesidad de leyes” (1994 p. 81).

⁴ Para este punto del carácter ético y educativo de la ley en Platón y no tanto en sentido jurídico moderno, véase también García Gual 1990: 133-140.

humano nunca podrá gozar de una fijeza total, ni tampoco podrá imponerse a través de ella algún principio absoluto que sea válido para todos los casos y para cualquier tiempo (cf. Pl. *Plt.* 294b). Cabe señalar que aquí se critica el hecho de que un solo hombre, creído de sí mismo e ignorante, disponga por medio de una ley la forma en que han de resolverse ciertos conflictos, ignorando o no tomando en consideración ninguna otra opinión que se le presente, aunque ésta fuere más favorable a lo dispuesto en sus ordenanzas.

Es destacable que ya, desde esa época, se veía la imposibilidad de la ley de prever todos los supuestos que en su momento servirían de base para la solución de los casos concretos que se presenten en la realidad. Nada de lo hecho por el hombre tiene carácter inmutable y perfecto, por lo que las leyes que él mismo elabore adolecerán de tal imperfección y tendrá que acudir a otro tipo de disposiciones o estrategias argumentativas que permitan dar una solución más justa.⁵

Por lo anterior, cuando se trate de enjuiciar la tarea del gobernante, dice Platón que no debe importar que actúe o no conforme a las leyes dictadas por los hombres; basta que dicho gobernante esté dotado de la verdadera ciencia política. Ésta es la recta forma de gobierno: que el gobernante emplee la ciencia y su justicia con miras a conservar íntegra su ciudad (cf. Pl. *Plt.* 309c). Ante esta insuficiencia de la ley para resolver la totalidad de los asuntos de la *polis*, el buen gobernante debe acudir a ciertos principios procedentes del pasado, que permitan la construcción de una constitución mixta, en la que no solamente valgan las disposiciones de los vencedores impuestas de manera unilateral, sino que deben incluirse, además de las anteriores, las de los vencidos como complemento de lo nuevo. De este modo se dará seguridad y estabilidad a la *polis* (cf. Fioravanti 2000, p. 17). Platón refuerza lo anterior al afirmar que “donde las leyes se hacen en gracia sólo de unos cuantos, decimos que no hay ciudadanos sino sediciosos, y que su pretendida justicia no es sino un nombre vano” (Pl. *Lg.* 715a).

De esta manera, para Platón, el segundo mejor gobierno de todos es el constitucional. Lo anterior en el sentido de que, en *República*, Platón trata de dar a conocer el mejor gobierno en el plano ideal mientras que en *Leyes y Político*, describe el gobierno que puede ser

⁵ Por lo que se refiere a la concepción de justicia en Platón, se aludirá en todo momento a la parte interior y no a la exterior de cada individuo, porque un Estado será justo en la medida en que cada hombre cumpla con el papel que le corresponde de acuerdo a su virtud (cf. Nuño 1988, pp. 58-60).

alcanzado con base en ese mismo ideal. Por ello, se ha dicho que Platón considera dentro de este planteamiento al que nos referimos:

que el mejor gobierno, en el plano teórico o ideal, es el que se basa en la discreción del que manda y no en la Ley; como se ve, tal tipo de gobierno se corresponde con el significado atribuido a la palabra ‘despotismo’, aunque desde luego en este caso se trate de un despotismo perfectamente benévolo (Macilwain 1991, p. 51).⁶

En resumen, podemos concluir que Platón defiende, en el plano ideal, el gobierno de los hombres sobre el gobierno de las leyes, en virtud de que estas últimas pueden resultar incapaces de comprender o contemplar en sus supuestos generales todos los casos que puedan presentarse en el terreno fáctico. En el mundo real, el gobernante tendrá que contemplar otros valores y principios que fueron dictados en el pasado, los cuales van a completar el sistema jurídico de la época. Aquí, Platón defiende un gobierno regido por las leyes, para poder hacer efectiva la idea de constitución mixta. Por esta razón, los gobernantes deben ser servidores de la ley, porque de ello dependerá la salvación o perdición de la *polis*, pues, como el mismo Platón afirma:

[...] en aquella [*polis*] donde la ley tenga la condición de súbdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella; y en aquella otra, en cambio, donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de esa ley, veo realizada su salvación y todos los bienes que otorgan los dioses a los ciudadanos (Pl. *Lg.* 715c-d).⁷

De esta manera, en el Estado ideal de la *República*, un gobierno en forma de despotismo benévolo tendrá la misión de resolver los asuntos que se presenten producto de las relaciones sociales, toda vez que aquí no van a ser necesarias las leyes. En cambio, en el Estado real donde se admite el principio de soberanía de las leyes, será esa constitución

⁶ Acerca de esta idea del ‘despotismo benévolo’, en Platón “una ciudad gobernada por sabios carece de significación todo derecho positivo. Los magistrados decidirán en cada caso particular lo que exija la justicia según las circunstancias, sin atarse mediante leyes generales, necesariamente rígidas. El régimen de la ciudad perfecta es la arbitrariedad de un *despotismo ilustrado*” (Truyol y Serra 1987, p. 146).

⁷ Este tipo de constitución que hemos venido describiendo y el papel de las leyes en ese mismo contexto, así como su necesidad en el plano real de la vida política y jurídicamente institucionalizada, es perfectamente entendible en las *Leyes* de Platón (cf. Crombie 1990: 182-191).

mixta con una composición plural la que posibilite una moderación o flexibilidad ante la fijeza y abstracción de la ley.

De lo expuesto hasta este momento, es importante destacar que en el pensamiento de Platón cobra relevancia un determinado concepto de ley en sentido material y, asimismo, la imposibilidad de que el texto legal creado por los hombres sea capaz de prever la solución de todo caso que deba dirimirse. Al distinguir el mundo ideal del real, Platón defiende que en este último será siempre preferible el gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres. En consecuencia, podríamos afirmar de modo provisional, que en Platón se encuentra expuesto a discusión el problema de la insuficiencia de las leyes, aunque en definitiva no se pueda renunciar a un gobierno regido por las mismas, apelando tal vez a un mejoramiento en su proceso de elaboración que será evidentemente deliberativo y argumentativo, asunto que Platón ya no aborda, pero tal vez sí Aristóteles.

III. EL PENSAMIENTO TÓPICO Y LA CONCEPCIÓN DE LEY EN ARISTÓTELES

Siguiendo con el discurso desarrollado en el apartado anterior, Aristóteles se pregunta qué es más conveniente, si ser gobernado por los mejores hombres o bien por las mejores leyes, y ofrece una respuesta definitiva y categórica: debido al carácter general de las disposiciones, está “claro, desde luego, que el régimen basado en normas y leyes fijadas por escrito no es el mejor” (Arist., *Pol.* 1286a). No obstante, se debe matizar esta respuesta, porque no se trata de afirmar que el gobernante no sea legislador, lo cual es evidente y necesario como más adelante veremos, sino que las leyes no se deben aplicar a los casos que están fuera de su alcance, en los que deberán decidir los demás. Para Aristóteles, el gobierno aristocrático es un modelo mejor que el monárquico. Compuesto tal gobierno por unos cuantos hombres buenos de alma recta, no importa que, por ser en número mayor a uno, como ocurre en las monarquías, puedan presentarse ciertos disensos entre ellos, puesto que tales hombres sabrán dar una buena solución cuando se requiera. Es decir, aquí el filósofo griego está planteando el problema de que en ocasiones la ley es oscura y vaga. En tales casos, será preferible confiar ciertas decisiones al cuerpo político aristocrático, que, por estar formado por los mejores hombres de la ciudad, podrá resolver asuntos concretos, que, aun no estando previstos expresamente en las leyes, su solución puede deducirse de la

naturaleza de los asuntos y de otros postulados de la *politeia*⁸. El propio Aristóteles constata lo anterior en otro pasaje, cuando expresamente afirma que “es sumamente importante que las leyes que están bien establecidas determinen, hasta donde sea posible, por sí mismas todo, y que dejen cuanto menos mejor al arbitrio de los que juzgan” (Arist. *Rh.*, 1354a).

Antes de proseguir con esta línea argumental, precisamos decir que, para Aristóteles, la ley es la razón desprovista de pasión, en el sentido de que ésta es impersonal por no provenir de ningún hombre concreto por sabio que este sea (cf. Sabine 1994, p. 95). Aunado a este carácter de impersonalidad de las leyes, tiene la misma importancia su generalidad, que refuerza el principio de igualdad ante la ley, y su coercibilidad, porque a través del poder del Estado las leyes se pueden hacer cumplir por la fuerza.⁹ En relación con estas características de la norma jurídica en forma de ley, Aristóteles parece coincidir plenamente con Platón, distinguiéndose ambos en el papel que cada cual adjudica a las leyes en la educación de los ciudadanos, ya que mientras que en Platón las leyes tienden a la buena educación de los hombres, en Aristóteles las personas deben ser educadas en el conocimiento de las leyes y en el convencimiento de que son la voluntad común, cuyo cabal cumplimiento conlleva de forma simultánea al buen gobierno, a la libertad y a la igualdad.¹⁰

Volviendo al estudio del pensamiento del estagirita, observemos que, en la construcción de la *politeia* en forma de constitución media,¹¹ se requiere que haya una clase media

⁸ En relación con el término empleado en la antigua Grecia, se ha dicho que “*politeia* (costituzione) non è semplicemente il concetto generico delle forme in esso incluse: democrazia, oligarchia, aristocrazia, monarchia, etc. Il concetto generale di costituzione specifica che si chiama la «costituzione per eccellenza» e che ha il significato preciso di «ordinamento costituzionale di una libera comunità civile basata sull'uguaglianza»” (Bien 1985, p. 304). Asimismo, en relación con el tema de la *politeia* en Aristóteles como Constitución y las formas puras e impuras de gobierno cf. Dogliani 1994, pp. 55 y ss.

⁹ Al respecto afirma Fassó 1982, p. 65: “Fue Aristóteles quien, ocupándose del tema de la justicia, había sacado ya a la luz el carácter intersubjetivo de la vida jurídica, y después, hablando de la equidad, había recogido aquel otro importante aspecto del Derecho que es la generalidad, quien identifica con igual precisión un tercer aspecto que nosotros consideramos hoy ordinariamente característico de la norma jurídica: la coercibilidad, la posibilidad de que ella pueda ser hecha valer por la fuerza”.

¹⁰ En definitiva, detrás de estas ideas se encuentra la concepción iusnaturalista de la justicia aristotélica, que comprende sus dos formas tanto como justicia conmutativa o conforme a la ley y como justicia distributiva. (Ruiz Miguel 2002, pp. 35-39).

¹¹ Cuando hablamos del concepto de ‘constitución media’ en la época antigua y concretamente en el pensamiento de Aristóteles, nos estamos refiriendo a aquella que se conforma en un contexto social en el que hay una clase media abundante, de tal manera que no haya una clase pobre en forma extrema ni tampoco una clase rica en forma desmesurada, evitando así cualquier tipo de disidencia o tensión entre los ciudadanos. (Fioravanti 2000, p. 20).

numerosa sostenida en dos principios fundamentales, que ayuden a evitar disensiones entre los ciudadanos, los cuales, sin duda, deben ser tomados en consideración por la clase aristocrática al intervenir en casos de insuficiencia o silencio de las leyes. Estos principios son el de libertad y el de igualdad, que, aunque son aplicables al régimen aristocrático del cual hablamos, se abordan de mejor manera al referirse al modelo democrático, que Aristóteles considera una forma pura de gobierno al igual que la aristocracia.

De tal manera, en el último de los capítulos de su *Política*, al referirse concretamente al régimen democrático, Aristóteles define lo que él mismo llama principios rectores en las diversas formas de democracia. Así pues, comienza diciendo que “el fundamento del régimen democrático es la libertad” (Arist. *Pol.* 1317b), siendo una característica de la misma el hecho de que algunos hombres son gobernados y otros gobernantes, pero siempre por turno, de tal suerte que todos tengan lo mismo numéricamente, lo cual obliga a que la muchedumbre sea también soberana. Este principio enunciado con anterioridad nos conduce automáticamente al segundo, que es precisamente el de la igualdad, el cual aparece claramente identificado en el pensamiento aristotélico, cuando más adelante el estagirita dice respecto de la libertad y la igualdad que:

[...] éstos son los rasgos comunes a las democracias, y precisamente nace de la justicia que todos reconocen como democrática (esto es, que todos tengan lo mismo numéricamente), la que se puede considerar mejor democracia y pueblo. Pues igualdad es que no manden más los pobres que los ricos ni tengan autoridad sólo ellos, sino todos de acuerdo con una igualdad numérica; ya que así podría pensarse que hay igualdad y libertad en el régimen. (Arist. *Pol.* 1318a).¹²

Observamos cómo ya desde estos tiempos antiguos existía la inquietud de considerar como fundamentales en una Constitución estos principios. Al hablar de Constitución en esta época, y en concreto en el autor que ahora tratamos, nos estamos refiriendo precisamente al gobierno sujeto al Derecho, es decir, a las leyes dictadas por el poder político. Muchos nombres se le han dado a este tipo de organización estatal; el mismo

¹² Para una referencia específica de la libertad y la igualdad de los ciudadanos como características de la república, véase concretamente Bien 1985, pp. 317-321.

Aristóteles le llama *politeia*, el cual, al identificarse con el vocablo latino *res publica*, nosotros lo llamamos “constitución”, como lo asume gran parte de la doctrina italiana,¹³ o bien, se suele también hablar de un gobierno con arreglo a Derecho.¹⁴ En cualquier caso, la característica fundamental de esta forma de gobierno es la de ser un régimen conformado en función del interés de la colectividad, así como por la sujeción del mismo a regulaciones de tipo general y nunca por decretos arbitrarios que conllevan, necesariamente, a cualesquiera de las formas impuras de gobierno. En este sentido es que Aristóteles, contrariamente a lo estipulado por Platón, siempre se refiere a la necesidad de la ley como característica fundamental de una forma pura de gobierno.¹⁵

Lo anterior no contradice de ninguna manera la primera afirmación aristotélica aquí apuntada en el sentido de que el mejor de los regímenes no será necesariamente el fundado en leyes escritas. Existe más bien una complementación en el sentido de que, una vez que el legislador ha dictado las disposiciones que considere pertinentes para organizar la vida social, queda fuera de su alcance un espacio en el cual deberá decidir ese cuerpo aristocrático. Ello porque, como bien se ha dicho ya en otro sitio:

Todas las formas de gobierno, afirma Aristóteles, presentan defectos, y por ello lo que importa es que, cualquiera que sea la forma de que se trate, sean soberanas las leyes, y que los gobernantes, uno o más, ejerzan la soberanía solamente en aquellas materias en que las leyes no hayan podido disponer con precisión todos los casos particulares por la dificultad de prever con una norma general (Fassó 1982, p. 66).

¹³ Nos referimos concretamente a dos autores recientes que traducen el término griego *politeia* como Constitución (Dogliani 1994, p. 33 y ss.; Fioravanti 2000, pp. 14 y ss).

¹⁴ Se emplea el término “gobierno constitucional” como equivalente de la *politeia* de los griegos. Como en lengua castellana la primera expresión podría implicar alguna connotación más propia o exclusiva del mundo moderno, al comentar la obra de Sabine, el traductor señala que, si hubiera que escoger un término en sustitución de “constitucional”, tal vez la mejor expresión sería “régimen de derecho” o bien “gobierno con arreglo a derecho”. (Sabine 1994: 96).

¹⁵ Sobre este punto de la necesidad de la ley, es ilustrador un pasaje que dice: “Para enseñar a los hombres a vivir rectamente son necesarias reglas que amenacen con castigos a los desobedientes (...)” (Fassó 1982: 64-65). Por otro lado, en torno a esto mismo se afirma que: “Aristóteles aceptó desde un principio el punto de vista de *Las leyes*, de que en todo Estado bueno el soberano último debe ser la ley y no ninguna persona” (Sabine 1994, p. 94).

Es decir, que lo que se está argumentando desde aquella época es lo que más tarde se convertirá en el imperio de la ley en la modernidad,¹⁶ pero, en caso de que esta regulación general sea insuficiente, será el cuerpo político aristocrático el que decida la controversia respectiva. A primera vista podríamos pensar que esta solución a la insuficiencia legal no es otra cosa sino un despotismo benévolo al estilo platónico, con la diferencia de que aquí no será el filósofo-rey quien decidirá al final, sino un cuerpo político formado por los mejores hombres de la *polis*. Sin embargo, esta decisión final no es sin más la que arbitrariamente asigne el citado cuerpo político, sino que se apelará a la *equidad* entendida como justicia aplicada al caso concreto, en el sentido de que proceda a realizarse una correcta integración entre los preceptos jurídicos del derecho positivo y las normas del derecho natural que conviven de manera conjunta.¹⁷

En líneas anteriores hemos dicho que la Constitución de los antiguos consideraba dos principios fundamentales. Aunque en la época de la cual estamos hablando no podemos considerar como ‘derechos fundamentales’ la libertad y la igualdad, por ser éstos conceptos eminentemente de la modernidad, consideramos que desde aquí se marcan las bases de un necesario contenido de las constituciones,¹⁸ que eran el ideal en aquellos tiempos, pero que, con la evolución histórica, llegarán a ser unos de los logros más importante de los regímenes constitucionales modernos, aquí sí ya contemplados como derechos fundamentales del hombre reconocidos en el texto constitucional. Asimismo, no podrán ser considerados derechos fundamentales, porque, además de que la expresión ‘derechos fundamentales’ es un concepto histórico,¹⁹ la constitución de los antiguos difería radicalmente del concepto de Constitución de los modernos, en el sentido de que en aquél

¹⁶ Imperio de la ley vinculado al concepto mismo de Estado de Derecho, autonomía personal, libertad, igualdad, predicibilidad, etc. Para lo cual puede verse en términos generales Laporta 2007.

¹⁷ En otras palabras, “la ley tiene carácter general y no se refiere cabalmente a los casos particulares, sino que es preciso adaptarla luego a los mismos. De ahí una tensión entre la generalidad abstracta de la ley y la singularidad concreta de los casos reales. Esta tensión puede superarse gracias a la equidad, la cual no es otra cosa que la adaptación de la fórmula legal genérica a las exigencias de la vida, en aras de la justicia natural” (Truyol y Serra 1987, p. 160).

¹⁸ En torno a esto muy claramente se ha dicho que: “La necesidad de formular, y por lo tanto de formalizar, el orden fundamental de la sociedad estatal en un documento serio -constitución en sentido formal- como un sistema, sin lagunas, de normas fundamentales es un desarrollo relativamente posterior del constitucionalismo. Así esto no fue postulado por el constitucionalismo de los griegos y de los romanos. Para Platón y Aristóteles, así como en toda la teoría política griega, la *politeia* fue la constitución en sentido material” (Loewenstein 1986, p. 152).

¹⁹ Sobre el carácter histórico del concepto de ‘derechos fundamentales’, que surge a partir de lo que se denomina el tránsito a la modernidad, puede verse Peces-Barba 1995, p. 113 y ss.

nunca se habló de soberanía ni tampoco se consideró la Constitución como norma jurídica.²⁰ En síntesis, las leyes como obra del legislador siempre fueron normas jurídicas positivas, a las cuales siempre debían ceñirse tanto los ciudadanos como los propios gobernantes, pero la Constitución era sólo esa idea del gobierno sujeto a las propias leyes y a esos principios que derivaban de las mismas, pero éstos no se encontraban consagrados en ningún texto escrito que se considerara superior a las propias leyes.

Ahora bien, hasta aquí hemos dejado fijada la concepción de ley en Aristóteles, así como su carácter imprescindible dentro de lo que él denominó formas puras de gobierno. A diferencia de Platón, aquí sí encontramos una forma de solución a los problemas de insuficiencia y carencias legales, por lo menos en forma implícita. Nos estamos refiriendo a aquello que el propio Aristóteles denomina como “arte retórico” que nos permite tener o adquirir un conocimiento de tipo dialéctico y que no pertenece a ninguna disciplina determinada, es decir, mantiene un grado de autonomía respecto de las ciencias sustantivas. En este arte de la retórica cobran especial relevancia las pruebas por persuasión, cuyo método no es el *silogismo* sino el *entimema*, que discierne sobre lo plausible y no sobre lo necesario y verdadero (cf. Arist. *Rh.* 1354a).

Aristóteles es consciente de las diferencias entre las actividades legislativa y jurisdiccional. El método de la retórica brevemente expuesto con anterioridad no es propio ni exclusivo de los jueces sino también es susceptible de trasladarse al terreno del legislador. Si bien es cierto que la retórica es la facultad de teorizar aquello que es adecuado en cada caso para convencer, no se limita a algún género específico, de manera que dicho arte por persuasión debe estar presente en ambas actividades, la legislativa y la jurisdiccional. De tal suerte, los *topoi* o lugares comunes permitirán, a través del *entimema*,²¹ hallar, en un primer momento, la solución a diversos casos por medio de aquella disposición general, y, en un momento posterior, el intérprete o aplicador de la misma llevará a cabo su actividad de búsqueda.

²⁰ La idea de la Constitución de los antiguos distante a la de los modernos, la pone claramente de manifiesto el profesor Fioravanti, cuando dice: “Gli antichi avevano infatti alcuna ‘sovrانيتà’ da limitare, e soprattutto non hanno mai pensato alla costituzione come una norma, quella norma che nel tempo moderno sarebbe stata chiamata a separare i poteri e a garantire i diritti” (Fioravanti 2000: 24).

²¹ Como bien lo dice el propio Aristóteles (*Rh.* 1358a): “los silogismos dialécticos y retóricos son aquéllos a propósito de los cuales decimos los lugares comunes”.

Los tópicos aristotélicos pueden entenderse en esta doble dimensión reconducibles tanto a las tareas legislativas como jurisdiccionales, porque su heterogeneidad a la que nos hemos referido derivada de su aplicación a varios campos así lo permite. Entre sus notas más características puede destacarse el que dichos tópicos están vinculados a los *endoxa* como superación de la *doxa* platónica, ya que no se trata de meras creencias u opiniones sin más, sino que representan una opinión de mayor aceptación no sólo entre los sabios pasados y presentes, sino también entre la comunidad en general, así como el hecho de que en ellos se encuentra una presencia mayor o por lo menos no desligada de la *episteme*. De tal suerte que, siempre se encuentran dentro de un contexto de comprobación, los *endoxa* persiguen una determinada forma de acción hacia el auditorio, suelen funcionar como premisa y como garantía material del razonamiento, aunado a que los tópicos generales son axiológicamente neutros como aquellos que precisamente deben hallarse al formular la disposición legal (cf. García Amado 1988, pp. 63-65).

En conclusión, afirmamos que en el pensamiento del estagirita se encuentran plenamente identificados los problemas de la insuficiencia de la ley; asimismo, que se opta por estar siempre bajo un gobierno sometido a la misma, en cuyas tareas será de importancia capital el uso del método de la retórica y muy concretamente la búsqueda de los *topoi* o lugares comunes, como herramienta o técnica que permite formular esas premisas generales que determinan la base de la decisión de los órganos judiciales al momento de dirimir las controversias.

IV. LA TÓPICA Y LA LEY EN CICERÓN

En este mismo orden de ideas, dando un gran salto, pasemos a la que podría denominarse, en los términos antes explicados, “constitución romana”, centrándonos en el pensamiento de Marco Tulio Cicerón.²² En su tratado *De re publica*, el *ius* o Derecho

²² En este punto queremos simplemente precisar, junto con Dogliani 1994: 35-36, que: “il concetto antico de costituzione sarebbe quello del pensiero politico greco, secondo il quale «costituzione» (politeia) è solo un termine descrittivo che indica l’insieme di tutte le caratteristiche che una polis presenta”; en cambio “il concetto moderno di costituzione sarebbe quello nato nel diritto romano es esplicitamente elaborato da

perfecto, creado y constituido por las leyes, requiere como presupuesto de una Constitución del mismo carácter. Incluso, la ley, por sí misma, sería inútil si no le diera vida y sentido el magistrado, quien al aplicarla la hace hablar. Esto se desprende del propio diálogo *Las leyes*, en donde se dice expresamente que:

[...] la esencia de la magistratura está en el gobernar y disponer órdenes rectas, útiles y conforme a las leyes. Del mismo modo que las leyes gobiernan a los magistrados, así el magistrado gobierna al pueblo y puede decirse en verdad que el magistrado es una ley con voz y la ley un magistrado sin ella (Cic. *Leg.* 193-195).

En cuanto al concepto de ley en Cicerón, debe destacarse que en él encontraremos una de las más importantes teorías de la ley natural. Para este autor, el hombre está dotado por naturaleza de razón, la cual establece lo que el ser humano debe hacer y prohíbe aquello de lo que éste debe abstenerse. La ley es así la ‘recta razón’ proveniente de la naturaleza y sembrada en el corazón de todos los hombres, cuya validez no depende, ni del Senado, ni del pueblo mismo. Esta ley natural, cuyo creador e intérprete es Dios, será única, eterna e inmutable (cf. Fassó 1982:96-97).²³ De esta ley natural primigenia anterior a cualquier otra se desprenderá el Derecho o *ius*, contemplado ya como norma jurídica general y abstracta, pero siempre acorde con la primera. La razón de ser de las normas creadas por el hombre será la de una utilidad fundamental, consistente en que a través de ellas se logra dar seguridad y certeza a los ciudadanos, lo cual concomitantemente los hace libres.²⁴

En este sentido, la constitución perfecta, que es presupuesto de este *ius* también perfecto, es la constitución mixta, en la que se pregona para la república un equilibrio entre el Derecho, el deber y el poder. Es una participación equilibrada entre la *potestas* y la *auctoritas*, cuyo incumplimiento ocasionaría la aparición de regímenes indeseables.²⁵ Por

Cicerone: costituzione è un termine prescrittivo, che indica l'insieme di regole che limitano il potere politico, qualificando come leggitime o illegitime, valide o invalide, le sue manifestazioni”.

²³ Asimismo, para el concepto de ley natural en Cicerón y todas sus implicaciones (cf. Truyol y Serra 1987, pp. 190-191).

²⁴ Sobre el papel y valor que encierra la existencia del *ius* en consonancia siempre con la ley entendida como ‘recta razón’, se afirma que para Cicerón representa “la certeza, o sea, la capacidad que tiene el derecho de permitir a los ciudadanos prever con seguridad el comportamiento que en relación con sus acciones tendrán los otros ciudadanos y los órganos del Estado” (Fassó 1982: 99).

²⁵ Se trata nuevamente de aquello que los griegos habían denominado “constitución mixta”, sólo que aquí, bajo el nombre de *constitutio* o *res publica*, se trataba de llegar a esa estabilidad y equilibrio. En este entorno

ejemplo, el desequilibrio a favor del poder en contra del deber y del Derecho, produciría un predominio del monarca que llevaría claramente a la tiranía; el desequilibrio a favor del deber y en contra de los otros dos elementos fortalece a los depositarios de la autoridad tradicional y haría caer en un régimen oligárquico; finalmente el desequilibrio a favor del Derecho en perjuicio del poder y el deber provocaría, contra el cumplimiento del deber y el debilitamiento del soberano, una libertad sin ningún tipo de límites característico de la olocracia, es decir, un gobierno de la muchedumbre o de la plebe (cf. Del Pozo 1993, pp. 78-79).

Con lo anterior volvemos a tener presente la idea de que tanto la ley como el Derecho, en términos generales, son vanos sin la voz del que lo aplica. Es decir, se pone de manifiesto que una concepción de la ley –entendida como derecho o *ius*–, sin ser contemplada en su entorno social y político y sin la actividad interpretativa de aquel que la aplica al caso concreto, es algo prácticamente imposible. A nuestro juicio, implica concebir las leyes en su carácter de normas incompletas, ya que en ocasiones estas reglas, que por su estructura propia se caracterizan por la generalidad y la vaguedad, no permiten resolver los casos prácticos con una fórmula de tipo silogístico. Será pues necesario un proceso argumentativo e interpretativo de las normas que lleva a cabo el juez o magistrado, que en la época de Cicerón debían ser acordes con la *lex naturae*,²⁶ pero que actualmente puede ser defendida desde una postura positivista, en la que la decisión judicial puede ser perfectamente racional y razonable, ajena a cualquier tipo de concepción metafísica que la hiciera arbitraria o puramente subjetiva.

Cabe aclarar en este punto que todo Derecho perfecto de la comunidad, esto es el *ius civile*, debía derivarse de la ley natural. No hay duda de la vinculación de la postura ciceroniana con la del Derecho natural, puesto que él mismo dice que “la ley es la

adquiere importancia el término *aequabilitas*, que en el terreno político consistía en el ejercicio de la virtud que tanto el pueblo y la aristocracia ejercían en la conservación de sus potestades y privilegios, pero siempre con un límite que impidiera el desorden (cf. Fioravanti 2000: 23-24). De igual forma, sobre esta constitución mixta, como aquella que permite hablar de los verdaderos ‘Estados’ en donde a través de un equilibrio de las fuerzas y sectores existentes en la sociedad, se llega a la concordia y a la justicia, véase muy concretamente Arce 1990, p. 188.

²⁶ Para una concepción de esta ley natural, Vitoria 1939: 143 ha escrito que: “La recta razón, dice Cicerón, es la verdadera ley conforme con la Naturaleza inmutable, eterna, que llama al hombre al bien con sus mandatos y le separa del mal con sus amenazas; imposible de debilitar con otras leyes ni de derogar ningún precepto suyo ni de abrogarla; ni el Senado ni el pueblo pueden libertarlos de su imperio, no necesita intérprete que la explique, no habrá una en Roma y otra en Atenas, una hoy, otra pasado un siglo, sino que una misma ley eterna e inalterable rige a la vez en todos los pueblos y tiempos el Universo entero [...]”.

discriminación de las cosas justas e injustas, expresión de aquella naturaleza original que rige universalmente, modelo de las leyes humanas, que castigan a los malvados, defienden y protegen a los virtuosos” (Cic. *Leg.* 125). Lo importante de la doctrina de este autor es que presenta como evidente el hecho de que las leyes deben siempre estructurarse con base en los principios de esa Constitución moderada, que a su vez permita el normal desarrollo de las comunidades. Asimismo, este autor recalca que las leyes por sí mismas no resuelven los casos problemáticos de esa colectividad, sino que siempre será indispensable la voz que interpreta esa ley al aplicarla en la realidad.

Además, el desarrollo del sistema de *res publica* en forma mixta y equilibrada, tal y como lo hemos descrito en líneas anteriores, permitió que en el ámbito del Derecho procesal se fueran incorporando criterios que los grupos sociales iban formando con el paso del tiempo. Aunque también en el ámbito del Derecho sustantivo, se puede observar cómo ciertos principios del Derecho público se trasladaron al privado, quedando plasmados en los contratos que se consideraba una *lex* entre particulares. Pero a nuestros efectos es de resaltar que en la evolución de los procesos judiciales se iban incorporando viejos o nuevos criterios interpretativos que reflejaban una evolución de la *consuetudo* jurídica hasta convertirse en normas jurídicas plenamente válidas. Lo anterior, se desprende claramente de las palabras de Macilwain, cuando sobre este punto concreto asevera que:

[...] al comienzo los principios del derecho se agregan poco a poco en los intersticios del procedimiento, siendo el propio desarrollo de este procedimiento de carácter provisional, yendo de una solución concreta a otra a medida que ello iba siendo requerido (Macilwain 1991, p. 70).²⁷

Encontramos así la enorme importancia que tuvieron para la época las distintas fuentes del Derecho, ya que para entonces si “la estricta ley tiende a convertirse en ficción, la equidad adquiere verdaderamente importancia” (Macilwain 1991, p. 74). De esto se desprende que, junto a las normas escritas aplicadas obligatoriamente a los ciudadanos, se

²⁷ Aquí resulta necesario aclarar, que todo Estado y su Derecho –leyes humanas-, deberían estar siempre sometidas a los principios de esa ley divina o moral de la naturaleza de la que antes hemos hablado, siendo éstos los que, en una época posterior muy reciente a su enunciación por Cicerón, alcanzaron una importancia y validez casi universal como si se tratase de los denominados principios generales del Derecho (cf. Sabine 1994, p. 147).

encontraba una rigurosa y eficiente administración de justicia que incorporaba ciertos criterios y principios en sus fallos,²⁸ que a su vez implicaba un fortalecimiento de la forma política de gobierno que inspiraba esa Constitución moderadora de fuerzas.

Una vez sentadas las bases de lo que representó el concepto de ley en Cicerón: su conexión con la ley natural, las insuficiencias de la misma y el proceso de aplicación e interpretación por parte de la magistratura, pasemos ahora a la vinculación de todo ello con lo que puede denominarse el arte de invención retórica, tal y como lo denominó el ilustre jurista y orador de la República romana del que estamos hablando. Al respecto, es necesario comenzar diciendo que Cicerón mantiene una postura de defensa de la elocuencia y de sus relaciones inescindibles con la ciencia política. En el análisis del objeto de la elocuencia, se distinguen tres clases de materias sobre los que el orador se desarrolla y que son:

(...) el género *demonstrativo*, el *deliberativo* y el *judicial*. El *demonstrativo* es el que se emplea en alabanza o censura de alguna persona determinada; el *deliberativo*, reservado a la discusión de cuestiones políticas, se usa para expresar opiniones; el *judicial*, usado ante los tribunales, implica la acusación y defensa, o bien la demanda y la réplica (Cic. *Inv.* I, 7).

Ahora bien, en todo este proceso retórico se hace uso de medios para convencer o persuadir, mediante la obtención o invención de argumentos, debido a lo cual la tópica cobra especial relevancia, puesto que el argumento es una razón sólo plausible que se inventa para persuadir de una cosa problemática o dudosa, y dichos argumentos se encuentran en los lugares o *loci*, que se corresponden con los *topoi* griegos. En palabras del propio Cicerón diríamos que: “Llamamos *lugares comunes* a estos argumentos que pueden aplicarse a muchas causas”. Más adelante agrega que: “*un lugar común* consiste en cierto modo en el desarrollo de una afirmación indiscutible”. Y finalmente indica que: “*estos lugares comunes* dan al discurso distinción y brillo, especialmente si se introducen

²⁸ A este respecto Reinoso Barbero 1987, p. 12, afirma: “Se ha de partir de la base de que los jurisconsultos romanos no tuvieron una concepción de la ciencia del derecho como la actual. Para ellos jamás el derecho fue una ciencia, como conjunto de principios más o menos sistematizados u ordenados; el Derecho es fundamentalmente un arte, *ars boni et aequi*, una actividad profundamente humana, siempre dominada por esos constantes principios de lo bueno y de lo justo”.

ocasionalmente y cuando algún punto ha sido ya probado con argumentos que han convencido” (Cic. *Inv.* II, 15.48-49).

Aquí, es importante tener en cuenta que en Cicerón a diferencia de Aristóteles ya no se encuentra presente la dimensión abstracta del concepto teórico del tópico, ya que se da una preeminencia a la eficacia práctica del arte de la elocuencia. Asimismo, en contraposición a la postura del estagirita, en Cicerón el tópico no es un elemento de prueba; sino que más bien representa el lugar, el argumento y la prueba de manera fusionada. Es decir, los lugares van a proporcionar los argumentos que en sí mismos representan pruebas que sirven como razones en la toma de las decisiones (cf. García Amado 1988, pp. 65-69).

De lo expuesto hasta este punto, se puede colegir que, para Cicerón, los tópicos cobran una especial relevancia en el género judicial de la elocuencia, equiparable a la decisión jurisdiccional al momento de aplicar la ley en un caso concreto y no tanto en el género deliberativo que estaría vinculado más a la elaboración de la ley misma. No obstante, consideramos que, en la actualidad, la creación legislativa no puede verse como una tarea exclusiva de la ciencia política, en donde exclusivamente se expresen opiniones y se negocian temas de la agenda política o económica, sino que también debe vérselo como una tarea concerniente a la ciencia del Derecho, en donde se deben racionalizar las decisiones a través de una argumentación jurídica propiamente dicha.

V. LA ARGUMENTACIÓN TÓPICA DE NUESTROS TIEMPOS Y LA LEGISLACIÓN

Hasta aquí se ha expuesto lo que ha significado y representado el concepto de ley en la constitución de la antigüedad, tanto en el pensamiento de Platón y Aristóteles como en el de Cicerón, acompañado de lo que en ese momento fue el arte retórico que permitía obtener conclusiones plausibles y aceptables mediante la técnica denominada tópica. Pues bien, todo esto, que fue desarrollado en aquellos tiempos, resurge hoy sobre todo en el campo del Derecho con la aparición de las teorías precursoras de la argumentación jurídica que, en su evolución como metodología en la aplicación e interpretación del Derecho, modifican los mecanismos estrictamente basados en el silogismo, que hasta entonces habían servido para justificar las decisiones tomadas por los operadores jurídicos (cf. Larenz 1994, pp. 151-156).

Entre dichas teorías precursoras, es pertinente destacar la obra fundamental de Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, publicada en 1953, cuya idea vertebral consistía en replantear el interés que tenía para el Derecho la reflexión retórica o tópica (cf. Atienza 2004, pp. 29-43). Ahora bien, Viehweg desarrolla su posición teórica en función de tres elementos: por un lado, concibe a la tópica como una técnica del pensamiento problemático; por otro, designa la idea de *topoi* o lugar común, y finalmente, ubica a la tópica como una búsqueda y análisis de premisas, siendo más importantes éstas que las mismas conclusiones. En este sentido, Viehweg entiende por problema:

toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución (Viehweg 2007, p. 57).

El autor alemán entiende la tópica como disciplina, en el sentido de que “pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante, a fin de no quedar detenido sin remisión. Es, por lo tanto, una *técnica del pensamiento problemático*” (Viehweg 2007, p. 56). El concepto más complicado, debido a su alto grado de vaguedad, es el de *topoi* o tópicos, pues aluden a nociones que pueden no sólo resultar equívocas sino incluso incompatibles entre sí.²⁹

Viehweg se opone a la idea de sistema y privilegia una técnica de pensamiento aporético en oposición a una técnica de pensamiento sistemático. Aunque pueden encontrarse puntos de contradicción a este respecto en la propuesta de Viehweg, él mismo lo enfatiza al establecer que un catálogo de tópicos “satisface tan poco nuestro espíritu sistemático que nos sentimos impelidos a hacer urgentemente el trabajo deductivo-sistemático” (Viehweg 2007, p. 66). Y un poco más adelante en torno precisamente a esta insistencia en la negación de la idea de sistema en su planteamiento tópico, concluye que:

²⁹ En torno a esto, ya se ha reflexionado, como lo muestra García Amado 1988, p. 135: “hemos visto que de los tópicos se ha dicho que son puntos de vista directivos, puntos de vista referidos al caso, reglas directivas, lugares comunes, argumentos probables o plausibles, argumentos materiales, enunciados empíricos, conceptos, medios de persuasión, criterios que gozan de consenso, fórmulas heurísticas, instrucciones para la invención, formas argumentativas, etc. Y como tópicos de citan adagios, conceptos, recursos metodológicos, principios del Derecho, valores, reglas de la razón práctica, *standars*, criterios de justicia, normas legales, etcétera”.

Cuando se ha formado un catálogo de los tópicos admisibles, se produce, en el desarrollo ulterior del pensamiento, conforme se pretendía, un vínculo lógico, que, sin embargo, no se puede extender demasiado, porque, como antes decíamos, la constante vinculación con el problema sólo permite series de deducciones de corto alcance, que puedan interrumpirse en cualquier momento a la vista del problema (Viehweg 2007, pp. 69-70).

En suma, es posible resumir aquí los elementos de la tópica en los tres siguientes: 1.- El *objeto* (factor desencadenante del proceso), que es el problema o la *aporía*. 2.- El *instrumento* con que se trabaja y se resuelven los problemas: los *topoi*. 3.- El *tipo de actividad* en que tal operación se manifiesta: la discusión de problemas, la búsqueda y examen de premisas por medio del diálogo discursivo, es decir, de la *argumentación* (cf. García Amado 1988, p. 90).

En síntesis, Viehweg llega a la conclusión de que, si la tópica es la técnica del pensamiento de problemas y la jurisprudencia es una técnica al servicio de una *aporía*, es decir, de un problema, entonces la Jurisprudencia es Tópica. El pensamiento de Viehweg ha sido de suma importancia en la teoría jurídica contemporánea. Sin embargo, algunas ideas suyas no son muy aceptadas como negar la importancia de la función, el sistema, la estructura, la hipótesis y los dispositivos éticos al interior de los saberes jurídicos. No obstante, el mérito central de este autor no es haber diseñado un modelo o tejido paradigmático, sino haber descubierto un ámbito creativo para la investigación del Derecho.

Ahora bien, si dejamos de lado estos inconvenientes, tomando en consideración que la argumentación jurídica como género abarca varios ámbitos de aplicación práctica como especies, es posible distinguir un ámbito de la argumentación judicial y otro de argumentación legislativa (Atienza 2004, pp. 1-4).³⁰ El propio Manuel Atienza se refiere en

³⁰El propio Robert Alexy es consciente de esta diversidad de contextos o ámbitos de aplicación de la argumentación jurídica, en donde pueden desarrollarse las discusiones jurídicas, destacando entre éstas, “las discusiones de la ciencia jurídica (de la dogmática), las deliberaciones de los jueces, los debates ante los tribunales, el tratamiento de cuestiones jurídicas en los órganos legislativos, en comisiones y en comités, la discusión de cuestiones jurídicas (por ejemplo, entre estudiantes, entre abogados y entre juristas de la

forma específica a este contexto de la argumentación legislativa, en donde el producto del legislador debe racionalizarse en cinco niveles: lingüístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico y ético (cf. Atienza 2013, pp. 712-718). No entraremos aquí en los distintos roles y papeles que juegan el legislador y el juez en el Estado constitucional actual, ni tampoco en las diferencias que existen en cada uno de dichos operadores al momento de justificar sus decisiones, sino simplemente bástenos para nuestros efectos afirmar que el legislador no sólo debe deliberar y negociar las decisiones en las cámaras legislativas en el terreno político, sino que, además, debe argumentar, en el sentido pleno del término, y buscar el consenso, a través de la dialéctica retórica, en las normas legislativas que representan la voluntad general (cf. Suárez Romero 2015, pp. 217-225).

Con base en este esquema, se puede partir de la idea de que el legislador, antes de empezar su tarea formal con una iniciativa de ley, debe ser capaz de comprender, analizar y dilucidar problemas que requieren ser contemplados y resueltos por una norma general y abstracta. Es decir, el punto de partida del proceso argumentativo es el problema o aporía que el legislador racional requiere comprender y aprehender antes de comenzar el proceso legislativo y durante el mismo. Una vez fijado el problema y sus formas de solución, en la exposición de motivos se ofrecen los *puntos de vista* que habrán de discutirse, en un primer momento, en comisiones y, finalmente, en el pleno de la cámara, que habrá de aprobar la iniciativa o rechazarla. Aquí, en esa deliberación final, es donde se trabaja con los *topoi* o lugares comunes en la solución de los problemas, donde se sustente la aceptación y plausibilidad de los argumentos entre los integrantes del cuerpo legislativo, pero con miras a lograr una convicción de la generalidad de los representados por dicho cuerpo legislativo. La actividad no es meramente deliberativa y de negociación, sino también argumentativa, en el sentido de que hay razones que justifican plenamente la decisión adoptada.

Al tratar el tema de la tónica jurídica vinculado al principio de legalidad, el profesor García Amado distingue la relación que puede tener la tónica en el derecho procesal, en el derecho penal y en el derecho constitucional (cf. García Amado 1988, pp. 272 y ss); del mismo modo, aquí distinguiremos entre tónica jurídica en el proceso de decisión jurisdiccional y tónica jurídica en el proceso de decisión legislativa. Si ya admitimos una

administración o de empresas), así como la discusión de problemas jurídicos en los medios de comunicación en que aparezcan argumentos jurídicos” (Alexy 2008, p 205).

tópica en el derecho constitucional, se debe asumir que los problemas de interpretación de la Constitución no son exclusivos de la jurisdicción, puesto que el legislador cumple con mucha antelación este papel como primer intérprete y desarrollador del texto constitucional, siempre en aras de defender la legalidad.

Ahora es posible concluir este apartado diciendo que, si la tónica es una técnica del pensamiento problemático, y la legislación, una técnica al servicio de problemas derivados de la interpretación constitucional y de la realidad social, entonces la legislación puede –o debe– también ser tónica, desde el punto de vista argumentativo.

VI. CONCLUSIONES

Al llegar al final del presente trabajo y de acuerdo con el objeto y fines marcados desde un inicio, creemos que es posible llegar a la conclusión de que, desde tiempos remotos, ha estado presente la duda de si es mejor un gobierno sometido a la ley o sujeto a la voluntad de algunos cuantos. En la actualidad, evidentemente bajo diversos matices que imprime la discusión teórica del constitucionalismo, las interrogantes siguen planteándose y debe seguir manteniéndose que, en un auténtico Estado de derecho, el gobierno y también los jueces deben estar sometidos a la Ley.

Los teóricos que explicaron con profundidad los elementos y características de lo que fue denominado ‘constitución’ en la antigüedad, pusieron también énfasis en el método que, ligado a la dialéctica y a la retórica, debería guiar a todo aquel que en el ámbito práctico deba tomar decisiones con el fin de lograr una amplia aceptabilidad o plausibilidad. Sin duda alguna, la tónica aparece como disciplina que intenta dilucidar problemas relativos sobre todo a la actividad judicial, y permite hallar el lugar común para determinar la justicia en el caso concreto.

A partir del advenimiento de las nuevas teorías de la argumentación jurídica, se rescata el pensamiento tónico y retórico de la antigüedad, con el fin de encontrar la metodología adecuada que justifique las decisiones en el campo del Derecho. En un primer modelo de corte anti-sistemático, se ve a la tónica como técnica del pensamiento problemático que permite al juez determinar lo justo aquí y ahora a través del tónico o lugar común. Si admitimos que en la argumentación jurídica existen diversos contextos y ámbitos de

aplicación práctica, es posible identificar el ámbito legislativo o de creación de normas generales, en donde se exigirá un determinado grado de justificación racional de la decisión que, sin abandonar la concepción del Derecho como sistema, permita hallar en el proceso deliberativo y argumentativo el lugar común en dichas normas de carácter general. En el entendido de que, bajo estas coordenadas, la tónica no debe reñir con el sistema ni tampoco abandonar la idea de certeza en el Derecho.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- VVAA. (1990). *Historia de la teoría política I*. Compilación de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial.
- ALEXY, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARCE, J. (1990). “Capítulo II. Roma”. En F. Vallespín (ed.). *Historia de la política*. Tomo 1. Madrid: Alianza, pp. 167-190.
- ARISTÓTELES. (2001). *Política*. Trad de C. García Gual y A. Pérez Jiménez. Madrid: Alianza Editorial.
- _____. (2005). *Retórica*. Trad. de Quintín Racionero. Madrid: Gredos.
- ATIENZA, M. (2004). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- _____. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- BIEN, G. (1985). *La filosofía política di Aristotele*. Traduzione di Maria Lucia Violante. Bologna: Il Mulino.
- CICERÓN, M.T. (1970). *Las Leyes*. Trad. de Álvaro D’Ors. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- _____. (1997). *La invención retórica*. Trad. de Salvador Núñez. Madrid: Gredos.
- CROMBIE, I. (1990). *Análisis de las doctrinas de Platón I. El hombre y la sociedad*. Trad. de Ana Torán y Julio César Armero. Madrid: Alianza Editorial.
- DEL POZO, J. M. (1993). *Cicerón: Conocimiento y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- DOGLIANI, M. (1994). *Introduzione al diritto costituzionale*. Bologna: Il Mulino.
- FASSÓ, G. (1982). *Historia de la filosofía del Derecho*. Tomo I. Trad. de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Pirámide.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1988). *Teorías de la tónica jurídica*. Madrid: Civitas.
- FIORAVANTI, M. (2000). *Costituzione*. Bologna: Il Mulino (Existe versión castellana a cargo de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001).
- LAPORTA, F. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta.
- LARENZ, K. (1994). *Metodología de la ciencia del Derecho*. Trad. de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel.
- LOEWENSTEIN, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel.
- MACILWAIN, C. (1991). *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Trad. de Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- NUÑO, J.A. (1988). *El pensamiento de Platón*. México: Fondo de Cultura Económica.
- PECES-BARBA, G. (1995). *Curso de derechos fundamentales*, en colaboración con R. de Asís, A. Llamas y C. Fernández. Madrid: BOE-Universidad Carlos III de Madrid.
- PLATÓN. (1981). *El Político*. Trad. de Antonio González Laso. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. (1988). *La República*. Trad. de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano. Madrid: Alianza Editorial.
- _____. (1999). *Las Leyes*. Trad. de José M. Pabón y Manuel Fernández-Galiano. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RECASÉNS SICHES, L. (1920). *El sistema filosófico-jurídico expuesto por Platón en su República*. Barcelona.
- REINOSO BARBERO, F. (1987). *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: Dykinson.
- RUIZ MIGUEL, A. (2002). *Una filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- SABINE, G.H. (1994). *Historia de la teoría política*, trad. de Vicente Herrero. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

- SUÁREZ ROMERO, M.A. (2015). *Crisis de la ley y Estado Constitucional. La argumentación jurídica del Legislador*. Pról. de Fco. Javier Ansuátegui Roig. México: Porrúa.
- TRUYOL Y SERRA, A. (1987). *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado*. Tomo I: *De los orígenes a la Baja Edad Media*. Madrid: Alianza Editorial.
- VIEHWEG, T. (2007). *Tópica y Jurisprudencia*. Trad. de L. Díez-Picazo. Madrid: Civitas.
- VITORIA, U. (1939). *Filosofía jurídica de Cicerón*. Valladolid: Casa Martín.