

LA TÓPICA Y LA RECIPROCIDAD EN LOS CAMBIOS EN EL DERECHO PENAL

Topic and Reciprocity in Changes in Criminal Law

Juan Manuel Clérico¹

Recibido: 4 de octubre de 2016
Aprobado: 10 de octubre de 2016

Resumen: El texto aborda el problema del conocimiento científico en materia jurídico penal, cuyos enunciados, al aproximarse a la concreción y contingencia de la práctica, en general, y de los casos judiciales, en particular, pierden generalidad y necesidad, a la par que sus conclusiones disminuyen proporcionalmente en certeza y precisión. Propone el método dialéctico aristotélico como el idóneo para dicha materia, típicamente contingente y práctica, ordenada a la acción para dirigirla. Considera específicamente la tópica. Sugiere la especial consideración tópica del principio de reciprocidad en los cambios, tanto para el abordaje metodológico como para la argumentación y la fundamentación en torno al Derecho Penal.

Palabras claves: Derecho Penal - Metodología Jurídica - Tópica - Reciprocidad en los cambios - Retribución.

Abstract: The text addresses the problem of scientific knowledge in criminal law, which is when approaching the concreteness and contingency of practice, in general, and judicial cases, in particular, with a loss of generality and necessity, while their conclusions decrease proportionally in certainty and precision. It proposes the Aristotelian dialectical method as the ideal for this matter, typically contingent and practical, ordered to action

1 Abogado. Especialista en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” y doctorando de la misma Facultad. Se ha desempeñado como profesor asistente de Introducción al Derecho, Formación del Pensamiento Jurídico y Político e Historia de la Cultura en la antedicha casa de estudios.

to direct it. It is specifically considered the topical. It suggests the special topical consideration of the principle of reciprocity in the changes, both for the methodological approach as for the argumentation and the foundation on the Criminal Law.

Keywords: Criminal Law - Legal Methodology - Topic - Requitil - Retribution.

Para citar este texto:

Clérico, J. M. (2017), “La tópica y la reciprocidad en los cambios en el Derecho Penal.”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 201-217.

I. Introducción: Necesidad de distinguir una metodología adecuada al Derecho Penal

En todo el ámbito jurídico, pero especialmente para la materia penal, la razonable búsqueda de la verdad objetiva² y subjetiva³ exige de un método específico. En efecto, la tradición realista clásica del pensamiento ha señalado siempre que:

- las ciencias⁴ se especifican por sus respectivos objetos de conocimiento⁵;
- cada una de dichas ciencias tiene, como propiedad específica, su método correspondiente, que deriva del objeto de conocimiento de la misma y consiste, puntualmente, en los actos, operaciones y procedimientos destinados a buscar y, en la medida de lo posible, alcanzar el conocimiento perfecto⁶ del objeto en cuestión, y

2 Sobre los hechos.

3 Es decir, sobre la imputación (no en el sentido, claro está, de que “cada sujeto tiene su propia verdad”). Vale aclarar, en tal sentido, que todo lo relativo a la imputación no se identifica estrictamente con los hechos pero, como éstos, también tiene que ser verdadero.

4 Y los saberes en general.

5 Cada objeto de conocimiento se puede dividir en material (aquella “materia” sobre la que versa) y formal (el especial enfoque o perspectiva desde la cual se aborda el objeto material de estudio). Será especialmente el objeto formal de cada ciencia el que la especifique. Muy someramente, a modo de ejemplo: para el caso del Derecho, su objeto material es la conducta humana (también objeto material de la ética), mientras que su objeto formal es lo debido –a otro– según una medida de justicia. Véase Lamas, F. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 356-369.

6 Dicho conocimiento perfecto, en el sentido indicado, incluye como notas principales la verdad, la precisión, la certeza y la pública verificabilidad.

- hay una ciencia o disciplina cuya función es aportar a todos los demás saberes los grandes métodos generales, comunes a todos los saberes: la lógica⁷.

Con plena conciencia e intención señalé que los actos, operaciones y procedimientos que constituyen el método de cada ciencia se ordenan a alcanzar el conocimiento *perfecto* de su objeto *en la medida de lo posible*. Es que ello será un ideal, siempre deseable y buscado pero muy difícil de lograr, fundamentalmente en razón de que, como bien advierte Félix Adolfo Lamas⁸: “Los saberes [...] nunca están definitivamente constituidos, sino que están siempre en continuo proceso de desarrollo”. Además, en las ciencias hay también “búsquedas o investigaciones a partir de problemas, verdades supuestas (hipótesis), teorías o tesis que se presentan como respuestas probables a los problemas propuestos”⁹.

A lo anterior cabría agregar que en las ciencias prácticas, y dentro de ellas, especialmente en el Derecho, la certeza, precisión y necesidad que caracterizan un conocimiento perfecto se verifican, sobre todo, en el orden de los principios¹⁰ y en las definiciones, divisiones y conclusiones más generales implicados en los mismos. Sin embargo, al aproximarse a la concreción y contingencia de la práctica, en general, y de los casos judiciales, en particular, los enunciados prácticos científicos pierden generalidad y necesidad y, a la par, las conclusiones disminuyen proporcionalmente su certeza y precisión¹¹. Éste es, precisamente, uno de los problemas centrales de los procesos penales, por lo cual todo lo primeramente referido resulta de especial relevancia.

En efecto, para la resolución de casos penales, se realizan búsquedas o investigaciones, y se trabaja fundamentalmente en base a los diversos problemas, verdades supuestas, hipótesis, teorías y/o tesis que se presentan como respuestas probables, tanto a las dudas y/o cuestiones implicadas,

7 Que, en su versión clásica, excede en mucho a la lógica formal, la cual es tan sólo una parte de la lógica en sí. En efecto, la lógica es la ciencia que juzga en general la validez o corrección de los conceptos, juicios y razonamientos humanos (las tres operaciones del entendimiento), pues todo conocimiento y pensamiento tiene como valor la verdad y tiende naturalmente a evitar el error. A ella le compete establecer los métodos generales que guíen y aseguren el camino del pensamiento a la verdad. Véanse Lamas, F. (1998). “Dialéctica y Derecho”. En *Revista Circa Humana Philosophia* del Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, número III, y Casaubón, J. (2006). *Nociones generales de lógica y filosofía*. Buenos Aires. Educa.

8 A quien intento seguir en materia epistemológica, en general, y con relación a lo antes apuntado de las ciencias y sus métodos, en particular.

9 Lamas, F. (Ed.). (2008). *La dialéctica clásica. La lógica de la investigación*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 9-17.

10 Los enunciados directamente relacionados con sus fines.

11 Lamas, F. (Ed.). (2008). *La dialéctica clásica. La lógica de la investigación*. Ob. cit., 17.

como a los diversos planteos de las partes intervinientes: ¿Hubo un hecho tipificable como delito? ¿Cuándo, dónde, cómo? ¿Quién lo cometió? ¿El imputado “X” participó en la comisión del hecho delictivo? ¿Es responsable penalmente por lo que hizo? ¿Cabe imponerle una pena? ¿Cuál? ¿Qué pasa con la víctima? ¿Cómo puede intervenir en el proceso?

Vale recordar, en tal sentido, que los jueces –y, en general, el resto de los operadores judiciales intervinientes en cada caso– no tienen acceso directo a los hechos a los que refieren aquellas preguntas, sino que únicamente pueden obtener referencias al respecto en base a las pruebas y a las argumentaciones brindadas por las partes intervinientes. Lo cual de por sí implica una cierta disminución de certeza y precisión en el conocimiento, y pone en evidencia las mencionadas pérdidas de generalidad y necesidad de las conclusiones obtenidas (o de posible obtención).

Ahora bien, aquellas búsquedas o investigaciones basadas en problemas, verdades supuestas, hipótesis, teorías y/o tesis, que caracterizan de un modo especial a las ciencias prácticas¹², también deberán guiadas por la lógica. Se trata de un momento metodológico, típicamente investigativo, de exploración, discusión, elaboración de hipótesis, experimentación e inducción, en el cual el núcleo de la lógica estará formado por la tópica, la retórica y la dialéctica aristotélicas¹³, y no la lógica meramente formal¹⁴. Tal momento metodológico se distingue del otro en el cual puede considerarse una verdad definitiva, donde se manifiesta una estructura rigurosamente deductiva y sistemática de la ciencia. Señala Lamas al respecto: “La Dialéctica [...] es la parte de la Lógica que regula el pensamiento que se mantiene como en

12 Y entre ellas, vale insistir, al Derecho.

13 Cabe aclarar que me baso en la tradición realista clásica del pensamiento. De ahí la referencia a la tópica, a la retórica y dialéctica *aristotélicas*, que son parte del rico patrimonio cultural de dicha tradición. Nótese, sin embargo, que son numerosos los pensadores que refieren a algún tipo de tópica y/o retórica y/o dialéctica –no aristotélicas– como núcleos centrales de la lógica inherente a la etapa investigativa de los saberes o de las ciencias, en general, y del Derecho, en particular. Entre ellos, cabe destacar a Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, Karl Larenz, Karl Engisch, Juan Vallet de Goytisolo, Luis Recasens Siches y Francesco Carnelutti. Sobre éste tema, véase la valiosa (aunque todavía inédita) tesis doctoral, “Tópicos jurídicos en la Retórica Aristotélica” (aprobada en 2014), del profesor Miguel de Lezica, de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, así como también la antes citada obra conjunta dirigida y editada por Félix Adolfo Lamas, “La dialéctica clásica. La lógica de la investigación” (2008) y el también ya mencionado artículo de dicho autor, “Dialéctica y Derecho” (1998).

14 Caracterizada por desentenderse de la verdad o falsedad –material– de las premisas; o por ocuparse, en la tercera operación del entendimiento humano (raciocinio), solamente de la correcta disposición de los conceptos implicados, mas no de la verdad o no de la argumentación. Véase Casaubón, J. (2006). *Nociones generales de lógica y filosofía*. Ob. cit., 70.

movimiento en dirección a la verdad o que arriba a ésta sin *akríbeia*¹⁵. O, dicho en forma breve, de cuño aristotélico, es la Lógica de *lo probable*. El adjetivo ‘dialéctico’, a su vez, califica en general a todo pensamiento que no ha llegado o que no puede llegar a su punto de reposo y que constituye el objeto material de este tratado especial de la Lógica¹⁶.

Mal puede contribuir metodológicamente a una etapa investigativa aquella lógica formal, casi exclusivamente deductivista, que pretende ajustar a todos los saberes los esquemas de la física y de la matemática puestos de moda en los últimos tiempos¹⁷.

Nótese que las corrientes modernas del pensamiento, especialmente el racionalismo¹⁸ y el empirismo¹⁹, en general:

15 Término griego cuyo significado contiene dos de las notas antes señaladas con relación al conocimiento perfecto: certeza y precisión. Véase Lamas, F. (Ed.). (2008). *La dialéctica clásica. La lógica de la investigación*. Ob. cit., 15.

16 *Ibidem*, 17.

17 Para el caso del Derecho, el célebre profesor italiano Francesco Gentile, de la Universidad de Padua, denomina “geometría legal” a dicha actitud teórica. Véase Gentile, F. (2008). *Ordenamiento jurídico, entre virtualidad y realidad. ¿Control social y/o comunicación interpersonal?* Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.

18 “El racionalismo gnoseológico, como doctrina, fue defendido especialmente por Descartes, Espinosa y la filosofía de la Ilustración (Leibniz, Wolff). La disgregación de la síntesis aristotélico-escolástica de alma y cuerpo [...] y la consiguiente separación entre conocimiento sensorial e intelectual, llevó a Descartes a la doctrina de las ideas innatas. Pero si los conceptos no debían obtenerse de la experiencia por abstracción e inducción, sino que en el fondo eran de la misma especie que las ideas creadoras de Dios, había de resultar posible con el auxilio de aquéllos un tratamiento apriorístico-deductivo de todas las ciencias. Esta concepción del racionalismo se vio corroborada por el ideal científico de la matemática, que por entonces cautivaba a los espíritus, según el cual todo conocimiento cierto es consecuencia necesaria de principios necesarios y a priori del entendimiento. Para el racionalismo, la única fuente del conocimiento humano es la razón. Las sensaciones no pasan de ser ideas confusas. La exageración del racionalismo suscitó la reacción contraria del empirismo inglés. Kant intentó tender un puente entre estas posiciones antagónicas, pero no lo logró de manera completa, porque las formas subjetivas y conceptos del entendimiento son extraños y exteriores a la materia de las sensaciones moldeadas por ellos”. Véase Brugger, W. (1983). *Diccionario de Filosofía*. Barcelona. Herder, 461-462; los destacados con itálica me pertenecen.

19 “Corriente filosófica que considera la experiencia como única fuente del conocimiento [...] olvida que la experiencia sólo es posible bajo el supuesto de condiciones no experimentales [...] se propone de modo especial explicar los conceptos y juicios universales mediante la pura experiencia. Indudablemente ‘todo nuestro conocimiento empieza con la experiencia’ y está por ella condicionado de alguna manera. Pero la limitación de nuestros conocimientos al dominio de la mera experiencia no puede sostenerse. Ni siquiera el principio ‘todo conocimiento procedente de la experiencia es verdadero’ puede derivarse de la experiencia; y mucho menos el axioma del empirismo: ‘sólo la experiencia garantiza un conocimiento verdadero’. El empirismo debe renunciar también a explicar los conceptos universales. Las representaciones sensoriales comunes o esquemas no bastan para explicarlos, porque no cabe predicarlos en sentido idéntico de muchos objetos reales [...] El empirismo intenta fundamentar la validez de los juicios

- niegan la antes aludida distinción de dos momentos metodológicos y, por ello, dejan de lado o menosprecian la dialéctica y la tópica (es decir, la lógica del momento metodológico investigativo);
- en línea con lo anterior, reducen metodológicamente las ciencias, a las que sólo consideran enmarcadas en un modelo matematizante;
- intentan explicar todo de modo deductivo, rígidamente necesarista y sistemático, en razón de lo cual, unas veces implícita y otras explícitamente, descalifican todo tipo de inducción como método científico, y
- recaen en un marcado –e inevitable– subjetivismo y, en definitiva, en relativismo.

Adviértase, además, que todo lo anterior se aplica también al positivismo jurídico y a las corrientes analíticas, continuadoras actuales de los mentados racionalismo y empirismo, y típicas exponentes de la denominada “geometría legal”²⁰.

Específicamente con relación a casos penales, es necesario tener en cuenta que:

- la realidad jurídica –en la que se insertan– es razonable, pero también problemática y compleja²¹;
- es posible alcanzar certezas, pero ellas serán precarias²²;
- la verdad buscada, en tanto verdad, será completa y perfecta, pero para los operadores jurídicos se expresará u ocultará –según cada caso– mediante signos jurídicos, limitados y parciales, entre los cuales se destacan la prueba y los argumentos de las partes intervinientes²³, y
- por todo lo anterior, los juicios que se puedan emitir serán sólo probables o verosímiles, nunca apodícticos²⁴.

Por ello, vale insistir, resulta claro que, para los casos penales, los actos, operaciones y procedimientos que constituyan el método a seguir deberán

universales mediante la inducción. Mas la inducción tiene supuestos (la ley de uniformidad de la naturaleza) que no pueden ser fundamentados por la mera experiencia”. Véase Brugger, W. (1983). *Diccionario de Filosofía*. Ob. cit., 191-192.

20 Lamas, F. (2008). *La dialéctica clásica. La lógica de la investigación*. Ob. cit., 19-20.

21 Se compone de numerosos factores y elementos, y variadas circunstancias.

22 Tanto por la complejidad de aquello por conocer (hechos pasados no percibidos directamente) como por las limitaciones (cognitivas, circunstanciales, etc.) de quienes conocen.

23 También son signos jurídicos el lenguaje legal y técnico, las formalidades procesales y los indicios, entre otros.

24 “Incondicionalmente ciertos, necesariamente válidos”, según la definición de la Real Academia Española recuperada del sitio www.rae.es.

adaptarse a esta materia, típicamente contingente y práctica –ordenada a la acción para dirigirla–. Además, con relación al *pensamiento práctico*, cabe tener presente que:

- sus principios son, principalmente, los fines y, secundariamente, aquellos enunciados que constituyen ordenación racional a fines (normas); ergo, sus enunciados son, principalmente, estimativos y normativos, o bien enunciados de hechos o estados de cosas respecto de los cuales se concluye en una valoración o un juicio normativo particular, y
- depende de la búsqueda de principios o premisas de la argumentación, mediante la exploración de los *lugares (topoi)* comunes o particulares correspondientes al asunto u objeto. Así, por ejemplo, en el discurso deliberativo que precede y justifica racionalmente una decisión prudencial (v. gr., en una sentencia judicial, en una resolución administrativa o en un acto de legislación o reglamentación), deben juzgarse (prácticamente), confrontarse y ponderarse diversos medios, de modo que la estimación de medios se perfecciona en un *juicio de preferencia*.

Es claro, pues, que la argumentación es necesaria en la vida del Derecho y que, en asuntos jurídicos, debe asegurarse el camino hacia la verdad, que habilite para la obtención de conclusiones válidas, que evite contradecirse al argumentar y que permita defender la corrección de la posición propia a la vez que refutar la del adversario o contradictor. El método idóneo para ello, según Aristóteles, es precisamente el dialéctico²⁵.

II. Adopción del método tópico clásico

Como adelanté, para el momento metodológico que caracteriza los casos penales, típicamente investigativo, de exploración, discusión, elaboración de hipótesis, experimentación e inducción, el núcleo de la lógica adecuada estará compuesto por la tópica, la retórica y la dialéctica aristotélicas.

De la dialéctica ya hice una somera descripción que, para los fines de este trabajo, momentáneamente es suficiente. De la retórica, por su parte, para no extenderme en demasía, me limitaré a recordar que es una dialéctica que tiene por finalidad hacer posible la persuasión de la verdad²⁶. Tiene

²⁵ Véase Lamas, F. (1998). “Dialéctica y Derecho”. Ob. cit.

²⁶ “[...] las exigencias enunciadas por Platón en el *Fedro* consistían en señalar, ante todo, que sólo son verdaderos *discursos* los discursos que son *verdaderos*; y, después, que tal

su especificidad con relación a la dialéctica, en tanto, además de instrumentos lógicos generales (los de la dialéctica), usa instrumentos específicos, que vinculan el discurso con las disposiciones del orador y del oyente (orientaciones, inclinaciones, afectivas, sociales, pasionales, económicas, políticas, morales, profesionales), y con el tema y el momento del discurso. Todo, vale insistir, con la específica finalidad de modificar o rectificar²⁷ la conducta humana concreta. Tal y como lo hacen²⁸, consciente o inconscientemente, las partes²⁹ en un proceso penal, por ejemplo.

Cabe, ahora sí, una consideración especial respecto de la tópica. Tal³⁰ es el título con que se conoce uno de los tratados concebidos por Aristóteles como una parte de la lógica.

Una primera aproximación semántica permite señalar que “topos”, en griego, significa lugar y que “tópico” es un adjetivo, que quiere decir “relativo a lugar”. En tal sentido, explica Lamas: “La *Tópica* [...] es la principal obra en la que *Aristóteles* trata la dialéctica. Su nombre hace referencia a los *tópoi* o *lugares* de la argumentación dialéctica, es decir, a los principios de los que procede esta clase de razonamientos [...] la *Tópica* examina los ‘lugares’ a partir de los cuales razonar en materia probable [...] Ahora bien, para asegurar la validez lógica de un razonamiento o de un silogismo [...] es necesario averiguar cómo se obtienen las premisas que operan como sus principios. Para ser breves, podemos decir que hay cuatro fuentes: 1º la percepción y experiencia, 2º la inducción, 3º la deducción, 4º los ‘lugares’ (*tópoi*) o ‘tópicos’ que contienen una creencia, una opinión o incluso un saber objetivamente científico ya constituidos (y cuyo origen, en definitiva, se re-

requisito se cumple únicamente cuando los discursos remiten a un adecuado plano de *referencia ontológica*, es decir, no a las opiniones o a las realidades sensibles, sino a las Ideas o Formas. Para ello era preciso, a juicio de Platón, que todos los discursos dependiesen de un *órganon* o ‘discurso de los discursos’, que pudiese establecer la conexión del *lógos* con el objeto esencial comprendido en él. Y tal *órganon* era la dialéctica, en cuanto que, mediante divisiones y composiciones de conceptos, permitía garantizar la validez de las definiciones y la necesidad de los procesos deductivos, relacionando así legítimamente los enunciados del lenguaje con los objetos mencionados en ellos. De aquí se desprendían dos consecuencias sin duda fundamentales para la interpretación de la retórica. La primera, que los discursos verdaderos son exclusivamente los *discursos científicos*, pues sólo ellos, por el cumplimiento de las exigencias de la dialéctica, reproducen de un modo adecuado [...] el orden real, esencial, de las Ideas. Y la segunda, que la retórica no puede ser entonces *nada distinto de la dialéctica misma*, ya que, no siendo la retórica una ciencia particular, un saber que se refiera a un género o clase de objetos de la realidad [...] ha de cumplir las exigencias todas de la dialéctica y en nada puede diferenciarse de ella”. Véase Aristóteles (1999). *Retórica*. Madrid. Gredos, 25-26.

27 Siempre en base a la verdad.

28 O deberían hacerlo.

29 E incluso los jueces.

30 O “Tópicos”.

duce a las tres fuentes anteriores). En el silogismo dialéctico la fuente principal es la cuarta. Se llama ‘lugar’ [...] o ‘tópico’ al tema o conjunto de temas, la definición, opinión e incluso a un esquema típico de argumentación *de donde* se toma un principio para la argumentación dialéctica. La ley escrita, por ejemplo, una tesis jurisprudencial, una cláusula contractual, una costumbre, la opinión de los juristas, la historia o evolución de una institución, la estructura típica de un negocio, una acción, situación fáctica o relación, las condiciones subjetivas y sociales, las valoraciones y fines que operan como fundamentos de normas e institutos jurídicos, las comparaciones y semejanzas (‘analogías’), ‘lo que suele suceder según el curso natural y ordinario de las cosas’, etc., pueden ser lugares de donde tomar principios para argumentar en Derecho. Entonces, la cuestión que se plantea *Aristóteles* en la *Tópica* es la siguiente: [...] debe examinarse la fuente de los principios de la argumentación dialéctica en cada una de sus funciones”³¹.

La finalidad del tratado, resumida por el párrafo anterior, la anuncia el propio *Aristóteles* al inicio del mismo: “[...] encontrar un método a partir del cual podamos razonar sobre todo problema que se nos proponga, a partir de cosas plausibles³², y gracias al cual, si nosotros mismos sostenemos un enunciado, no digamos nada que le sea contrario”³³.

Queda así aclarado, por el propio *Aristóteles*, que el objeto de estudio de la *Tópica* será el “razonamiento dialéctico”, especie del género “razonamiento” y distinto, como ya referí, del “razonamiento apodíctico”.

Los tópicos, en definitiva, son categorías o géneros de argumentación que encierran los enunciados que luego se utilizarán, lugares o espacios que contienen el material a usar para argumentar. Su contexto propio es el de las discusiones o debates (típico, como adelanté, de la etapa metodológica investigativa, en la que se busca la verdad frente a problemas planteados), para el cual *Aristóteles* propone los tópicos como normas de comportamiento intelectual que regulan, ordenan y orientan. Como resulta evidente, dichas normas son fundamentales para que las discusiones o debates sean fecundos o, al menos, no absolutamente vanos. En efecto, sin ellas sería imposible argumentar sobre cuestiones conflictivas por naturaleza, en las cuales sólo se pueden obtener premisas probables y alcanzar conclusiones verosímiles, así como también comprender y/o convenir cuáles cuestiones se podrán discutir y cuáles no.

Ahora bien, los tópicos jurídicos son una especie de los tópicos (antes esbozados) que, como resulta obvio, se utilizan en el ámbito de lo jurídico.

31 Véase Lamas, F. (1998). “Dialéctica y Derecho”. Ob. cit.

32 Otras ediciones traducen aquí “probables”.

33 *Aristóteles* (1982). *Tratados de Lógica (Órganon) - Categorías - Tópicos - Sobre las refutaciones sofisticas*. Madrid. Gredos, 89-90.

Esto pone en evidencia la especialización del método a la que antes me referí, en aras de obtener uno adecuado al Derecho Penal. Así, en base a la caracterización de los tópicos ya realizada, tal como lo propone De Lezica, “podemos afirmar que tópico jurídico es un tema o conjunto de temas, la definición, opinión e incluso un esquema típico de argumentación de donde se toma un principio para la argumentación jurídica [...] Ahora, ¿qué función cumplen los tópicos jurídicos en el discurso forense? La finalidad del discurso es tener la aptitud suficiente para persuadir. El discurso versa sobre la cualidad justa o injusta de un hecho pasado. El tópico, jurídico en este caso, es el lugar de donde se toman los principios para argumentar en pos de la calificación (justa - injusta) del hecho. La sentencia del juez (auditorio del discurso forense) es una decisión vinculante para las partes que implica un juicio de determinación, aquí y ahora, de lo justo. Bajo este respecto el tópico jurídico forma parte de un proceso, de un movimiento de la razón que tiene por conclusión un juicio que indica algo que debe hacerse, la determinación de una conducta obligatoria. Pero además, el tópico condensa un conjunto de cosas, reunidas según un criterio, de donde se toma un principio o punto de partida de la argumentación”³⁴.

De lo anterior surge con mayor claridad que los tópicos jurídicos, en tanto parte esencial de una metodología investigativa/discusiva adecuada al Derecho penal, unas veces servirán de premisas en base a las cuales se conformará aquella investigación/discusión, mientras otras garantizarán a las premisas implicadas cierta estabilidad y certeza; vale insistir, en la medida posible para una etapa metodológica investigativa/discusiva.

III. La reciprocidad en los cambios y la tópicos jurídica

Corresponde ahora considerar puntualmente la reciprocidad en los cambios. Por todo lo que señalé anteriormente, intentaré realizar dicha consideración desde la tópicos y con relación al Derecho Penal. Es que vale insistir: tópico jurídico es un tema o conjunto de temas, la definición, opinión e incluso un esquema típico de argumentación de donde se toma un principio para la argumentación jurídica. Y la reciprocidad en los cambios es, precisamente, un principio jurídico que, como tal, opera también en el Derecho Penal. Por lo cual puede ser tomado tanto para la argumentación jurídica como para la fundamentación misma del Derecho Penal.

En efecto, en el Derecho Penal, el principio de la reciprocidad en los cambios se manifiesta fundamentalmente a través del principio de retribu-

34 De Lezica, M. (2014). “Tópicos jurídicos en la Retórica Aristotélica”. Ob. cit., 66-67.

ción (que parece ser una especie del género “reciprocidad en los cambios”)³⁵. Pero en definitiva, todo el Derecho Penal es reciprocidad en los cambios³⁶.

Lo anterior se evidencia al considerar que en las ciencias prácticas, y entre ellas, especialmente en el Derecho, los principios son principalmente los fines. Lo cual implica que, tanto la reciprocidad en los cambios como la retribución, son fines del derecho penal.

Cabe señalar también que hay una especie de subalternación entre el derecho penal (subalternante) y el derecho Procesal Penal (subalternado), que es instrumental a aquél. Por ende, bien se puede considerar que la reciprocidad en los cambios opera también como principio del Derecho Procesal Penal. Y con más razón, por lo antes dicho, lo hace el principio de retribución. Por ello, en lo que respecta a lo aquí analizado, al referirme al Derecho Penal, consideraré incluido en él lo propio y específico del Derecho Procesal Penal.

Nótese el siguiente pasaje del Libro V de la *Ética Nicomáquea*: “[...] la ley ordena hacer lo que es propio del valiente [...] del moderado [...] del apacible [...] e, igualmente, lo que es propio de las demás virtudes y formas de maldad, mandando lo uno y prohibiendo lo otro”³⁷. En este pasaje es evidente la operatividad del principio de reciprocidad en los cambios con relación al Derecho Penal³⁸.

También, en el siguiente fragmento, se lee: “Una especie de justicia particular y de lo justo correspondiente es la que se aplica en la distribución de honores, dinero o cualquier cosa compartida entre los miembros de una comunidad (pues, en estas distribuciones, uno puede tener una parte igual o no igual a otro), y otra especie es la que establece los tratos en las relaciones entre individuos. Esta última tiene dos partes, pues los tratos son voluntarios e involuntarios [...] de los involuntarios, unos son llamados clandestinos [...] y otros son violentos”³⁹. Vale recordar: “Establece aquí Aristóteles una división de la justicia particular en distributiva y correctiva. La distributiva se basa en la proporción geométrica; la correctiva, en la aritmética; la primera preside todo cambio o repartición de bienes, la segunda sólo interviene para corregir las desigualdades que pueden viciar

35 “Retribuir significa dar en reciprocidad, dar por causa de algo recibido, de modo que haya cierta correspondencia entre ambas cosas”. Véase Hernández, H. (Ed.). (2010). *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Buenos Aires. Cátedra Jurídica, 111-112.

36 Íntimamente relacionado a esto, cabe tener presente el valioso y completo análisis de los fines de la pena, en general, y del fin retributivo de la misma, en particular, desarrollado por Camilo Tale en la antes citada obra conjunta dirigida por Héctor Hernández, *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*.

37 Aristóteles (2008). *Ética Nicomáquea*. Madrid. Gredos, 1129b, 20.

38 Y también, por lo antes dicho, al Derecho Procesal Penal.

39 Aristóteles (2008). *Ética Nicomáquea*. Ob. cit., 1130b, 30.

los cambios”⁴⁰. Nuevamente, es evidente el principio de reciprocidad en los cambios con relación al Derecho Penal⁴¹.

Y más adelante, con mayor claridad todavía, expresa: “[...] el juez intenta igualar esta clase de injusticia, que es una desigualdad; así, cuando uno recibe y el otro da un golpe, o uno mata y otro muere, el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarlos con el castigo quitando de la ganancia”⁴². Una vez más, es evidente el principio de reciprocidad en los cambios con relación al Derecho penal. Siempre, pero aquí de modo más expreso, ligado al principio de retribución. A modo ilustrativo, vale traer a colación la cita de Wojciech Sadurski, brindada por Camilo Tale: “El fin del castigo es restaurar el equilibrio de beneficios y cargas y no es el restaurar el *statu quo* previo. Lo que ya ha sido hecho con frecuencia no puede ser deshecho. Pero los beneficios ilegítimos ganados por el ofensor pueden ser anulados con la inflicción de cargas sobre él”⁴³.

Con relación a lo anterior, el propio Aristóteles aclara: “Aunque a veces no sea la palabra apropiada, se puede en estos casos hablar, en general, de ganancia (por ejemplo, refiriéndose al que ha dado un golpe) y de pérdida (refiriéndose a la víctima); pero, cuando esta clase de daño se mide, decimos que uno gana y otro pierde”⁴⁴.

Según el Filósofo, lo injusto es lo ilegal y desigual, mientras que lo justo es lo legal e igual. Nuevamente, es clara la referencia o el basamento en la reciprocidad en los cambios, que al verse alterada deriva en injusticia, ilegalidad y desigualdad. Lo ilegal es desigual. Los delitos son ilegales, por lo cual hay en ellos desigualdad, es decir, alteración en la reciprocidad en los cambios.

Ahora bien, como explica Santo Tomás en su *Comentario a la Ética*, la injusticia que se dice desigualdad no es enteramente lo mismo que la injusticia ilegal, sino que se compara a ésta como la parte al todo. De manera semejante se compara la justicia de igualdad a la justicia legal⁴⁵.

40 Julio Pallí Bonet, traductor y anotador de la edición de la *Ética Nicomáquea* en la que me baso, en la nota 98.

41 Y también, vale insistir, al Derecho Procesal Penal.

42 Aristóteles (2008). *Ética Nicomáquea*. Ob. cit., 1132a, 5. En nota al pie: “Si dos personas, A y B, valen como iguales, y A ejerce una injusticia sobre B quitándole una cosa *c*, se ha roto el equilibrio inicial y sólo puede restablecerse devolviendo *c* a B”.

43 Hernández, H. (Ed.). (2010). *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Ob. cit., 114-115.

44 Expresa referencia al Derecho Penal, ubicado aquí dentro de la justicia correctiva. Aristóteles (2008). *Ética Nicomáquea*. Ob. cit., 1132a, 10.

45 También esclarece Santo Tomás que cuando el Filósofo muestra de qué manera se toma el medio debido:

- Señala de qué modo lo justo es un medio y, en relación a ello, de qué modo se determina el medio justo existente según ambas justicias.
- Según la justicia distributiva, prueba que el medio de la misma se toma según

Apuntado lo anterior, aludiré ahora, al menos someramente, a tres grandes tópicos jurídico penales de los cuales se puede tomar el principio de reciprocidad en los cambios y, en base a ello, argumentar jurídicamente:

- Ante todo, el tópico jurídico de la pena.
Éste es, indudablemente, uno de los tópicos jurídicos penales más relevantes; le da sentido y especificidad al derecho penal, y hasta su denominación. Y es, a su vez, uno en los que con mayor claridad opera el principio de la reciprocidad en los cambios, como señalé párrafos antes, tanto para fundamentarlo como para razonar y argumentar al respecto. Prueba evidente de ello es, entre otras cosas, la necesaria y por casi todos admitida proporcionalidad entre los diversos delitos y sus penas, o entre éstas y los distintos grados de culpabilidad, antijuridicidad e imputabilidad del autor del hecho. En efecto, por poner un ejemplo entre muchos posibles, la operatividad del principio de la reciprocidad en los cambios es evidente frente a los casos en los que se da la llamada “pena natural”; sobre todo en el plano de la argumentación jurídica⁴⁶.
- Otros de los grandes tópicos jurídico penales es el de la participación y el rol de la víctima y el querellante en el proceso, que implican y derivan, a su vez, en otros tópicos.
Y la cuestión principalmente implicada, que además de fundamentar brinda valiosas herramientas para razonar al respecto es, en definitiva, respecto de quiénes o con quiénes se da la reciprocidad en el derecho penal. Es que, en el orden puramente civil, es claro que la relación jurídica se da estrictamente entre particulares⁴⁷. Pero

cierta proporcionalidad, partiendo primero de la razón misma de justicia y luego de la razón misma de dignidad.

- Muestra entonces, partiendo de la razón misma de justicia, que lo justo es cierto medio, y que es un medio según cierta proporcionalidad. Ello le permite decir que “el hombre injusto es el desigual y lo injusto es lo desigual, tanto por más como por menos. Pero en cualquier cosa susceptible de más y de menos, allí es necesario considerar lo igual. Pues lo igual es medio entre lo más y lo menos. Por ello, en cualquiera de las cosas en las que hay igualdad se encuentra un medio. Por tanto, queda claro que lo injusto es algo desigual y lo justo, igual”. Por todo, véase Tomás de Aquino (1983). *Comentario de la Ética a Nicómaco*. Buenos Aires. CIAFIC, 922, 932 y 933.

46 “Si a causa del delito ha resultado un determinado mal para el delincuente, de especial gravedad, se suele estimar que es razonable el prescindir de la aplicación de la pena en el caso o aplicar una pena más reducida que la que corresponde por el hecho delictivo de que se trata”. Véase Hernández, H. (Ed.). (2010). *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Ob. cit., 130.

47 Alioto, D. (2009). *La justicia de los contratos. Dialéctica y principios de los contratos privados*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 26.

en el orden penal, la afectación es más compleja, pues se da principalmente hacia la comunidad, pero también hacia el particular; con lo cual habría una doble reciprocidad a contemplar. Ahora bien, ¿cómo se establece esta doble reciprocidad? ¿Se puede preterir a uno y preferir a otro? ¿O hay que satisfacerlos a los dos? ¿Se puede, en algunos casos, satisfacer con una reparación meramente pecuniaria al particular, y con nada a la comunidad? Es evidente la operatividad en estos tópicos del principio de la reciprocidad en los cambios, que enriquece y esclarece el abordaje de los temas implicados, a la vez que los fundamenta.

- Por último, vale considerar como tópico jurídico penal de gran relevancia el de la defensa en juicio.

Hay muchísimas cuestiones implicadas al respecto, por lo que bien se me puede criticar que intente agruparlas como si fuese un único tópico. Pero nada quita que cada tópico contenga a su vez otros, y que de tal modo se hagan clasificaciones. De hecho, ello constituye una herramienta metodológica valiosa, y característica de la tónica clásica⁴⁸.

También se me puede criticar, con muy buenas razones, el nombre que ahora propongo para el tópico en cuestión, frente a lo cual diré que lo adopto provisoriamente, para incluir en el mismo tanto aquellos institutos a los que comúnmente se llama “derechos y garantías”, como a los principios, reglas y caracteres, de fondo y de forma, de los procesos penales.

Nótese que todo nuestro proceso penal actual tiene en cuenta, de modo patente o latente, la reciprocidad en los cambios. En efecto, existe un organismo independiente y distinto del juzgador, que vela por la legalidad y los intereses generales de la sociedad⁴⁹; hasta su denominación en la jerga

48 Una categoría es un género supremo, por debajo del cual es posible agrupar lógicamente especies que ofician de género respecto de otras especies “menos generales”, hasta llegar al individuo. Por ejemplo, Aristóteles describe la injusticia como el daño que se hace voluntariamente y contra la ley. Luego se refiere a las cosas que suceden por causa de quien obra y, diferenciándolas de éstas, a aquellas que no son causadas por el agente. Los dos son grupos de tópicos que aluden al origen de un daño; y las distinciones que allí se establecen permiten la elaboración de categorías, como, por ejemplo, las de acto y hecho jurídico, respectivamente.

Otro ejemplo es el antes aludido relativo a la identificación de lo injusto con el acto voluntario, que permite distinguir la voluntariedad respecto del acto o del resultado, o si se obró por pasión o deliberadamente. De este esquema nacen grados de responsabilidad, como el dolo y la culpa, y los criterios para determinar la gravedad de un delito.

Queda evidenciado así que la función metodológica de los tópicos de ordenación lógica de los conceptos jurídicos, tal como adelanté, confiere precisión al análisis de cada caso.

49 El Ministerio Público (art. 120 de la Constitución Nacional).

jurídica resulta ilustrativa en éste sentido: se alude al Ministerio Público Fiscal como “vindicta pública”; vindicta significa venganza, en tanto satisfacción del daño recibido, y vindicta pública, propiamente, “satisfacción de los delitos, que se debe dar por la sola razón de justicia”⁵⁰. Y a la par del Ministerio Público Fiscal, durante todo el proceso, se ubican los imputados con su defensa técnica (incluida la defensa pública oficial). Todos pueden ofrecer pruebas y argumentos, tanto a modo de acusación como de excusación. Y cada momento de avance procesal clave exige para su validez la doble participación, de la vindicta pública⁵¹ y, especialmente, de la defensa.

Vale destacar: la consideración del principio de la reciprocidad en los cambios desde la perspectiva del ejercicio de la defensa, además de servir de fundamento, ofrece concretas garantías y valiosísimas herramientas argumentativas; por ejemplo, para impedir abusos, arbitrariedades y/o presiones, de parte de o hacia órganos estatales.

IV. Consideraciones finales

Intenté esbozar, por un lado, la importancia del método tópico clásico, que se presenta como el más adecuado para el abordaje de diversas cuestiones inherentes al derecho penal⁵². Y, por otro, el rol central que, en el mismo derecho penal, desempeña el principio de la reciprocidad en los cambios. En dichas faenas, destaqué la significativa operatividad del principio en cuestión, vale insistir, en tanto principio jurídico penal y también como herramienta metodológica y argumentativa frente a la consideración de los diversos tópicos.

En efecto, recurrir a los tópicos permite:

- enmarcar el objeto de estudio, fundamentalmente en base a la identificación y delimitación de los problemas implicados;
- clasificar lo anterior según categorías y sintetizarlo;
- iniciar y fundamentar argumentaciones;
- ajustar y precisar todo lo que se razone y, en la medida de lo posible, aguzar las certezas a las que se arrije en la materia, que vale recordar, versa sobre cosas probables o verosímiles⁵³;

50 Según las definiciones del *Diccionario de la Real Academia Española*, recuperadas del sitio www.rae.es.

51 Y privada, en el caso que hubiera querellante.

52 Tanto por las particularidades de los objetos de conocimiento implicados, fundamentalmente contingentes, como por las limitaciones propias del conocer humano.

53 El reconocido penalista, Julio Maier, advierte: “Existen estudios en materia penal

- facilitar el análisis, la presentación y exposición de los temas;
- persuadir sobre las soluciones veraces y refutar las críticas que se les planteen y
- criticar las hipótesis falaces y disuadir de las mismas⁵⁴.

Ahora bien, corresponde también afirmar que, además de las importantes funciones antes destacadas, que son esencialmente metodológicas, los tópicos cumplen una función primordial, de estricto orden material: se ordenan a expresar y poner de manifiesto la verdad y, en base a ello, a realizar la justicia, dando a cada uno lo suyo⁵⁵.

En efecto, los tópicos versan sobre conductas jurídicas, que son materia fundamentalmente contingente. Sin embargo, dichas conductas tienen un fin, que en última instancia es el bien común temporal pero que, como adelanté, también es el de la reciprocidad en los cambios y, de un modo especial para el derecho penal, la retribución. Tales fines operan como principios de ordenación y determinación y, en tanto fines, poseen máxima certeza, precisión y necesidad. Como consecuencia de ello los tópicos, aunque son fundamentalmente probables, se ordenan a dicha certeza, precisión y necesidad.

En tal sentido, Miguel de Lezica advierte: “Lo justo, en tanto cualitativo es dialéctico, pero los principios son absolutamente verdaderos y respecto de ellos no cabe opinión sino certeza estricta. Para Aristóteles lo justo es lo legal y lo igual, o sea lo debido a otro, según cierta razón de igualdad y ordenado al bien común. El bien común temporal es el fin principio de ordenación de lo justo. La ley, en tanto ordena al bien común, es criterio de determinación de lo justo. Y si bien la tópica relativa a lo justo estará afectada por el carácter dialéctico del derecho, esa tópica no es pura contingencia, ya que tiene como límite o marco de referencia los principios máximamente ciertos y verdaderos”⁵⁶.

que pretenden establecer el porcentaje de probabilidad necesario para afirmar la certeza –¿cuánto de probabilidad resulta necesario para afirmar la certeza?–, que no logran convencer, ni fijar criterios correctos y universales. Véase Maier, J. (2011). *Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Parte General. Actos procesales. Buenos Aires. Editores del Puerto S.R.L., 77.

54 Muchas veces los jueces primero toman una decisión y luego intentan fundarla. De hecho, suele decirse que, con un mismo material probatorio, dentro de un único marco jurídico, se pueden sostener posiciones contrarias y hasta contradictorias. Se dice, al respecto, que casi siempre es cuestión de interpretación. El arbitrio de quien decide, aún desde una posición normativista, es amplísimo. Los tópicos, en definitiva, critican, limitan y guían dicho arbitrio.

55 En el ámbito penal, para decirlo en términos muy generales, lo suyo de quien sea responsable de una conducta típica, antijurídica y culpable será la pena; así como lo suyo de quien no sea responsable será el sobreseimiento o la absolución. Y lo suyo de unos y otros será un proceso justo.

56 De Lezica, M. (2014). “Tópicos jurídicos en la Retórica Aristotélica”. Ob. cit., 215-216.

Bien destaca Lamas sobre Aristóteles y su propuesta del método dialéctico como el idóneo, en lo que aquí importa, para la materia jurídica: “Al distinguir dos grandes esferas del pensamiento humano, el científico-necesario y el aporético-probable, dejó a salvo a la vez la validez, certeza y necesidad de los principios, la ciencia y la Metafísica, de una parte, y la racionalidad –siempre orientada a la verdad– del mundo contingente y de los métodos de investigación, discusión, y enseñanza, de otra. En especial, mediante la doctrina del discurso deliberativo prudencial y la Retórica, *Aristóteles* dejó establecido el método adecuado de la Ética, la Política y el Derecho, no sólo para el momento de la investigación científica y la legislación, sino sobre todo para el de su realización o aplicación en la vida humana determinada por pasiones, sentimientos e intereses contrapuestos”⁵⁷.

Queda evidenciado así aquello antes advertido de que el método tópico clásico resulta el razonable para el Derecho Penal. Y que en base a la aplicación de dicho método y a la especial consideración del principio de la reciprocidad en los cambios, se pueden establecer los necesarios criterios claros, principalmente en lo que respecta al abordaje metodológico y a la fundamentación de las diversas cuestiones implicadas, así como también para argumentar razonablemente en torno a las mismas.

57 Véase Lamas, F. (1998). “Dialéctica y Derecho”. Ob. cit.