

# THEODOR VIEHWEG: ¿UN CONSTITUCIONALISTA ADELANTADO A SU TIEMPO?\*

Claudia Rosane Roesler

*Universidade do Vale do Itajaí, SC, Brasil*

**RESUMEN.** El artículo explora una intuición de VIEHWEG poco conocida o discutida en la filosofía del Derecho: la idea de la teoría básica como un conjunto de ideas, creencias y valores que dan contenido a la dogmática jurídica y que explican el contenido de las normas jurídicas en un determinado momento histórico y las relaciona con las concepciones abiertas de las constituciones regulativas. Más específicamente, se procura analizar hasta qué punto la forma como VIEHWEG concibe la teoría básica puede comprenderse mejor si utilizamos las nociones de acuerdos incompletamente teorizados y de conceptos esencialmente controvertidos. Este análisis, por último, nos permitirá cuestionar si VIEHWEG puede ser presentado como anticipándose al constitucionalismo europeo.

**Palabras clave:** Theodor Viehweg, constitucionalismo, teoría de base, acuerdos incompletamente teorizados, conceptos esencialmente controvertidos.

**ABSTRACT.** The article deals with an intuitive idea of VIEHWEG's which is little known or discussed in philosophy of law: the idea of the basic theory as a set of ideas, beliefs and values, which shape the content of legal dogmatics and explain the content of legal norms at a specific moment in history and connects them to open conceptions of regulative constitutions. More specifically, the article seeks to analyse the extent to which one can better understand the way that VIEHWEG conceives the basic theory if we use the notions of incompletely theorized agreements and of essentially controversial concepts. Lastly, this analysis allows us to question whether VIEHWEG can be considered as someone who anticipated European constitutionalism.

**Keywords:** Theodor Viehweg, constitutionalism, basic theory, incompletely theorized agreements, essentially controversial concepts.

---

\* El presente artículo es una reformulación de parte de la tesis de doctorado presentada en la Universidad de São Paulo, Brasil, y posteriormente publicada en libro con el título *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito*, Florianópolis: Momento Atual, 2004. Más allá de la reformulación propiamente dicha, se ha construido aquí una relación, inexistente en la tesis, entre los conceptos de VIEHWEG y algunos temas de teoría constitucional. Agradezco a Josep AGUILÓ REGLA las sugerencias a este respecto, así como su habitual gentileza para debatir estos temas conmigo.

## 1. INTRODUCCIÓN

**T**heodor VIEHWEG se hizo conocido en la filosofía del Derecho a partir de su idea de que la jurisprudencia es tópica. Esa idea, debatida, elogiada o criticada, abrió al autor un hueco en la historia del pensamiento jurídico del siglo XX y, más concretamente, nos lleva a considerarlo un precursor de la teoría de la argumentación jurídica, junto con PERELMAN y TOULMIN. Un precursor, como bien es sabido, porque no encontramos en su único libro, *Topik und Jurisprudenz*, nada que podamos considerar una teoría de la argumentación acabada o siquiera adecuadamente trazada. Así, VIEHWEG puede considerarse un autor de intuiciones fecundas, algunas de las cuales fructificarían y son fundamento del desarrollo de la filosofía del Derecho que hacemos hoy, más que alguien que legase una obra con una sistema conceptual perfectamente acabado.

Independientemente de las razones circunstanciales y teóricas por las cuales eso ocurrió, ya debatidas por mí y otros autores anteriormente<sup>1</sup>, me gustaría explorar en este artículo una intuición de VIEHWEG poco conocida o debatida en la filosofía del Derecho. Se trata de la idea de la *teoría de base* como un conjunto de ideas, creencias y valores que dan contenido a una dogmática jurídica y explican el contenido de las normas jurídicas en determinado momento histórico. Esta teoría de base, según el autor, se identifica con la *constitución* en los sistemas jurídicos contemporáneos, y es a la vez fruto y objeto de los análisis de la filosofía del Derecho. Mi propuesta, en este sentido, es vincular esta concepción de la teoría de base de VIEHWEG con las concepciones abiertas de las constituciones normativas. En particular, trataré de ver hasta qué punto las nociones de *acuerdos teorizados incompletamente* y *conceptos esencialmente controvertidos*, debidamente relacionadas entre sí<sup>2</sup>, sirven para esclarecer las intuiciones de VIEHWEG.

Pues bien, dadas las características de los textos de VIEHWEG que voy a utilizar, todos ellos textos ocasionales escritos después de *Topik und Jurisprudenz* y sin vínculo evidente entre sí, me propongo previamente reconstruir su pensamiento de modo adecuado. Por ello, en primer lugar, voy a precisar las nociones de *pensamiento dogmático* y *celetico-investigador* para, acto seguido, relacionarlas con las de *teoría de base*, *dogmática jurídica* y *filosofía del derecho*. El énfasis en las dimensiones argumentativa y valorativa proporcionará la clave para presentar a VIEHWEG como un adelanto del constitucionalismo contemporáneo.

## 2. PENSAMIENTO DOGMÁTICO Y PENSAMIENTO CETÉTICO

La distinción entre un modo de pensar dogmático y un modo de pensar cetético es utilizada por VIEHWEG por primera vez en un artículo publicado en 1968<sup>3</sup> y es propuesta

<sup>1</sup> Vid. GARCÍA AMADO, J. A., 1998: *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid: Civitas, y ROESLER, C. R., 2004: *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito*. Florianópolis: Momento Actual.

<sup>2</sup> AGUILÓ relaciona estos conceptos entre sí para dar cuenta de la noción de «resistencia constitucional», relación que nosotros emplearemos. Cfr. AGUILÓ REGLA, J., 2003: «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional», *Doxa*, 23, pp. 289-317.

<sup>3</sup> El artículo es «Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung», en VIEHWEG, T., 1995: *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie: gesammelte kleine Schriften*, Baden-Baden: Nomos, pp. 97-106. El

como una forma de entender la complejidad generada por la amplitud que el fenómeno jurídico entraña y que plantea al jurista tareas que van desde el análisis de un determinado ordenamiento jurídico hasta investigaciones de carácter científico o filosófico.

Al analizar cómo pueden surgir ámbitos de conocimiento como ámbitos temáticos, VIEHWEG propone que a dichos ámbitos se los considere esquemas de preguntas y respuestas. Se construye así un campo de problemas suficientemente descriptible y se ofrecen respuestas que, de acuerdo con procedimientos de prueba por definir, acaban siendo aceptadas o rechazadas<sup>4</sup>.

En estos esquemas de preguntas y respuestas es posible otorgar mayor importancia a las preguntas o a las respuestas. Cuando otorgamos mayor relevancia a las preguntas, la estructura tiende a la investigación o cetética. Cuando destacamos las respuestas, a la dogmática<sup>5</sup>.

En el primer caso, la reflexión continua, que puede cuestionar todas las respuestas ofrecidas en la investigación (y por ello se entiende que se ponen de relieve las preguntas), tiende a un recorrido infinito, o al menos sin un final definido. En la investigación o cetética, por lo tanto, las respuestas se toman siempre como tentativas, provisionales y cuestionables en todo momento, y su labor es caracterizar el horizonte de cuestiones del campo escogido<sup>6</sup>. En el segundo caso, cuando se destaca la respuesta, la argumentación parte de algunos puntos que no pueden cuestionarse y su reflexión, en este sentido, está limitada por la imposibilidad de cuestionamiento de los dogmas, los cuales «dominan» al resto de respuestas, que tienen que adecuarse a ellos<sup>7</sup>.

Como apunta FERRAZ JR., una buena manera de entender la distinción entre el enfoque cetético y el dogmático consiste en considerar que el cetético tiene por punto de partida una evidencia, frágil o plena, pero evidencia, al fin y al cabo, que es admitida como verificable o comprobable y que, por tanto, al menos momentáneamente, no se cuestiona. En el enfoque dogmático, por el contrario, la ausencia de cuestionamiento sucede porque la premisa se considera establecida (sea como fuere, ya por un acto de voluntad, de poder o de albedrío), incuestionable. Así, propone el autor, podemos decir que una premisa es evidente cuando está relacionada con una verdad, y que es dogmática cuando lo está con una duda que, no pudiendo resolverse, requiere una decisión que fije una opinión<sup>8</sup>.

---

texto en español es «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, T., 1997: *Tópica y filosofía del derecho*, 2.ª ed., traducción de J. M. SENA, Barcelona: Gedisa, pp. 71-85. Para no fatigar al lector con excesivas referencias, utilizaremos siempre el título de cada artículo de VIEHWEG que estuviéramos utilizando y las respectivas páginas en la colección española, organizada por E. GARZÓN VALDÉS, a no ser que la información sobre su publicación sea relevante para el debate que nos atañe.

<sup>4</sup> Cfr. «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 75. «Para estructurar un cierto campo del conocimiento o de la llamada “ciencia”, describimos un campo de cuestiones, ofrecemos ciertos puntos de vista como respuestas y esbozamos el método de examen de acuerdo con el cual las respuestas pueden ser aceptadas o rechazadas. Esto es lo que se quiere decir con “estructura de preguntas y respuestas”».

<sup>5</sup> Cfr. «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 75.

<sup>6</sup> Cfr. «Algunas Consideraciones acerca del Razonamiento Jurídico», en VIEHWEG, 1997: p. 118.

<sup>7</sup> Cfr. «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», VIEHWEG, 1997: p. 76.

<sup>8</sup> Cfr. FERRAZ JR., T. S., 1996: *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., São Paulo: Atlas, pp. 42-43.

Explicando la distinción a partir de un modelo retórico de discurso, entendido éste como juego entre partes que proponen y defienden sus afirmaciones, VIEHWEG nos brinda otra descripción de la distinción que puede ayudar a clarificar el alcance de ésta. Puede decirse, afirma el autor, que las aseveraciones tienen la consideración de *dogmata* cuando, en esencia, están excluidas a largo plazo de un ataque y, por ende, no se hallan sometidas a ningún deber de defensa, esto es, a ningún deber de fundamentación, sino simplemente a un deber de explicación. En un determinado ámbito cultural, determinadas aseveraciones se sitúan fuera de toda duda. Lo contrario ocurre con las aseveraciones que se utilizan en cualquier investigación simplemente como *zetemata*. En esencia, están expuestas a cualquier ataque, sujetas a ambos deberes: el de defensa-fundamentación y el de explicación. Siempre son cuestionables. Por tanto, en la cetética el discurso de fundamentación sólo alcanza un final provisional, muy probablemente a corto plazo<sup>9</sup>.

¿Pero cómo se explicaría la existencia de un pensamiento dogmático y otro cetético? ¿Qué funciones cumplen estos dos enfoques? El pensamiento dogmático está vinculado, dice VIEHWEG, a la opinión y la formación de opinión, mientras que el cetético se relaciona con la disolución de las opiniones mediante la investigación y su presupuesto básico es la duda<sup>10</sup>.

Cabe observar, afirma VIEHWEG, que en el ámbito cotidiano de la acción y decisión el pensamiento dogmático parece ser indispensable, porque en la esfera de la actuación uno está obligado a establecer, reconsiderar y mantener un sistema cerrado, un dogma. Un pensamiento que se da por labor la reflexión continua, en cuanto investigación, no consigue cumplir tal función porque la acción requiere que cesen las preguntas y se ofrezcan respuestas, que son, en este sentido, dogmatizadas. En la esfera de la acción, el ejercicio de la duda debe desempeñarse cuidadosamente, porque la urgencia de la decisión requiere la formación de una opinión basada en aquellos datos o información que proporciona el contexto. El modelo de pensamiento dogmático, así pues, es el propio pensamiento cotidiano y su formación de opinión<sup>11</sup>.

La caracterización de pensamiento dogmático que ofrece VIEHWEG, así pues, tiende a la reflexión sobre la praxis y sus necesidades específicas, toda vez que destaca su vinculación con la formación de opiniones para la toma de decisión. Es relevante considerar, no obstante, que el pensamiento dogmático, pese a fijar las opiniones y convertirlas, pues, en indiscutibles, no puede abandonar su desarrollo inmanente<sup>12</sup>. Así,

<sup>9</sup> Cfr. «Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 173.

<sup>10</sup> Cfr. «Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung», en VIEHWEG, 1995: p. 102; y «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 77. A este respecto GARCÍA AMADO asevera (1988), p. 227: «Desde el punto de vista de la finalidad a que estos tipos de pensamiento se orientan, podemos decir que, según VIEHWEG, el pensamiento dogmático se propone reflexionar sobre una opinión que no se cuestiona, sino que se entiende dotada de autoridad y cuya legitimidad se da por sentada de antemano. Determinadas fórmulas se toman como dogmas, ya sean leyes u otros equivalentes, y se hacen objeto de estudio, pero teniendo en cuenta que no se pueden modificar o dejar de lado. Frente a ello, como hemos visto, el modo de pensar investigador hace su objetivo de lo que para el pensar dogmático es una prohibición: el cuestionamiento, crítica y examen continuado de todo tipo de contenidos, presupuestos y métodos».

<sup>11</sup> Cfr. «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 78.

<sup>12</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 16.

resalta VIEHWEG, para mantener un sistema coherente y estable de opiniones dogmatizadas, cobra importancia la hermenéutica, cuyo papel es la flexibilización necesaria de los dogmas irrefutables propiciando su revisión interna sin por ello negarlos. Si el pensamiento dogmático pone fuera de cuestionamiento y duda aquellos enunciados básicos que pueden considerarse sus dogmas, también los desarrolla de continuo por no poder abandonarlos<sup>13</sup>.

Así, contrariamente a lo que indica el significado común de la palabra “dogmático”, el pensamiento dogmático no trabaja con las normas como si éstas representasen un condicionante fijo, con un sentido único. Aunque sus puntos de partida sean incuestionables y en tal sentido funcionen como dogmas, su naturaleza lingüística, con la incertidumbre connotativa y denotativa que le es inherente, otorga un margen relativamente amplio de manipulación, necesario asimismo para que los propios dogmas puedan adaptarse continuamente a las circunstancias sociales cambiantes<sup>14</sup>.

Aunque VIEHWEG no haga uso de ese recurso para explicitar la distinción, podemos comprenderla mejor si utilizamos la noción de que la dogmática trabaja con el **principio de la irrefutabilidad de los puntos de partida**, esto es, asume algunos postulados como incuestionables y trabaja a partir de ellos, toda vez que la necesidad de orientación de la acción lo requiere, y los manipula internamente pero sin cuestionarlos abiertamente<sup>15</sup>.

De este modo, el pensamiento jurídico dogmático es necesario desde un punto de vista funcional y busca de continuo influir o provocar en un grupo social más o menos amplio un conjunto de comportamientos, con el menor grado de perturbación posible. Este enfoque tiene una función operativa y, por ello, su aspecto cognitivo, aunque relevante, no es predominante. Al referirse a él, VIEHWEG afirma su función social múltiple y lo plantea en los siguientes términos: influye en los demás, les transmite una convicción y se convierte en precepto de conducta. Este tipo de pensamiento, añade el autor, trata de dar siempre una función operativa a lo pensado y lo expresado<sup>16</sup>.

Por el contrario, un pensamiento cetético permanece dentro de los límites de una función cognoscitiva y éste es, por así decir, su papel funcional en la sociedad. El pensamiento cetético es tentativo, porque su mayor interés estriba en el aumento del grado de fiabilidad de sus afirmaciones, que siempre son susceptibles de revisión, precisamente para que la teoría pueda estar mejor fundamentada y construida<sup>17</sup>. Su inten-

---

<sup>13</sup> Cfr. «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 78: «Un sistema dogmático que, como se ha indicado, desee apoyar un esquema de acción con una fundamentación sistemática, tiene que disponer de una suficiente estabilidad y también de una adecuada flexibilidad. Tiene, además, que poseer una doctrina básica unificante, mantenida como inmutable y, por otra parte, permitir el mayor número posible de intervenciones complementarias e interpretativas, cuya conciliabilidad con la doctrina básica parezca ser demostrable».

<sup>14</sup> Cfr. FERRAZ JR., 1996: p. 49.

<sup>15</sup> Cfr. LUHMANN, N., 1983: *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, traducción de Ignacio DE OTTO PARDO, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 27: «La característica más importante en el concepto de la dogmática para la comprensión habitual es la *prohibición de la negación*; la no-negabilidad de los puntos de partida de las cadenas de argumentación. Están sustraídos a la crítica». Véase también FERRAZ JR., 1996: p. 48.

<sup>16</sup> Cfr. «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 102.

<sup>17</sup> Cfr. «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 101.

ción cuando usa el lenguaje es transmitir una información, describiendo estados de cosas. El propio pensamiento o enfoque dogmático, en la medida en que posee un sentido operativo, mezcla el sentido informativo del lenguaje con su sentido preceptivo, que podemos considerar preponderante en él<sup>18</sup>.

Esa vinculación del pensamiento dogmático con la dirección de comportamientos es el fundamento mismo de la designación que recibe un pensamiento de tal naturaleza. *Dokein*, raíz de “dogmática”, es un término griego cuyo significado, sucintamente, sería “enseñar” o “adoctrinar”, mientras que *zetein*, de donde procede la cetética, indica el acto de “indagar”<sup>19</sup>.

Para nuestro análisis, afirma VIEHWEG, también es importante que una teoría con función social sólo puede efectuar la esperada regulación de comportamientos si no deja sin respuesta ninguna cuestión esencial en su campo de problemas. Por consiguiente, tiene pretensiones holísticas y cuando surgen las dificultades, toda vez que no puede renunciar sus dogmas fundamentales, precisa reinterpretarlos y retocar la teoría<sup>20</sup>.

Las características del pensamiento dogmático —pretensión holística, función social y “retoques”— también las poseen las que normalmente se consideran teorías ideológicas. Ello se debe a la función social que cumplen y que impide que ambos tipos de teorías —dogmáticas e ideológicas— puedan evaluarse con arreglo a criterios puramente cognoscitivos. Al retocarla, difícilmente se puede analizar de ella sólo aquello que se caracteriza como cognoscible, y se debe analizar también aquello que es cuestión de creencia, porque no se puede alcanzar o todavía no se ha alcanzado una fundamentación científica o filosófica adecuada<sup>21</sup>.

Es importante resaltar una vez más que todo ello se hace para poder crear teorías que deben conseguir determinados efectos en el acontecer social. Estas doctrinas se mantienen aledañas al pensamiento y lenguaje cotidianos. Ya que, como dice VIEHWEG, precisamente se dirigen a todos los miembros de una sociedad y no a un pequeño círculo de científicos con intereses cognoscitivos acostumbrados a conformarse, por razones de investigación, con fragmentos del saber<sup>22</sup>.

Así pues, podemos considerar que lo que presupone una dogmática jurídica es algo que podría denominarse “ideología jurídica”, es decir, una teoría con función social en el campo del derecho. Se trata de un uso neutro del término “ideología”, empleado en el sentido de un conjunto de ideas o doctrinas encaminadas a conformar el ambiente social en una dirección determinada<sup>23</sup>.

No obstante, debe observarse que ideología y dogmática no se confunden. Una dogmática jurídica presupone una ideología, ya que dogmatiza precisamente aquellos

<sup>18</sup> Cfr. FERRAZ JR., 1996: p. 39.

<sup>19</sup> Cfr. «Algunas Consideraciones acerca del Razonamiento Jurídico», en VIEHWEG, 1997: p. 118. Cfr. también FERRAZ JR., 1996: p. 41.

<sup>20</sup> Cfr. «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 103.

<sup>21</sup> Cfr. «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 103.

<sup>22</sup> Cfr. «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 105.

<sup>23</sup> Cfr. «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 108: «De acuerdo con la concepción aquí sostenida, las ideologías pertenecen a la clase de las concepciones del mundo. Éstas son consideraciones acerca del mundo y de la vida que vinculan vitalmente sentimientos, especialmente temores y esperanzas, aspectos volitivos y conocimientos y, así, no pocas veces pueden ofrecer una ayuda estabilizante para la vida».

aspectos que se consideran esenciales para la vida en una comunidad, atendiendo a la distribución social del poder, y los hace sus puntos de partida incuestionables<sup>24</sup>.

Es también ésta la razón por la cual, podemos pensar, este enfoque o modo de pensamiento necesita cortar el proceso reflexivo cuando se trata de encontrar razones y fundamentos para la acción. Esclarecer y cuestionar los puntos de partida de una dogmática significa tomar, cetéticamente, los fundamentos de una determinada organización social como objeto, aunque indirecta o mediatamente, y puede significar tambalear estos consensos no siempre tematizados.

Planteada la distinción entre los dos modos de pensamiento en los términos ya expuestos, cabe ahora comprobar cómo concibe VIEHWEG la relación entre ambos enfoques.

### **3. LAS RELACIONES ENTRE EL PENSAMIENTO DOGMÁTICO Y EL CETÉTICO**

Ante la necesidad de legitimar la asunción de los puntos de partida dogmáticos, es necesario presentarlos mediante un análisis que muestre su fundamentación racional, aspecto que VIEHWEG pone de relieve siempre que trata la distinción entre ambos enfoques. Así, el enfoque cetético acaba por ser esencial en cuanto que, aunque no sea su función principal, proporciona premisas que son mediatamente dogmatizadas y dogmatizables, en especial en una sociedad que otorga una gran importancia a la legitimación científica de todo saber.

De este modo, una de las relaciones posibles entre los dos enfoques es la legitimación del sistema preceptivo de comportamientos, dogmático, a falta de fundamentaciones procedentes de la religión o de la tradición, tales como las que encontramos actualmente en el Derecho musulmán o antaño en la Edad Media y en la Antigüedad. El dilema es que el sistema cetético solamente puede ofrecer panoramas fragmentarios por lo que respecta al contenido, lo que dificulta la asunción de sus conocimientos como buenos puntos de partida dogmáticos<sup>25</sup>.

Desde esta perspectiva se ve más claramente la importancia de la relación entre pensamiento dogmático y pensamiento cetético. Es decisiva, afirma expresamente VIEHWEG, para el carácter de una ciencia del Derecho, pues si se considera la dogmatización una continuación de la legislación, es claro que tanto una como otra dependen de la corrección de la información acerca de nuestro complicado mundo social. La cetética tiene que intervenir de continuo como correctora de la dogmática, introduciendo desdogmatizaciones<sup>26</sup>.

El papel de la cetética sería entonces examinar críticamente los presupuestos que sustentan la dogmática, con el fin de proporcionarle condiciones para revisar sus dogmas y, así, adaptarlos y fundamentarlos racionalmente. Para un saber jurídico com-

<sup>24</sup> Cfr. «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 99.

<sup>25</sup> Cfr. «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 79.

<sup>26</sup> Cfr. «Algunas Consideraciones acerca del Razonamiento Jurídico», en VIEHWEG, 1997: pp. 114-127.

pleto, por tanto, no se trata de hacer que un enfoque elimine o absorba al otro, sino de comprenderlos como necesarios y complementarios.

Si, por una parte, la propia dinámica social exige que se tenga un pensamiento dogmático, por otra, la absolutización de este enfoque llevaría a su quiebra en cuanto orientación de la acción, pues no permitiría la renovación del contenido cognoscitivo de sus premisas. Así, el enfoque cetético en cuanto aportación crítica actúa como su garantía y corrector continuo.

El vínculo entre ambos enfoques puede observarse mejor si nos remitimos a un artículo que VIEHWEG publicó en 1970 sobre la dogmática y la cetética en JHERING y cuyo objetivo, de acuerdo con el autor, es defender la tesis epistemológica según la cual JHERING dio un paso importante de la dogmática a la cetética jurídica<sup>27</sup>.

Para ello, VIEHWEG desarrolla una breve recuperación del contexto social en el cual JHERING vivió y trata de mostrar que la problemática común a los más diversos pensadores contemporáneos de JHERING es la social, estrechamente vinculada con el comienzo de la era industrial. La idea de desarrollo tiene una gran relevancia y fue planteada por un pensamiento en parte científico-natural y en parte historicista<sup>28</sup>.

En la lectura que VIEHWEG propone, JHERING trató de abordar con un espíritu científico-natural el gran material histórico de que disponía, y procuró hacer historia del Derecho con arreglo a las formas de la ciencia natural<sup>29</sup>. Al publicar *Der Zweck im Recht* decía creer haber llegado al fin de su investigación del derecho propiamente dicha, ya que estaba en condiciones de mostrar su naturaleza. La necesidad de la jurisprudencia de presentarse como investigación del Derecho creció considerablemente por su contacto con la investigación de la naturaleza<sup>30</sup>.

VIEHWEG trata de demostrar entonces, analizando la trayectoria intelectual de JHERING, que este autor mantenía inicialmente una relación dogmática con el Derecho romano y lo utilizaba como arsenal o fuente de soluciones para la construcción jurídico-dogmática, y elaboró así importantes teorías que no poseen un componente meramente cognoscitivo, sino que tienen una finalidad operativa evidente<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. «Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en JHERING», en VIEHWEG, 1997: pp. 141-149.

<sup>28</sup> VIEHWEG propone («Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en Jhering», en VIEHWEG, 1997: pp. 146-147) en el transcurso de su análisis la distinción entre dogmática y cetética y la vincula con el debate de la obra de JHERING del siguiente modo: «Es claro que el pensamiento cotidiano contiene siempre dogmatizaciones porque justamente no puede limitarse a una función cognoscitiva e informativa como el pensamiento científico sino que casi siempre es, al mismo tiempo, operativo. Además, es claro que la jurisprudencia, en interés de la sociedad, tiene que preocuparse por dogmatizaciones óptimas y, por último, también es comprensible que en la reserva intelectual de una sociedad, las desdogmatizaciones y las neodogmatizaciones juegan un papel importante sobre todo cuando la sociedad, en su totalidad, experimenta cambios. Sin duda, tal era el caso en los tiempos de JHERING».

<sup>29</sup> Cfr. «Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en JHERING», en VIEHWEG, 1997: p. 145.

<sup>30</sup> Cfr. «Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en JHERING», en VIEHWEG, 1997: pp. 145-146. Aunque no se refieran directamente a JHERING, los siguientes trabajos ilustran la relación entre ciencia natural y jurisprudencia: STICHWEH, R., «Motifs et stratégies de justification employés pour fonder la scientificité de la jurisprudence allemande au XIXe siècle», en AMSELEK, P., 1994: *Théorie du Droit et Science*, Paris: PUF, pp. 169-186, y KIESOW, R. M., «Science naturelle et droit dans la deuxième moitié du XIXe siècle en Allemagne», en AMSELEK, P., 1994: *Théorie du Droit et Science*, Paris: PUF, pp. 187-210.

<sup>31</sup> Cfr. «Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en Jhering», en VIEHWEG, 1997: p. 147.

El paso de una dogmática a una cetética lo localiza VIEHWEG en la segunda sección de la segunda parte de *Geist des Römischen Rechts* que, según el autor, desemboca en la concepción presentada en *Der Zweck im Recht*, la cual surgió de la generalización de las concepciones de finalidad observadas en particular y de la elevación de tal categoría al rango de explicación central del fenómeno jurídico en su totalidad<sup>32</sup>.

Pero también en este caso, afirma VIEHWEG, los esfuerzos por fundamentar con mayor vigor la doctrina básica de una dogmática aparecerán prontamente; en efecto, la obra de JHERING *Kampf ums Rechts* representa ese punto y hace posible una forma de pensamiento dogmático-teleológico<sup>33</sup>.

Por fin, como conclusión de su análisis, VIEHWEG apunta que puede entenderse que la era industrial se hallaba, por un lado, frente a una realidad nueva y aun confusa, carente de investigación. Por otro, buscaba dogmatizaciones adecuadas. En esta situación, JHERING, siguiendo el modelo de investigación de la naturaleza, creó en el ámbito germanohablante una nueva investigación jurídica que incentivó una nueva dogmática jurídica. A partir de aquí se desarrollarán, en el marco de una ciencia del derecho, tanto una sociología del derecho cetética, investigadora, como una jurisprudencia sociológica, dogmática<sup>34</sup>.

Este ejemplo muestra, a nuestro parecer, cómo puede concebirse la relación de doble vertiente entre el enfoque dogmático y el cetético, pues ilustra cómo en un determinado momento histórico una dogmática fue cuestionada por un pensamiento de carácter reflexivo y crítico y cómo, más tarde, ese mismo pensamiento crítico dio lugar a una nueva elaboración dogmática.

Por tanto, podemos considerar que la relación entre ambos enfoques tiende a la formación de diferentes conjuntos de proposiciones o teoría, según se use un punto de partida u otro. VIEHWEG se refiere a ese aspecto diciendo que, por lo que respecta a la función, podemos tener sistemas dogmáticos y sistemas cetéticos, y agrega aun la posibilidad de un sistema de carácter didáctico<sup>35</sup>. Estos sistemas adoptarían diferentes estructuras, pudiendo ser seriales, deductivos, cibernéticos, dialécticos modernos o tópicos<sup>36</sup>. Aunque este tema no sea pertinente en nuestro actual debate, sirve para recalcar que el objeto es el mismo y la determinación de la diferencia por la función estriba en el enfoque<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Cfr. «Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en JHERING», en VIEHWEG, 1997: p. 148.

<sup>33</sup> Cfr. «Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en JHERING», en VIEHWEG, 1997: p. 149.

<sup>34</sup> Cfr. «Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en JHERING», en VIEHWEG, 1997: pp. 148-149.

<sup>35</sup> Cfr. «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 77. Véase el artículo «Perspectivas Históricas de la Argumentación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: pp. 150-162, especialmente la p. 152. En las referidas páginas se menciona el nuevo sistema de exposición del Código Justiniano propuesto por Jacques CUIJAS como ejemplo de sistema didáctico.

<sup>36</sup> Cfr. «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 80. Y también en «Algunas Consideraciones acerca del Razonamiento Jurídico», en VIEHWEG, 1997: pp. 124-127.

<sup>37</sup> VIEHWEG expresa esta idea del modo siguiente: «No es difícil encontrar en la disciplina jurídica las mencionadas variantes de pensamiento. Ellas provocan *diferentes argumentaciones*. Por ello, se puede hablar sobre lo que se llama problemas jurídicos de una manera jurídico-dogmática o jurídico-cetética. El jurista profesional, es decir, el dogmático profesional del derecho es, en todo caso, un especialista de la argumentación jurídico-dogmática que, en tanto tal, tiene sus peculiaridades. Si, además, cultiva la historia del derecho, la

En nuestra disciplina, dice VIEHWEG, disponemos de una dogmática especializada, de una cetética especializada y de una cetética filosófica. Estos tres sectores se denominan entre nosotros: dogmática jurídica, investigación jurídica y filosofía jurídica. La última de ellas toma como punto de partida los dos complejos de conocimientos anteriores y se pregunta acerca de su posibilidad<sup>38</sup>.

Ejemplificando cómo concebir el resultado de estos dos enfoques y sus sistemas, VIEHWEG dice que cuando hablamos del Derecho francés de las obligaciones nos referimos a un sistema social dogmático. Se trata de un sistema jurídico que posibilita decisiones para guiar acciones. Por el contrario, en la historia del derecho europeo, se trata de un sistema de investigación, el cual posibilita conocimientos sobre el Derecho<sup>39</sup>.

#### 4. LA RELACIÓN ENTRE DOGMÁTICA JURÍDICA, TEORÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

En un artículo titulado *Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, VIEHWEG se propone debatir, como el propio título indica, la relación existente entre la dogmática jurídica, la teoría del Derecho y la filosofía del Derecho. En dicho artículo el autor reflexiona también sobre la transformación que se produce en la teoría del Derecho contemporánea suya, que realza sobremanera su distinción con respecto a una teoría tradicional del Derecho<sup>40</sup>. Por «teoría tradicional del Derecho», aunque VIEHWEG no lo explicita, creo que cabe entender la teoría del Derecho de carácter iusnaturalista, mientras que la nueva teoría del Derecho se asimilaría al positivismo, como se verá más adelante.

Como es peculiar a su estilo de escritura y tratamiento, VIEHWEG comienza estableciendo su punto de partida. Así, observa que una consideración de carácter sociológico indica que todo grupo social necesita fijar una opinión sobre lo que considera justo. Esa opinión jurídica debe entenderse como una respuesta vinculante a una problemática social y cumple una función social al posibilitar la coordinación del comportamiento de una pluralidad de personas<sup>41</sup>.

---

sociología del derecho, la criminología, la psicología del derecho, etc., utiliza, dentro del marco de su investigación, argumentaciones cetéticas (también llamadas metadogmáticas), y si trabaja como filósofo o como teórico del derecho, se ocupa de argumentaciones filosóficas (no especializadas) cetéticas. Una disciplina completa del derecho abarca conjunta y recíprocamente todas estas actividades». Cfr. «Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica», en VIEHWEG, 1997: pp. 174-175.

<sup>38</sup> Cfr. «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 77.

<sup>39</sup> Cfr. «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 77. FERRAZ JR., partiendo de la distinción entre dogmática y cetética, construye un marco que nos parece bastante útil para comprender mejor el alcance de la distinción de VIEHWEG. Véase FERRAZ JR., 1996: p. 45.

<sup>40</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: pp. 15-28. Es interesante observar que este artículo data de 1960, siendo anterior a la distinción entre cetética y dogmática, lo cual nos parece indicar que VIEHWEG venía ofreciendo desde entonces una definición para la relación entre los diversos tipos de conocimiento que componen el saber jurídico.

<sup>41</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 15.

Esta opinión puede, indistintamente, surgir o expresarse en máximas transmitidas de generación en generación, de un oráculo, de sentencias judiciales o de leyes. El enfoque escogido por el autor es, así pues, eminentemente sociológico. Si pese a todo esta opinión fuera sometida al control del pensamiento y, por ende, racionalizada, se convertiría en una dogmática jurídica<sup>42</sup>.

Una dogmática jurídica está estructuralmente formada por uno o varios dogmas fundamentales, conciliables entre sí y considerados irrefutables, en cuanto que se toman como puntos de partida que no se someten a cuestionamiento y constituyen premisas básicas. Todo lo que se sugiere como respuesta a un problema dentro de dicha dogmática debe resultar conciliable con el sentido de dichos dogmas, ya que este modo de pensamiento es siempre inmanente, o sea, se desarrolla internamente y a partir de sus propios presupuestos<sup>43</sup>.

Estas consideraciones que desarrolla VIEHWEG, como puede comprobarse, concuerdan con nuestro debate en el punto 2 de este texto, cuando caracterizábamos el enfoque dogmático. A nuestro parecer, la diferencia reside en que en su caso la problemática se trataba desde un enfoque con arreglo al cual se estudia y elabora el discurso sobre el fenómeno jurídico, mientras que aquí vemos la cuestión ya sobre el saber constituido, o sea, como un conjunto de aserciones ya elaboradas<sup>44</sup>.

Una dogmática puede adoptar varias estructuras, como la deductiva o la dialéctica clásica. Independientemente de ello, cuando los dogmas de una dogmática dejan de orientar la praxis porque se vuelven confusos o inseguros, dicha dogmática desaparece. La cuestión planteada aquí es la práctica, la acción del hombre en cuanto ser no determinado, y la estructura condicionada por la función social. Perdida la relevancia social, la dogmática estará en peligro de desaparición, independientemente de la estructura con la cual se hubiera construido<sup>45</sup>.

VIEHWEG, al relativizar explícitamente la cuestión de la estructura de la dogmática jurídica, parece querer destacar que las consideraciones sobre la relación entre dogmática, teoría del Derecho y filosofía son independientes del debate que él entabla sobre la estructura de la jurisprudencia y siempre se establecen.

Las referencias en el contexto del artículo que estamos examinando nos sugieren que hay una relación intrínseca entre la legitimación de cada dogmática jurídica en su contexto histórico y el vínculo entre estructura y función. Para poder cumplir su función de orientación de la praxis, es menester que la dogmática se presente atendiendo a una estructura que resulte aceptable para el pensamiento de su época.

---

<sup>42</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 16.

<sup>43</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 16.

<sup>44</sup> GARCÍA AMADO formula críticas al tratamiento que VIEHWEG da al tema y afirma que no queda claro cuándo el autor está utilizando el término “dogmática” como “conjunto de dogmas” y cuándo se refiere al pensamiento de carácter dogmático, por lo que impide que se vea claramente cuál es la función que cumplen los dogmas que la componen y cuál su función como actividad cuyo objeto son los dogmas. Véase GARCÍA AMADO, 1988: p. 229.

<sup>45</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: pp. 16-17.

De un modo más claro: a nuestro parecer, VIEHWEG afirma expresamente que los sistemas dogmáticos poseen siempre una estructura que les es atribuida por su función social y, al mismo tiempo, sugiere que dicha estructura posee una dimensión de legitimación que no puede ser desconsiderada salvo en detrimento de la correcta observación del fenómeno jurídico. Por más que la tópica pueda considerarse la estructura de la jurisprudencia, no siempre en la historia pudo mostrarse este saber como una estructura tópica y tuvo que hallársele acomodo a los modelos dominantes de saber científico. Ello significa que para la legitimación de sistemas dogmáticos son necesarias y complementarias dos dimensiones: el contenido que viene de una ideología socialmente aceptada, como hemos visto, y la forma de un discurso que se acepta como fiable en ese momento histórico.

En tal sentido entendemos la mención a la estructura deductivo-axiomática y la ejemplificación de ésta como derecho racional moderno, que el autor hace al final del párrafo donde expone las consideraciones mencionadas<sup>46</sup> y que está reforzada por el enfoque brindado en un artículo titulado *Modelle juristischer Argumentation in der Neuzeit*, en el cual lleva a cabo una recuperación de los modelos de argumentación que fueron desarrollados a lo largo del tránsito hacia la modernidad, y destaca que la primera gran modificación fue precisamente la adaptación del sistema tradicional al axiomático-deductivo que dominó todas las argumentaciones a partir del siglo XVII<sup>47</sup>.

Para poder cumplir con su función de unificación y coordinación del comportamiento en la sociedad, afirma VIEHWEG, es preciso que los dogmas fundamentales contengan explícita o implícitamente una teoría del Derecho material que funciona como fundamentación última, y ello significa que deben contener una respuesta relativamente concreta sobre lo que es justo<sup>48</sup>. En este sentido, VIEHWEG menciona varios ejemplos históricos, como la teoría de base de los juristas romanos, tan oculta que resulta difícilmente reconstituible<sup>49</sup>, o la de Tomás DE AQUINO, que es bastante explícita. Contemporáneamente, dice el autor, podemos considerar la positivación de los derechos fundamentales en las constituciones escritas como una fijación de una teoría del Derecho material<sup>50</sup>.

Es evidente que una fijación de tal índole, afirma VIEHWEG en otro artículo de 1961<sup>51</sup>, plasmada en normas escritas, resuelve únicamente una parte de la cuestión

<sup>46</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 17.

<sup>47</sup> Cfr. «Perspectivas Históricas de la Argumentación Jurídica: la Época Moderna», en VIEHWEG, 1997: pp. 150-163.

<sup>48</sup> Relativamente concreta no significa que no sea flexible, al contrario, como destacamos ya al tratar del enfoque dogmático, este tipo de enunciado y su conjunto en cuanto teoría requieren justamente ser adaptables a contextos y situaciones que varían de acuerdo con la interpretación. Véase a este respecto BALLWEG, O.: «Analyse de la Jurisprudence à l'aide d'un modèle de la science sociale», 1969: *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 14, Paris: pp. 257-264, p. 264: «La doctrine de base est caractérisée par la flexibilité. Elle aussi est mise hors question à l'égard de son contenu essentiel».

<sup>49</sup> A este respecto, SCHULZ FRITZ, 1990: *Principios del derecho romano*, traducción de J. M. A. VELLASCO, Madrid: Civitas, *passim*. El autor reseña los principios organizadores del Derecho romano como aquellas nociones que fundamentaban la elaboración del propio Derecho, bien por parte de los legisladores o de los juristas. Enumera los siguientes: aislamiento, abstracción, simplicidad, tradición, nación, libertad, autoridad, humanidad, fidelidad y seguridad.

<sup>50</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 20.

<sup>51</sup> Cfr. «La filosofía del derecho como investigación básica», en VIEHWEG, 1997: pp. 34-35.

indicando lo que debe entenderse por teoría de base. La praxis requiere además que se fije una teoría dogmática de la interpretación, cuyo papel sería precisamente indicar cómo deben interpretarse los textos para hallar la referida teoría de base<sup>52</sup>.

Sin duda, dice VIEHWEG, el intérprete está sujeto a un orden constitucional que contiene en sí una teoría del derecho no tanto formal como material. Si en esencia eso es claro y coherente, en la práctica no siempre es así, ya que esta teoría surge de las costumbres, de los hábitos, de la eticidad.

Además, la unidad o uniformidad de una teoría jurídica material de este tipo está necesariamente postulada, pero en la realidad está tan llena de tensiones que, en el fondo, su armonización plantea a cualquier jurista, y en particular a un tribunal constitucional, dificultades considerables. Una teoría del Derecho constituida así, tiene la función de evitar que la interpretación se haga interminable —aunque se sepa perfectamente que también la constitución requiere interpretarse— e indicar lo que en un determinado círculo jurídico se considera problemática de la justicia, así como fijar, de este modo, el campo de las argumentaciones jurídico-dogmáticas posibles<sup>53</sup>.

Podemos entender mejor ahora cómo se da la relación entre una dogmática jurídica y aquello que, al debatir acerca de la diferencia entre dogmática y cetética, VIEHWEG denominó «ideología jurídica» y que constituiría la base de la dogmática. La teoría de base mencionada aquí, cuyo contenido son las opiniones fijadas sobre lo que es justo en un determinado momento histórico para una sociedad y, por ende, lo que antaño conocíamos con el nombre de ideología jurídica<sup>54</sup>. Independientemente de su origen —leyes, sentencias o manifestaciones religiosas— el papel desempeñado por este tipo de enunciado y por su conjunto es ofrecer una orientación a la praxis y a su peculiar necesidad de decisión, para formar así el contenido de una dogmática jurídica en un determinado momento histórico.

La perspectiva de VIEHWEG sobre este punto es, por tanto, eminentemente funcionalista. No importa cómo llega a elaborarse esa opinión ni cuáles sean sus principios de legitimación. Toda organización social que pretenda ser racionalizable elabora y fundamenta una teoría de base que abre o puede abrir las puertas a una dogmática jurídica, cuya estructura de pensamiento está determinada por tal función suya.

Pero ésa es la tarea propia de la dogmática, la de la filosofía del Derecho es otra. VIEHWEG considera que la filosofía del Derecho posee un doble papel. El primero está relacionado con el hecho de que participa esencialmente en la aparición de una teoría del Derecho. De la filosofía del Derecho nace una teoría de base que a su vez origina una dogmática jurídica. El segundo papel consiste en que, una vez que ha generado

<sup>52</sup> Cfr. «La filosofía del derecho como investigación básica», en VIEHWEG, 1997: pp. 29-51.

<sup>53</sup> Cfr. «La filosofía del derecho como investigación básica», en VIEHWEG, 1997: pp. 34-35.

<sup>54</sup> A este respecto afirma BALLWEG, O.: «Science, Prudence et Philosophie du Droit», en 1969: p. 556: «Si l'on étudie la dogmatique quant à son contenu matériel, on peut facilement constater qu'elle contient une idéologie ou une interprétation totale du caractère confessionnel ou qu'elle y renvoie dans le but que cette idéologie amplifie, valorise et interprète ces formules. Cette base de la dogmatique nous l'appelons une idéologie ou une théorie à fonction sociale, qui livre les présuppositions de la compréhension de la dogmatique et de l'interprétation». O también en «Analyse de la Jurisprudence à l'aide d'un modèle de la science sociale», en 1969: pp. 258-264, p. 261: «Dans la doctrine de base, il s'agit d'une idéologie, dans lesquelles les buts de la société sont formulés. Il s'agit d'une interprétation universelle de la réalité sociale, dans le sens plus large, avec une fonction sociale évidente».

una teoría del Derecho, no se pone a descansar y convierte en objeto de investigación la propia teoría del Derecho, ahora dogmatizada<sup>55</sup>.

Si esto es cierto por lo que respecta a la teoría del Derecho en el viejo sentido, cabe ahora preguntarse cómo se da ese proceso cuando se instaura la teoría del Derecho en el nuevo sentido, habida cuenta de que ésta sí pretende algo radicalmente distinto de la teoría en el viejo sentido<sup>56</sup>.

## 5. LA DIVISIÓN TRIPARTITA DE VIEHWEG Y LA MODERNA TEORÍA ESTRUCTURAL DEL DERECHO

Al abordar la teoría del derecho de su época, VIEHWEG propone caracterizarla de acuerdo con dos aspectos básicos. En primer lugar, la nueva teoría pretende ser una teoría estructural y relega la cuestión de la justicia a un segundo plano, pues se muestra especialmente escéptica en cuanto a la posibilidad de darle un tratamiento científico<sup>57</sup>.

En segundo lugar, parte de fenómenos jurídicos y se preocupa por averiguar su estructura desde un punto de vista lógico o sociológico o por ambos aspectos. Exige siempre un lenguaje exacto, científico, o sea, óptimamente controlable, y postula que solamente cuando este análisis estructural se haya concluido con un lenguaje puro podrá quedar claro cuáles son las demás cuestiones que deben responderse<sup>58</sup>.

Cuando parte de los fenómenos jurídicos como se manifiestan aquí y ahora, destaca VIEHWEG, acaba tomando por objetos de investigación la dogmática jurídica dominante y su teoría del Derecho en el viejo sentido, a los que puede ser útil desde una perspectiva crítica. Suponiendo que al final presentase una teoría que pudiera servir de base para una dogmática jurídica en su totalidad —algo que, desde luego, no sería posible omitiendo la cuestión acerca de lo justo— presentaría una nueva teoría del viejo tipo<sup>59</sup>.

La nueva teoría del Derecho se ve como una investigación independiente, cuyo objetivo no está directamente vinculado a la dogmática jurídica. Antes bien, su independencia, por así decir, lo es justamente en relación con los condicionantes que tiene una teoría de perfil dogmático y que no debería contener un enfoque científico, con-

<sup>55</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 21: «Primero, participa esencialmente en el surgimiento de la teoría del derecho. Pues una teoría tal presupone necesariamente ideas jurídico-filosóficas y también experimentos mentales. Esto es indiscutible, cualesquiera que sean los otros presupuestos necesarios que haya todavía que tener en cuenta. Por consiguiente, para nuestra reflexión es posible indicar la siguiente cadena de reflexión: filosofía del derecho —teoría del derecho (en el viejo sentido)—, dogmática jurídica. Esto significa: de la filosofía del derecho resulta una teoría del derecho que, en tanto teoría fundamental, posibilita una dogmática jurídica. Esta cadena se mantiene, aun cuando un análisis más exacto pueda mostrar en ella importantes retroefectos».

<sup>56</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 22.

<sup>57</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 22.

<sup>58</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 23.

<sup>59</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 25.

forme se propone ser la nueva teoría. Por tanto, no desea servir a la dogmática jurídica, por lo menos no en primer lugar, porque, de hecho, considera que carece de certidumbre de hasta qué punto estaría en condiciones de hacerlo. Al contrario, pues, que la teoría del Derecho en el viejo sentido, cuya pretensión era ofrecer un núcleo conceptual firme a la dogmática jurídica<sup>60</sup>.

Tras esta caracterización de la teoría en el nuevo sentido, VIEHWEG pasa a sustentar la tesis de que ella misma es filosofía del Derecho en sentido objetivo, pese a que no quiera ser llamada así y se niegue a ser considerada una filosofía. Todavía, en su intención de cuestionamiento ilimitado y radical, coincide íntegramente con el intento filosófico<sup>61</sup>.

Al verificar las características de la nueva teoría del Derecho, VIEHWEG la considera una investigación básica en cuanto esfuerzo científico. En la medida en que no se vincula a ningún área específica, como la sociología del Derecho o la historia del Derecho, sino que acompaña y complementa dichas investigaciones especializadas, así como las de la dogmática jurídica, se la puede considerar una filosofía del Derecho. Si esto es correcto, entonces la cadena antes indicada permanece inalterada<sup>62</sup>.

VIEHWEG no discute explícitamente en este contexto en qué medida la negativa de la nueva teoría estructural del Derecho a tratar de la cuestión de la justicia como cuestión fundamental del Derecho interfiere con la elaboración de una teoría de base, que sigue siendo tarea suya, más aún de ser correcta la aserción de que es filosofía del Derecho en intención y método. No obstante, en un artículo que data de 1965 y versa sobre el positivismo jurídico, formula algunas consideraciones que pueden ser útiles para entender mejor esta cuestión<sup>63</sup>.

En dicho artículo, tras ofrecer un breve telón de fondo del positivismo jurídico y filosófico, VIEHWEG escoge como punto de partida la siguiente pregunta: ¿qué significa que los juristas prácticos alemanes (y occidentales en su inmensa mayoría) se califiquen a sí mismos de iuspositivistas? ¿Se refieren a una teoría iuspositivista determinada? No es el caso, responde, porque no existe una teoría positivista unitaria que ejerza efectiva influencia junto a los juristas prácticos. Son iuspositivistas, según sus propias afirmaciones, en cuanto que se sienten obligados por la legislación positiva<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 24.

<sup>61</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 25.

<sup>62</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 26.

<sup>63</sup> El artículo mencionado se titula «Was heisst Rechtspositivismus?». Y está en la colección alemana, en VIEHWEG, 1997: pp. 166-175 o, en la colección española con el título «¿Qué significa Positivism Jurídico?», pp. 52-65.

<sup>64</sup> Dice VIEHWEG, en «¿Qué significa Positivism Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: p. 56: «Muchos juristas, judicialmente activos —es decir, que aplican el derecho vigente y no trabajan en el nivel legislativo—, podrían decir más o menos lo siguiente: nos consideramos iuspositivistas en el sentido de que estamos obligados por la Constitución a atenernos, en todas nuestras reflexiones dogmáticas, a la Constitución positiva vigente aquí y ahora, así como también a las leyes positivas y sus equivalentes válidos constitucionalmente. Nos sentimos obligados a no sobrepasar los límites de nuestra legislación positiva. En este sentido, pensamos positivamente y evitamos todo pensamiento transpositivo. Nos parece que esto es también practicable. Consideramos que los pensamientos transpositivos son superfluos e imprecidentes».

Esta posición se manifiesta concretamente en forma de escepticismo ante interpretaciones y legitimaciones más amplias<sup>65</sup>.

Por lo que respecta al primer punto, el programa del iuspositivismo práctico es incoherente, afirma VIEHWEG, porque la interpretación se topa con la textura abierta del lenguaje, que solamente podría cambiarse si obtuviésemos una matematización completa del lenguaje jurídico<sup>66</sup>.

Por lo que respecta al segundo punto, matematizar el lenguaje carece de sentido mientras que los elementos del cálculo no se hayan determinado unívoca y racionalmente de modo previo. En otras palabras, el precepto de cómo interpretar las premisas del juego tiene que estar previamente legitimado. Un iuspositivista coherente se muestra escéptico precisamente en cuanto a la posibilidad de que la legitimación pueda hacerse científicamente. En ambos puntos, el iuspositivista práctico se detiene a medio camino y no ofrece justificación para ello, justificación que implicaría responder a la pregunta: ¿cómo concebir una teoría de la legitimación de alcance medio?<sup>67</sup>

Todavía, las razones por las cuales el positivismo actúa de este modo no son absurdas y pueden comprenderse fácilmente, opina VIEHWEG. En primer lugar, es perceptible que la necesidad de legitimación varía considerablemente con arreglo a las circunstancias, en especial las políticas. En situaciones políticas estables se puede recurrir sin mayores inquietudes, por así decir, a los dispositivos constitucionales. La razón para cortar la serie de legitimación está en la propia peculiaridad del pensamiento dogmático y los dispositivos constitucionales ofrecen un buen punto de apoyo para tal necesidad de legitimación restrictiva<sup>68</sup>.

El segundo aspecto digno de considerar es que cualquier análisis del contexto de legitimación que regrese a los orígenes acaba por desvelar una ignorancia humana que tiene que suplirse con una convicción o un acto de fe. Una negativa, tal como la del positivismo, a proporcionar fundamentos de creencia como legitimación atiende al interés de propiciar una neutralización en un mundo dividido en concepciones valorativas diversas y, en ocasiones, antagónicas<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Cfr. «¿Qué significa Positivismo Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: pp. 55-56.

<sup>66</sup> No sin ironía, VIEHWEG menciona que LEIBNIZ, a los veinte años, ya percibía que sólo se conseguiría una adecuada descripción unívoca si el lenguaje fuese críticamente evaluado y purificado, lo que supondría, en último análisis, una matematización. Así pues, para sustentar las pretensiones del positivismo, no basta con proponer cándidamente precauciones en la interpretación. Cfr. «¿Qué significa Positivismo Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: pp. 58-59.

<sup>67</sup> Cfr. «¿Qué significa Positivismo Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: p. 60.

<sup>68</sup> Cfr. «¿Qué significa Positivismo Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: pp. 61-62. En otro artículo que versa sobre el mismo tema, «Positivismus und Jurisprudenz», de 1971 y publicado sólo en la colección alemana (pp. 159-165), VIEHWEG afirma: «So gesehen bemerkt man unschwer, dass die restriktive Intention der positivistischen Argumentation für den praktischen arbeitenden Juristen grosse Anziehungskraft haben muss. Denn sie kommt seiner dogmatischen Arbeit zugute, die ja darin besteht, eine Handlungs- und Entscheidungsdogmatik für ein Entscheidungsdenken dadurch zur Verfügung zu stellen, dass bestimmte Argumente *ausser Frage* gestellt werden. Die restriktive positivistische Argumentation deckt sich also mit dem dogmatisierenden Interesse des Juristen» (p. 164). («A partir de esta perspectiva es fácil percibir que la intención de la argumentación positivista debe ser muy atrayente para el jurista de actuación práctica. Pues favorece su trabajo pragmático, que, en fin, consiste en poner un nuevo dogmatismo de actuación y decisión a la disposición de un pensar decisorio *excluyendo* determinados argumentos de *cuestionamiento*. La argumentación restrictiva, positivista, coincide, por tanto, con el interés dogmático de los juristas». La traducción es nuestra).

<sup>69</sup> Cfr. «¿Qué significa Positivismo Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: pp. 62-63.

VIEHWEG toca aquí un tema que recorre su reflexión, pese a no ser tratado de modo explícito, que es la tecnificación de la sociedad y su pérdida de puntos de referencia trascendentes. Aunque nunca lo tratara en profundidad, somos de parecer que el problema constituye sin duda una cuestión candente para el autor, que se refiere a él en varios contextos distintos, incluso al tratar la llamada teoría estructural del derecho y su vertiente positivista, y afirmar la asimilación de algunos postulados adscritos al positivismo a lo que él denomina «espíritu de nuestra época»<sup>70</sup> y cuando formula la pregunta sobre la posibilidad de una desideologización completa de la dogmática jurídica<sup>71</sup>.

Lo que importa observar para este debate es la necesidad de legitimación que siempre sucede, aun cuando sea interrumpida a medio camino, como menciona VIEHWEG, y que pasa a ser orientada para y por dos procedimientos complementarios.

Desde el punto de vista del contenido del Derecho, la legitimación se hace cada vez más por remisión a la idea de voluntad general expresada mediante un cuerpo de representantes cuyo papel principal es legislar. La legitimación, por tanto, va de la formulación política de la representación y de los procedimientos necesarios a la positividad de un derecho que es entendido como vinculante porque es puesto por sus propios artífices. En cuanto distinción tradicional, añade la necesidad de referirse a un cuerpo de reglas naturales que determinarían (y por ende legitimarían) el carácter vinculante del Derecho puesto, y el Derecho se convierte en lo positivo.

Si esto es cierto, no lo es menos que sigue siendo necesario comprender cómo aparece el contenido del Derecho en una sociedad en un determinado momento histórico. Aunque la dimensión de la validez esté ahora (y especialmente por obra de una teoría estructural del Derecho como la que hemos venido debatiendo) referida casi exclusivamente a un procedimiento que debe cumplirse, también es cierto que se considera la constitución desde el punto de vista del contenido, en el sentido de una teoría de base vinculante.

Ésta parece ser, a nuestro modo de ver, la importancia de la reflexión de VIEHWEG sobre la relación de una dogmática jurídica con una determinada teoría de base. La referida construcción permite entender cómo la teoría estructural contemporánea, aun cuando se niega a serlo, brinda premisas de base a la dogmática cuando se presenta como un tratamiento neutro y técnico de los conceptos generales que aparecen en todos los sistemas jurídicos y que componen su estructura básica. Al mostrarse carente de ideología, refuerza la apariencia necesaria de neutralidad que la dogmática requiere precisamente porque no le queda ya modo de ampararse en consensos valorativos uniformes surgidos de la tradición o de la religión.

Desde el punto de vista del saber jurídico dogmático, por tanto, y para su propia supervivencia, su legitimación incluye la referencia a la ciencia y a la ausencia de cuestionamiento metafísico propio de la propuesta moderna de la ciencia y que se adecua

<sup>70</sup> Cfr. «¿Qué significa Positivismo Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: pp. 62-63.

<sup>71</sup> En «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: pp. 99-113, VIEHWEG destina un apartado a este debate, y concluye la imposibilidad de tal acontecimiento, así como destaca que la tecnificación de la sociedad podría conducir a un tratamiento dogmático tan perfecto de las premisas ideológicas que parecerían desideologizadas y neutralizadas, pero ello no significa que la ideología de base habría desaparecido.

perfectamente al espíritu positivista de la época, del que no se escapa siquiera, como muy bien señala VIEHWEG, cuando se busca apoyo en investigaciones cetéticas, como las de la sociología del Derecho o la ciencia política, que nacieron justamente al amparo del pensamiento positivista<sup>72</sup>.

Asimismo, es interesante observar que la teoría estructural del Derecho fue objeto de otro artículo de VIEHWEG, donde afirma su relación de complementariedad con respecto a una teoría retórica del Derecho, cuyo papel principal sería justamente pensar y fundamentar cómo sin recurrir a la evidencia, como pretende la teoría estructural, se encuentran los contenidos normativos. Una teoría retórica precisaría mostrar, a este respecto, cómo se podría mantener bajo control la presencia de los actos de voluntad y valorativos, de los que la teoría estructural mostró que formaban parte de la génesis de la norma, tanto por lo que respecta al papel del legislador como al del intérprete<sup>73</sup>.

Al firmar, por tanto, que la cadena entre filosofía del Derecho, teoría del Derecho y dogmática jurídica permanece inalterada aun cuando la teoría estructural pretende apartarse por completo de los problemas de contenido, VIEHWEG pone también de realce algo importante: una «ciencia» del Derecho que haga justicia a la complejidad de su objeto requiere considerar la dependencia recíproca entre los tres ámbitos o modos del saber jurídico, precisamente porque sólo a través del análisis de la relación entre ellos puede tenerse una visión adecuada del Derecho. Retirarse del debate de contenido en nombre de la ciencia, como pretendió hacer la teoría estructural, no resuelve la cuestión.

Sintetizando el debate que planteamos hasta aquí, cabe ahora precisar en qué sentido o sentidos podemos entender que se produce la dependencia recíproca entre los tres tipos de saber que componen una ciencia completa del Derecho.

Como hemos visto, una dogmática jurídica tiene como una base una teoría material del Derecho, cuyo contenido es justamente lo que podemos considerar sus dogmas fundamentales. Esta teoría de base requiere ser racionalizada e investigada, y tal tarea, en un enfoque cetético, corresponde a la filosofía del Derecho o a la teoría del Derecho en el nuevo sentido. Dogmática y teoría de base son, pues, examinadas por una investigación cetética, mientras que ambas ensayan y desarrollan, a partir de un enfoque dogmático, aquellas premisas cognoscitivas que, recíprocamente, pueden tomarse de la investigación cetética.

La teoría del Derecho depende de la dogmática jurídica porque, dice VIEHWEG, está excluida la posibilidad de una teoría del Derecho mantenida en aislamiento y que pueda desarrollarse por sí sola hasta los detalles, habida cuenta de los problemas. Por eso, también queda excluida la posibilidad de aceptar sin más, en el marco de una ciencia del Derecho, la teoría del Derecho obligatoria para la dogmática jurídica<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Cfr. «Was heisst Rechtspositivismus?», en VIEHWEG, 1995: p. 175, o «¿Qué significa Positismo Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: pp. 63-64.

<sup>73</sup> El artículo se titula «Reine und Rhetorische Rechtslehre» y fue originalmente publicado en 1981. Se encuentra en la colección alemana, pp. 214-217, y en la española, con el título «La teoría pura del derecho y la teoría retórica del derecho», pp. 191-195.

<sup>74</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: pp. 27-28.

Por ese motivo, una teoría que se sustraiga al examen científico no puede ofrecer a la dogmática jurídica la necesaria base cognoscitiva y de legitimación. Así, es indispensable que la examinen la investigación y la dogmática, para promover en todas las direcciones su conformación inmanente<sup>75</sup>.

Por el modo en que VIEHWEG plantea este debate, entendemos que el autor utiliza y entiende la expresión «teoría del Derecho» en dos sentidos. Hay una teoría del Derecho que funciona como teoría de base de la dogmática jurídica, toda vez que le proporciona sus dogmas fundamentales y es una ideología en sentido funcional, en la cual encontramos un carácter no sólo cognoscitivo, sino también fundamentado en creencias.

Hay una teoría del Derecho, en especial la teoría estructural, que persigue su identificación la ciencia y cuyo objetivo, como hemos visto, no es postular dogmas, aunque sus características acaben por formular y reforzar el «espíritu de la época» y actúe también, al menos en este sentido concreto, como teoría de base.

Esta delicada relación no queda clara en el tratamiento que VIEHWEG le da, especialmente porque el autor emplea los mismos términos para referirse tanto a la teoría de base en cuanto ideología como a la teoría estructural que se niega a actuar como teoría de base. La interpretación anteriormente propuesta es un intento de esclarecimiento. Lo que parece indudable es que el autor consideraba que el enfoque cetético estaba presente en investigaciones de cuño científico, cuando éstas aludían a un aspecto científico, y en investigaciones filosóficas, en cuyo papel y ámbito tenemos que profundizar aún.

A este respecto, el tratamiento del tema que desarrolla Ottmar BALLWEG en *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*<sup>76</sup> es bastante más esclarecedor. El propio VIEHWEG se remite a él por diversas razones, aunque no lo haga acerca de este punto específico.

BALLWEG construye un modelo de análisis basado en la cibernética y considera la existencia de tres modos de pensamiento diferentes sobre el Derecho: la jurisprudencia, la ciencia jurídica y la filosofía del Derecho. Cada pensamiento cumple una función específica y ello le confiere también una estructura que lo diferencia de los demás. Para este autor, la jurisprudencia es un conjunto complejo del cual forman parte, entre otros aspectos, una dogmática jurídica y una doctrina de base. Así, la jurisprudencia no se identifica ni con la ciencia ni con la filosofía. Esta última, además, toma como objeto de reflexión precisamente a las otras dos. De este modo, con ayuda de la precisión terminológica, se descarta la posible confusión entre «teoría de base» y «teoría científica del Derecho».

Resumiendo y volviendo al modo de cómo VIEHWEG planteó la cuestión, podemos entender que la dogmática es examinada por la investigación cetética, tanto de carácter filosófico como científico, que le proporciona las premisas básicas y al mismo tiempo actúa como correctora permanente. A su vez, la investigación cetética es dogmatizada y permanece en cuanto contenido en el desarrollo interno tanto de la teoría de base como de la dogmática jurídica propiamente dicha.

---

<sup>75</sup> Cfr. «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: pp. 27-28.

<sup>76</sup> Cfr. BALLWEG, O., 1970: *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel: Helbing & Lichtenhahn.

De manera complementaria, por tanto, a lo debatido anteriormente cuando abordamos de modo directo la distinción entre enfoque dogmático y cetético, vemos ahora desde otro ángulo y de un modo un poco más claro que el saber jurídico se presenta siempre como un conjunto complejo de conocimientos que al mismo tiempo poseen vinculación con la dirección de comportamientos y necesidad de desarrollo reflexivo, de acuerdo con las pautas de lo que se puede considerar una investigación científica y filosófica.

## 6. ACUERDOS INCOMPLETAMENTE TEORIZADOS, RESISTENCIA CONSTITUCIONAL Y TEORÍA DE BASE

De acuerdo con AGUILÓ<sup>77</sup> podemos reinterpretar la tradicional clasificación de las constituciones en “abiertas” y “cerradas” como una oposición entre aquellas que admiten desarrollo y las que no. Las primeras tienen un perfil político e ideológico que permite pormenorizar políticas en más de un sentido, sin que se pueda decir que se está huyendo de su diseño regulativo y sin necesidad de modificar su texto. Las segundas, por el contrario, son cerradas en cuanto que su diseño regulativo es estricto y sólo permite una u otra dirección. Es evidente que si aplicamos esa noción a las constituciones efectivamente existentes percibiremos que se aplica bien a algunas de sus normas o a algunos sectores de regulación presentes en ella, de modo tal que las constituciones reales combinarían ambas características. Como modelos opuestos, sin embargo, los polos de la clasificación interpretados así nos permiten entender de modo radicalmente distinto el papel de la constitución en el ordenamiento jurídico. Las constituciones abiertas requieren desarrollo y están presentes en todos los actos de creación y aplicación del Derecho, su papel es exactamente guiarlos. Se desdobra y vivifica en los actos de creación y aplicación dentro de un ordenamiento jurídico. Las constituciones cerradas o conclusas, al contrario, tienen un gran poder normativo en aquello que regulan, pero su fuerza expansiva es limitada. Están concebidas para ejecutarse y aplicarse, no para desarrollarse.

Resulta posible establecer una relación entre las constituciones abiertas y su necesidad de desarrollo posterior y la imprecisión de sus textos, así como, en sentido opuesto, entre las constituciones conclusas, su necesidad de aplicación y sus textos más precisos. La problemática que se plantea aquí, por tanto, es la de los acuerdos incompletamente teorizados y los conceptos esencialmente controvertidos como características de las constituciones abiertas.

Sin duda, las constituciones que manejamos en los sistemas jurídicos contemporáneos recogen en sus textos derechos, principios y valores que, dado el alto grado de abstracción en que se plantean, son objeto de controversias interpretativas infinitas. Por un lado, porque realmente están planteados en un plano abstracto y, por otro, porque representan posiciones importantes en la lucha política y por ello no se renuncia a ellos fácilmente. El debate sobre su sentido no es sólo una cuestión semántica

---

<sup>77</sup> Cfr. AGUILÓ REGLA, J., 2003: «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional», *Doxa*, 23, 2003, pp. 289-317.

que pueda ser resuelta con una definición vinculante, sino una cuestión práctica de alto carácter valorativo. Son lo que, siguiendo la reconstrucción de Marisa IGLESIAS, podemos denominar «conceptos esencialmente controvertidos».

De acuerdo con Marisa IGLESIAS, los conceptos esencialmente controvertidos se caracterizan por cuatro rasgos: son conceptos valorativos, atribuyen una valoración positiva o negativa a objetos; son complejos porque están compuestos de un conjunto de propiedades que requieren ser relacionados entre sí para que pueda obtenerse una concepción con respecto a ellos, o sea, necesitan que se formule una teoría sobre la relación entre las propiedades y admiten más de una teoría; son argumentativos, pues requieren un desarrollo permanente de intentos de persuasión sobre su uso adecuado, por estar envueltos en permanente controversia; son funcionales en la medida en que canalizan el debate político por bienes sociales relevantes, funcionando, en palabras de AGUILÓ, como un cuadrilátero o un ruedo<sup>78</sup>.

AGUILÓ propone que estos conceptos esencialmente controvertidos pueden ser vistos, si cambiamos el ángulo de observación y desplazamos del momento en que se interpreta y desarrolla una constitución al momento en que ésta se formula, como los acuerdos incompletamente teorizados tal como los concibe Cass SUNSTEIN<sup>79</sup>.

SUNSTEIN, al tratar de explicar cómo es posible que llegue a confeccionarse una constitución cuando no se es capaz de llegar a un consenso sobre determinados puntos controvertidos, defiende la tesis de que se lleva a cabo incluyendo en el texto constitucional cláusulas más o menos abiertas que él denomina «acuerdos incompletamente teorizados». Si se insistiese en teorizarlos completamente y esclarecer primeramente su sentido y alcance por lo que respecta a la atribución de posiciones sociales y derechos, probablemente haríamos inviable el acuerdo, puesto que hay diferencias de opinión irreconciliables. Esas divergencias, sin embargo, se resuelven con dos estrategias básicas: una abstracción aún mayor y la consagración de algo que deberá definirse posteriormente en la práctica interpretativa subsiguiente al establecimiento del texto constitucional; o el abandono de la consagración de algo que resulta difícil de acordar en términos más genéricos a cambio de la fijación de lo que denomina «principios de alcance medio». En el primer caso, el acuerdo se hace viable al aumentar el grado de abstracción; en el segundo, al particularizar. En ambos casos se produce acuerdo y se hace posible una constitución porque, de hecho, se guarda silencio acerca de lo que no es consensual y el debate se centra en aquello que puede ser objeto de consenso.

Es obvio que SUNSTEIN no sostiene que no se deba o pueda confiar en las teorías constitucionales como mecanismo de producción de consenso y, por ende, de producción de constituciones basadas en acuerdos completamente teorizados sobre bienes sociales, derechos y valores. Lo importante de su análisis, desde mi punto de vista, es que muestra que en sociedades pluralistas como las nuestras la capacidad de las teorías para producir consenso puede ser limitada y una de las formas de entender cómo

---

<sup>78</sup> Cfr. IGLESIAS VILA, M., 2000: «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», *Doxa*, 23, pp. 77-104.

<sup>79</sup> Cfr. SUNSTEIN, C., 2000: «Constitutional Agreements without Constitutional Theories», *Ratio Juris*, vol. 13, n. 1, March, pp. 117-130.

aun así es posible producir una constitución que sea respetada es a través de la categoría de los acuerdos incompletamente teorizados.

El mecanismo de los acuerdos incompletamente teorizados por abstracción es, como bien apunta AGUILÓ, el uso de conceptos esencialmente controvertidos. Dichos conceptos, dadas las características examinadas más arriba, deberían ser objeto de un desarrollo posterior, deliberativo y argumentativo, dentro de los marcos institucionales previstos por la propia constitución, o sea, a partir de procedimientos de determinación que ésta prevé para legitimar la concreción necesaria lograda.

Los acuerdos incompletamente teorizados por particularización serán a su vez objeto de procedimientos de inclusión por analogía, de modo que los nuevos casos considerados suficientemente similares puedan recibir la misma solución jurídica. Ello también implica, como es fácil observar, procedimientos argumentativamente estructurados.

Resumiendo el marco que más arriba esbozamos, tenemos la idea central de que hacer una constitución no significa resolver definitivamente todos los problemas jurídicos y políticos que puedan surgir, sino iniciar algo que AGUILÓ califica de «práctica constitucional». Esa práctica depende de que se asuma la distinción entre establecer una constitución y vivir una constitución como algo relevante y que plantea un compromiso de desarrollo de ésta a los participantes del sistema jurídico.

Se resuelve, así, la objeción de que la constitución conlleva una limitación del poder decisorio de las decisiones presentes y futuras, toda vez que quedan vinculadas a la dictadura de los muertos y se comprende mejor que al establecer la constitución lo vinculante para las generaciones futuras estriba en el establecimiento de principios y valores que serán reinterpretados en la práctica constitucional del presente.

En este sentido, serían más resistentes aquellas constituciones en que tiene lugar esa posibilidad, esto es, en las cuales hay una identificación (aunque relativa y constantemente revisada) de la generación futura con los principios y valores puestos por los constituyentes y no necesariamente con los contenidos concretos que recoge en sí.

Así pues, me parece plausible apuntar que la idea de VIEHWEG de que los sistemas jurídicos se estructuran en torno a una teoría de base y ésta es producto y objeto de una filosofía del Derecho, puede leerse como otro modo de explicar cómo puede alcanzarse, y de hecho se alcanza, el delicado equilibrio entre la obediencia a las constituciones regulativas y su desarrollo posterior por la práctica constitucional.

Como hemos visto en mi descripción del pensamiento de VIEHWEG, lo que caracteriza una teoría de base es su relativa indeterminación y su carácter altamente valorativo. Tan valorativo que el autor llega a identificarla como ideología en sentido funcional, como un conjunto de creencias y valores que estructuran una visión del mundo.

Si en otros momentos históricos, como afirma VIEHWEG, la teoría de base se sustentaba en otros soportes, las sociedades contemporáneas legitiman los contenidos jurídicos al atribuirlos, aunque de modo difuso, a una teorización sobre cuáles son las formas correctas de organizar la sociedad. Aunque una afirmación así pueda hacernos pensar que están resueltos los problemas jurídicos, una mirada más atenta a ella revela que esta teoría dista de ser algo definitivo y plenamente dotado de sentido.

En un mundo pluralista y atravesado por visiones no sólo diferentes, sino en ocasiones antagónicas, sobre qué objetivos sociales hay que alcanzar y qué principios seguir, la constitución recoge en sí misma la teoría de base con esa caracterización fuertemente valorativa y a la vez carente de desarrollo a través de una práctica interpretativa.

En el momento en que se hace la constitución, por tanto, los acuerdos incompletamente teorizados, tal como los caracteriza SUNSTEIN, sirven para hacer viable la fijación de un punto de partida. Este punto de partida, no obstante, deberá ser desarrollado por la práctica interpretativa. Tal práctica interpretativa interna, que en el lenguaje de VIEHWEG está vinculada a la perspectiva dogmática y se traduce en una dogmática jurídica específica para cada sistema jurídico, trabaja al mismo tiempo con el «condicionante» de no apartarse nunca del punto de partida que es la norma constitucional, pero, a la vez, reinterpretarlo constantemente, haciendo aquello que VIEHWEG denominó «desarrollo inmanente». La caracterización de los conceptos esencialmente controvertidos, a su vez, explica cómo resulta posible ese desarrollo inmanente y representa respetar la vinculación y desarrollar al mismo tiempo el sentido de las normas constitucionales en las cuales aparecen.

Cuanto mayor es la capacidad de la dogmática jurídica para trabajar con los conceptos esencialmente controvertidos y traducir la teoría de base de modo satisfactorio para el patrón de exigencia actual de una sociedad, mayor será la capacidad de obtener respuestas satisfactorias a los problemas jurídicos y políticos a partir del texto constitucional y, por tanto, de disminuir la necesidad de reformarlo. Dicho de otro modo: mayor será su resistencia. Las constituciones regulativas, plenas de conceptos esencialmente controvertidos, exigen, por ende, un mayor esfuerzo dogmático, aunque, evidentemente, no estemos sugiriendo que una buena dogmática jurídica resuelva todos los problemas de aplicabilidad de la constitución. Pero, sin duda, convertirla en un todo dotado de sentido, aun con las contradicciones valorativas que entraña, es algo que depende de asumir el compromiso de «vivir en constitución» en términos de AGUILÓ.

Por otra parte, como hemos visto, el papel de la filosofía del Derecho y de la investigación jurídica, vinculadas a un enfoque cetético, es volverse reflexivamente sobre la dogmática jurídica. Sin el compromiso inmediato de orientar la acción, su tarea reflexiva hace viable la producción de un instrumental crítico que clarifica e ilumina el modo en que la dogmática jurídica opera y cuáles son, en fin, los procedimientos argumentativos utilizados para determinar los contenidos, tanto imprecisos como valorativos, que están en la teoría de base. Al hacerlo, aunque indirectamente, ofrece nuevas premisas de contenido para la dogmática y para la propia teoría de base. Esa filosofía del Derecho, a su vez, puede describirse también como una práctica interpretativa, aunque no sujeta a los mismos “condicionantes” de orientación de la acción. Podríamos calificarla, en este sentido, de práctica argumentativa externa, no comprometida inmediatamente con la traducción de los valores y principios constitucionales, sino también implicada en un esfuerzo de esclarecimiento y desarrollo de las teorías que fundamentan la práctica argumentativa interna.

No me parece exagerar en exceso decir que nuestras actividades en cuanto teóricos del Derecho podrían reconocerse, con algunas variaciones de intensidad, en tal

descripción. Creo que a este respecto es bastante interesante observar que VIEHWEG apuntaba el carácter esencialmente argumentativo del conocimiento jurídico, sea dogmático o no, y que al hacerlo anticipaba la caracterización de dicho conocimiento como una práctica interpretativa, guiada por objetivos y parámetros de legitimación discursiva construidos históricamente.

Por fin, respondiendo a la provocación planteada en el título de este artículo, creo que la repuesta posible es que la intuición de VIEHWEG sí hace de él un constitucionalista adelantado a su tiempo. Tal vez no lo hiciera deliberadamente, pero al igual que otras intuiciones suyas, ésta ilumina nuestra práctica como juristas al apuntar la alta relevancia jurídica y política de la constitución, sin simplificar la problemática de su interpretación y sin desconsiderar la presencia de los valores y los principios como puntos de partida y de llegada en tal práctica. Así, la actividad que ejercemos dista de ser neutra y sus repercusiones sociales no son despreciables. Aun cuando optamos por realizar una teoría estructural de derecho, como apuntaba VIEHWEG, algún grado de compromiso valorativo estará presente.

*(Trad. de Ángel Espinosa Gadea)*