

Las tres formas de pensar la ciencia jurídica y el rol de la justicia en Viehweg¹

David Cabrera Hermosillo

Resumen: En este trabajo se presenta la distinción conceptual y la caracterización de los tres planos desde los cuales se puede realizar el análisis del fenómeno jurídico, según la propuesta de Theodor Viehweg. Se analiza también la interrelación de cada uno, así como los de estos planos con la idea de la justicia. Finalmente se propone un esquema, basado en la obra de este autor, que explicita el papel de la idea de justicia en los distintos planos conceptuales analizados.

Palabras claves: Theodor Viehweg, filosofía del derecho, teoría del derecho, metodología jurídica.

Si la reflexión filosófica es reflexión radical en cuanto a sus alcances, hacer filosofía del derecho significaría, más o menos, abstraer el objeto de estudio, en este caso, lo jurídico, para buscar una explicación más allá de la mera *dogmaticidad*. Sin embargo, lo jurídico puede analizarse con intensidad filosófica en más de un aspecto y desde diversas perspectivas. Estos diferentes enfoques de lo que podríamos denominar filosofía jurídica, parten de supuestos, problemáticas y métodos diversos, dando lugar a intrincadas relaciones que parecen tocarse en no pocos puntos de contacto.

Tomando como base dos ensayos de Theodor Viehweg², argumentaré que, respecto de lo jurídico, pueden distinguirse diversos planos teóricos los cuales son abordados con o sin intensidad filosófica. Por otro lado, se apunta la idea de que estos mismos horizontes teóricos se corresponden a ciertos elementos de los sistemas jurídicos y que dentro de esta organización del derecho se encuentra la idea de la justicia, la cual revisaremos, al tenor de la obra citada, con un sentido pragmático, es decir, el análisis no versará sobre lo que dicha idea significa, sino sobre el papel que juega en el entramado que se configura con la dogmática jurídica y el doble aspecto de la filosofía del derecho que explicitaremos.

Usamos la obra de Viehweg (1991) como base de este análisis por que es un autor del cual se ha dicho y escrito poco en castellano, pero resulta interesante ya que enfocó sus esfuerzos a refinar algunos aspectos básicos de la investigación filosófica jurídica, aportando claridad a algunos conceptos metodológicos elementales³. De entre esos aspectos retomamos y desarrollamos la

distinción conceptual que Viehweg realiza para desenmarañar los distintos planos desde los cuales analizar el derecho.

De manera previa, es necesario situar el contexto y las necesidades teóricas de las cuales surge la necesidad de clarificar los planos desde los que puede pensarse lo jurídico. Viehweg escribe después del cisma que representó la irrupción de Kelsen en la filosofía jurídica. No es este el lugar adecuado para desarrollar aquellos momentos de la historia de la filosofía del derecho que sería necesario traer a cuenta para poder fundamentar porqué la irrupción de la *Teoría pura del derecho* constituye un momento clave en la evolución de esta disciplina⁴. Lo único que puede hacerse por ahora es la reseña de que el añejo debate entre los defensores del derecho natural y los *iuspositivistas*, que marco la pauta de más de dos milenios de reflexión iusfilosófica (Fassò, 1966), traspasó cierto umbral cuando Kelsen se dio a la tarea de crear una teoría del derecho ajena a “*cómo el derecho deba ser o deba ser hecho*” (Kelsen, 1982).

Al margen de la vigencia de las tesis de Kelsen, lo que importa aquí es el hecho de que podemos identificar con mayor consistencia una forma de filosofía del derecho que en cierto modo dejó de discutir con las ideas del derecho natural y creó un nuevo ámbito de problemas y una serie de herramientas para abordarlos (García, 1997).

Alegóricamente hemos denominado cisma a este momento en el cual, dos formas de filosofía del derecho se consolidan y parecen alejarse entre sí, cada una siguiendo el camino que le es propio. Este es el contexto de la propuesta de Viehweg, quien intenta explicar una idea fundamental; que las dos formas de la filosofía del derecho, responden a necesidades intelectuales diversas y cada una funge una función específica en la tarea de analizar filosóficamente los sistemas jurídicos.

La filosofía del derecho se encuentra, al menos desde la perspectiva de Viehweg, escindida en dos planos, el iusnaturalista y positivista. A dichos planos filosóficos falta agregar una tercera forma de análisis de la ciencia del derecho que se nos presenta como no filosófica, sino dogmática. Estos son los tres planos que propone Viehweg para analizar la ciencia jurídica, toca ahora revisar cada uno para ubicar el espectro de problemas que a cada uno corresponde.

I Dogmática jurídica.

Si pensamos la ciencia como un conjunto de preguntas y respuestas en base a las cuales se articula el conocimiento del mundo, tendremos frente a nosotros el binomio pregunta/respuesta. Tal articulado dual permite desarrollar dos enfoques de investigación, según el interés sea puesto en uno u otro de los lados que lo componen. Viehweg, retomando un concepto kantiano de origen aristotélico, propone denominar *cetéticas* a las disciplinas que ponen el interés primordial en las preguntas. Por otro lado, denomina *dogmáticas* a aquellas disciplinas que se enfocan más bien en las respuestas.

La distinción anterior lleva a nuestro autor a postular la existencia de dos ámbitos diferenciados de investigación; dogmáticos y cetéticos. La diferencia entre ellos estriba en el tratamiento que dan a los *topoi* básicos del ámbito del conocimiento que abarcan. Un ámbito de investigación cetético implica que los conceptos básicos son continuamente cuestionados, en un ámbito dogmático esto no sucede así. En un ámbito cetético –o simplemente, ámbito de investigación– los tópicos “ *conservan siempre su carácter hipotético, problemático, tentativo y cuestionable* ”. En cambio, un sistema dogmático preserva un espacio excluido de la crítica, con lo cual los conceptos básicos del sistema se caracterizan por conformar un núcleo inatacable e incontestable⁵.

Las funciones y racionalidades inherentes a las dos escalas, o actitudes del pensamiento reseñadas obedecen a las distintas intencionalidades que representan. En el caso de lo jurídico, el pensamiento dogmático encuentra su razón de existir en la función social del derecho. Si el derecho ha de servir como mecanismo para coordinar la acción de los sujetos –en lo tocante a sus conductas prácticas y exteriores y en cuanto a la influencia que pueden tener sobre otras acciones o personas, según la formulación de Kant (1873)– se sigue de ello la necesidad de que una *dogmática jurídica* sirva de fundamento a la acción del hombre en lo referente a su accionar práctico social. En efecto, sólo bajo el suelo firme que representa una certeza más o menos razonable respecto de lo que el derecho vigente exige de la conducta humana puede el hombre andar por el mundo con la conciencia de las consecuencias de sus acciones⁶.

La intención dogmática, entendida como forma de análisis del derecho, sirve a la ciencia del derecho –o jurisprudencia–, e incluso se funde con ella en la medida en que la ciencia jurídica se configura mediante el desarrollo dogmático que sustenta la base epistémica de su desenvolvimiento⁷. La ciencia jurídica, entendida como jurisprudencia, despliega su labor

investigativa dogmática en un sentido instrumental tomando el sistema jurídico mismo como materia prima de su elaboración conceptual. El razonamiento dogmático reflexiona sobre el aparato jurídico y opera sobre el *“sin formular sobre el mismo ningún juicio de valor”* (Warat, 1980) o en otras palabras, la dogmática parte de la facticidad del derecho positivo para desarrollar la jurisprudencia que se desenvuelve precisamente en el entramado axiomático del que es dotado por el sistema mismo.

Viehweg insiste en que a pesar de su postura acrítica, la dogmática jurídica es racional dentro de los límites que representan las premisas del sistema, pues no debe obviarse que en la dogmática jurídica se encuentra ausente una crítica a los fundamentos de la norma, pero no una renuncia a los métodos desarrollados por la ciencia jurídica que en su conjunto tienen la función de desarrollar y ensanchar, por así decirlo, los contenidos del mismo sistema dogmático – jurídico particular. La dogmática jurídica entendida como jurisprudencia es entonces una disciplina que a partir de sus propios métodos estudia racionalmente el derecho.

Ahora bien, la dogmática jurídica también nos sirve para analizar una serie de normas de carácter básico o fundamental. El autor que venimos siguiendo asienta como un hecho evidente que la sociedad *“tienen que crear y fijar una opinión acerca de lo que considera como justum”*. Lo que significa que en todo sistema jurídico hay un lugar específico para colocar una opinión (*doxa*) que responde al ideal de justicia la cual motiva al sistema mismo. Al ser este breve análisis funcional y pragmático, la forma y contenido de esa opinión no resulta relevante en este momento y basta con señalar que esta opinión establece una toma de postura respecto de lo justo y se constituye en un dogma de *“nivel superior”*⁸.

La opinión respecto de lo justo o idea de justicia, como la denominaremos en este texto, cumple una doble función, en primer término, forma una *“respuesta vinculante a una problemática social”*. Ésta intuición de Viehweg puede ponerse en consonancia con Rawls quien señala que precisamente el problema de la justicia social estriba en la distribución de bienes básicos (1971). Así entonces, todo sistema jurídico, como parte integrante del sistema político constituyente de un núcleo social, debe contar con una idea que responda a las interpelaciones de justicia por parte de sus miembros.

Viehweg no aporta sino un ejemplo para clarificar esta idea, señala que los juristas romanos clásicos ocultaban frecuentemente las ideas de justicia que sustentaban sus opiniones, mientras que el sistema de derecho canónico medieval, al apoyarse claramente en las tesis de Tomás de Aquino, mostraba abiertamente los principios y concepciones de justicia en los que se sustentaba.

Extrapolando esta idea a los sistemas jurídicos contemporáneos (por lo menos los occidentales) podríamos señalar que la idea última de justicia que opera en el fondo de éstos es la concepción de los derechos humanos basada en la idea de la dignidad del hombre, con lo cual los sistemas legales se alinean en torno a una concepción que expresamente los dota de un concepto normativo de orden superior más o menos positivado.

Por otro lado, la opinión respecto de lo justo que se encuentra en la base de todo sistema jurídico importa una segunda función, la cual no se relaciona directamente con los reclamos de justicia de la sociedad particular, sino con el mismo sistema. La opinión de justicia se mostrará en la forma de *“enunciados esenciales unificantes”* hacia los cuales deben dirigirse los problemas que se desarrollan dentro del sistema para encontrar en dichos enunciados su respuesta o la justificación, de manera tal que este *“dogma superior”* funciona como principio hermenéutico de interpretación.

La función de los enunciados esenciales unificantes resulta primordial en el sistema jurídico, pues todo lo que aparezca como problema dentro del sistema debe ser *“conciliable con los dogmas fundamentales”*⁹, marcando entonces los límites mismos del sistema¹⁰.

Viehweg señala también que los elementos unificantes o normas básicas del sistema inspirados en la idea de justicia cuentan con una última característica, dotan de identidad y permanencia al sistema, pues *“una dogmática, cualquiera que sea su estructura, surge y desaparece con sus enunciados esenciales”*. En términos habermasianos podríamos señalar que la autocomprensión del aparato jurídico depende de la subsistencia y continuidad de sus dogmas fundamentales¹¹.

No parece erróneo pensar que estas funciones correspondan a dos aspectos de una misma idea: la opinión dogmatizada que responde a los cuestionamientos de justicia sería expresada mediante los enunciados esenciales unificantes.

Hay un elemento más que conviene destacar en relación a la dogmática jurídica, todo sistema legal presupone una ideología jurídica. El concepto de ideología es usado por nuestro autor en un sentido neutro, ideología es *“una teoría con función social”*. La necesidad del sustrato ideológico de la dogmática se desprende de la misma caracterización conceptual usada hasta ahora; si el sistema se desarrolla dentro de los márgenes trazados por aquella opinión que responde a la pregunta sobre la justicia, resulta necesario que el sistema mismo, derivado de dicha opinión formulada en los enunciados esenciales, sea una aplicación de esa teoría en el campo del derecho y por tanto, resulte operativa en el plano social.

El plano dogmático en el derecho es una forma de pensamiento inherente a la ciencia jurídica que satisface diversas funciones. El sistema jurídico puede operar, y de hecho así lo hace en gran medida, sin que exista una reflexión consciente y constante sobre los fundamentos que apuntalan la legitimidad de las normas que lo componen. Es importante resaltar que esta actitud dogmática responde a ciertas necesidades *operativas o instrumentales* del derecho mismo y funciona en diversos niveles, incluso hemos identificado el aparato dogmático que está presente en el nivel más básico que representan, en los Estados Constitucionales, las normas fundamentales.

2 La teoría del derecho en el viejo sentido.

Dejando a un lado la dogmática y como parte de lo que Viehweg denomina cetética, encontramos la teoría del derecho que nuestro autor denomina “*teoría material del derecho*” o “*teoría en el viejo sentido*”. Este plano de lo jurídico se nos presenta desde dos puntos de vista que no deben extraviarnos, como un *giro* en la intensidad investigativa –de ahí lo cetético–, pero que también juega un papel al responder a una necesidad propia de los sistemas jurídicos y por ello se interrelaciona fuertemente con la dogmática jurídica. Lo anterior se explica a continuación.

La teoría del derecho a que hace referencia Viehweg representa un paso más allá que el reconocimiento de los dogmas vigentes del sistema –tarea propia de la jurisprudencia como vimos antes– pues importa la búsqueda de la justificación de los mismos mediante “*una teoría que responda concretamente a la pregunta acerca de que qué es lo que, en última instancia, se considera como justum*”. Esta teoría del derecho *en el viejo sentido*, o, usando una terminología más contemporánea, teoría de la justicia¹², estudia el engranaje de los dogmas fundamentales que giran en torno a una concepción de la justicia. De esta breve forma se denota que el objeto de la investigación propio de la teoría de la justicia se corresponde a la búsqueda de aquel discurso que, problematizando la fundamentación de las normas, postula una concepción de justicia. Este tipo de investigación será cetético en la medida en que las disquisiciones que realice sigan problematizando incluso sus mismos resultados.

Como se mencionó, la teoría de la justicia también cumple una función para con el sistema jurídico que la relaciona con la dogmática. La teoría de la justicia, en cuanto que todo sistema dogmatiza una concepción de justicia y la desarrolla por medio de los enunciados esenciales unificantes, aporta al sistema legal la idea de justicia¹³. Sí una teoría de la justicia – independientemente de su contenido– se encuentra en el centro de todo sistema jurídico y se

muestra explícitamente decimos que representa el *trazado constitucional* del Estado¹⁴, en ese caso funciona como teoría de creación del derecho para todo el derecho que sea creado y, además, como teoría de interpretación.

Las relaciones entre la dogmática y estos dogmas positivados, cuyo origen se encuentra en la de teoría de la justicia triunfante, implican la idea de permanencia. La *intentio dogmática* conlleva una tendencia conservadora que pretende hacer valer la opinión de justicia vigente en contra de los cambios *de facto* que se presenten en la realidad normada por el sistema. Así la dogmática jurídica es el elemento estático del sistema y se contrapone al vaivén de las fuerzas que, apoyándose en otras concepciones de justicia, pugnan por un cambio en las premisas del sistema. La situación de tensión resultante puede estabilizarse en tanto la intención por mantener los dogmas fundamentales prevalezca y con ello perviva la autocomprensión del sistema como tal, o bien, si las fuerzas dinámicas son más pujantes, puede resolverse mediante un cambio en el trazado constitucional.

Extendiendo el pensamiento de nuestro autor puede concluirse que la dogmática jurídica, con su inamovilidad característica, toma de la teoría de la justicia lo que le es pertinente, petrificando, por así decirlo, precisamente a aquella teoría de la justicia que deviene en fundamento del edificio legal. Sin embargo la teoría de la justicia misma, al ser programa de investigación con pretensión no dogmática, sino cetética, no ve por ello satisfecho su programa de investigación y debe continuar sus indagaciones, problematizando incluso la misma concepción de justicia oficializada.

En cuanto a ámbito de investigación, resulta obvio mencionar que la filosofía del derecho – íntimamente relacionada con la filosofía política y la ética– ha dedicado sus esfuerzos a construir discursos prácticos que fundamenten una serie de principios a partir de los cuales deducir o postular un ideal de bondad o justicia. En este plano, la teoría de la justicia se relaciona con la idea del derecho natural ya que una de las vertientes de investigación de esas teorías¹⁵ pretende desarrollar un discurso práctico que permita fundamentar el deber ser del derecho en razón de un ideal de justicia¹⁶. Sin embargo, también la teoría de la justicia se relaciona con la doctrina¹⁷ del derecho positivo –o iuspositivista– en la medida en que se han desarrollado concepciones de la justicia basadas en la obligación de respetar el derecho en razón de su misma imperatividad, tal es el caso de la llamada tesis del positivismo ideológico¹⁸.

Hasta aquí hemos visto que un segundo plano desde el cual puede pensarse la ciencia jurídica está constituido por la teoría de la justicia que, en su intención investigativa, representa una

disquisición de la razón práctica con el fin de fundamentar un discurso respecto de lo que en última instancia se reconoce como justo. También se observó que hay un lugar dentro de los sistemas normativos jurídicos para que una teoría de la justicia oficializada –cualquiera que sea–, cumpla la función dogmática de dotar de identidad y pauta hermenéutica al sistema legal.

3 Teoría del derecho en el nuevo sentido.

Además de las dos formas anteriores de pensar lo jurídico, nuestro autor señala la existencia de un tercer plano de reflexión que él denomina teoría del derecho *en el nuevo sentido*. Su función es radicalmente diferente a la filosofía del derecho en el viejo sentido (teoría de la justicia) y convencionalmente denominaremos a este plano como teoría del derecho¹⁹. Esta forma de filosofía constituye una teoría que, por decisión metodológica propia, busca limitar su horizonte de investigación dentro de lo que considera su campo de estudio particular, el cual desde el principio excluye aquellos tópicos que conforman la teoría de la justicia, dedica sus esfuerzos más bien a realizar *investigación básica* según lo denomina Viehweg. La investigación que realiza comprende una serie de tópicos que pretenden describir cómo es fácticamente el derecho y cómo funcionan los sistemas jurídicos.

La exclusión de las discusiones sobre la justicia tiene su fundamento en el escepticismo sobre la capacidad de la razón práctica de establecer un discurso que legitime una concepción de justicia unitaria válida para todo esquema social posible²⁰. Esta teoría del derecho se enlaza y funde con la tradición de la filosofía jurídica denominada positivismo jurídico.

Entender de qué manera se relaciona esta forma de filosofía jurídica con el iuspositivismo nos impone detenernos en configurar brevemente lo que se entiende por positivismo jurídico y cuáles son las tesis principales de las teorías así caracterizadas²¹. En efecto, al no haber una tesis positivista unitaria resulta esencial trazar un esbozo que refleje la dimensión de los vericuetos terminológicos a los cuales se expone cualquier estudio teórico – legal que pretenda montarse en la discusión del positivismo legal, de no hacerlo así se corren importantes riesgos metodológicos.

Norberto Bobbio (1991) señala que hay que distinguir tres tesis fundamentales en el positivismo jurídico, las cuales pueden presentarse de manera independiente:

- I. Como un modo de acercarse al estudio del derecho.
- II. Como una determinada teoría o concepción del derecho.

III. Como una determinada ideología de la justicia.

Para Bobbio estas determinaciones del positivismo no están interrelacionadas, es decir, puede encontrarse en los diversos autores considerados positivistas, posturas relacionadas con las tres consideraciones indicadas y, a su vez, presentarlas en diversos grados o formas.

Tanto García Maynez (1997), como Squella (1998) denominan las tesis marcadas en los incisos I y II como *positivismo metodológico*. Esta implica la separación radical entre el derecho positivo y el derecho ideal, posible o justo. Austin (2003) postula esta tesis con meridiana claridad *“El derecho es una cosa, su pertinencia o impertinencia, otra”*. Kelsen, por su parte, apuntala las bases metodológicas de la pretensión de pureza teórica, escribió que *“La exigencia de distinguir el derecho de la moral, el derecho de la justicia, significa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de la validez de esa única moral absoluta exclusivamente válida”* y también *“Aun cuando las normas del derecho, como prescripciones de deber, constituyen valores, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto”* (1982). Como puede verse, dos elementos del positivismo jurídico metodológico se derivan de los textos transcritos, a) el argumento de la separación entre derecho y moral como criterio de distinción entre dos ámbitos del conocimiento, y b) la función de la teoría del derecho como principalmente descriptiva y axiológicamente neutra.

Retomando la distinción de Viehweg de la que partimos cabe identificar como positivista, en el sentido ideológico, la postura teórica a la cual el autor que venimos reseñando se refiere cuando habla de teoría del derecho en el nuevo sentido ya que esta limita por si misma su horizonte de investigación a lo propiamente jurídico, es decir precisamente al derecho positivo, dejando a otras disciplinas con contenido normativo el juicio respecto de la pertinencia del derecho.²²

La teoría del derecho, entendida como el análisis filosófico del derecho positivo, resulta una forma de pensar lo jurídico necesariamente filosófica en un doble aspecto, sus métodos de análisis (tomados de la filosofía y no de la ciencia jurídica) y sus límites de investigación (investigación *celetica* en términos de Viehweg o ilimitada en cuanto a su pretensión de no detenerse dogmáticamente). La teoría del derecho como positivismo metodológico es por tanto necesariamente filosófica²³ pero interdisciplinaria.

La exploración con fines metodológicos realizada nos arrojó, con Viehweg, al espacio que representan las tres formas de pensar lo jurídico. Entender estos tres planos permite trazar una guía para abordar los contenidos de la filosofía del derecho²⁴. A partir de los conceptos analizados

podemos trazar un esquema básico del texto de nuestro autor que nos permita, además, clarificar la relación de los distintos planos de ciencia jurídica con la idea de la justicia.

4 Esquema de Viehweg y la idea de justicia.

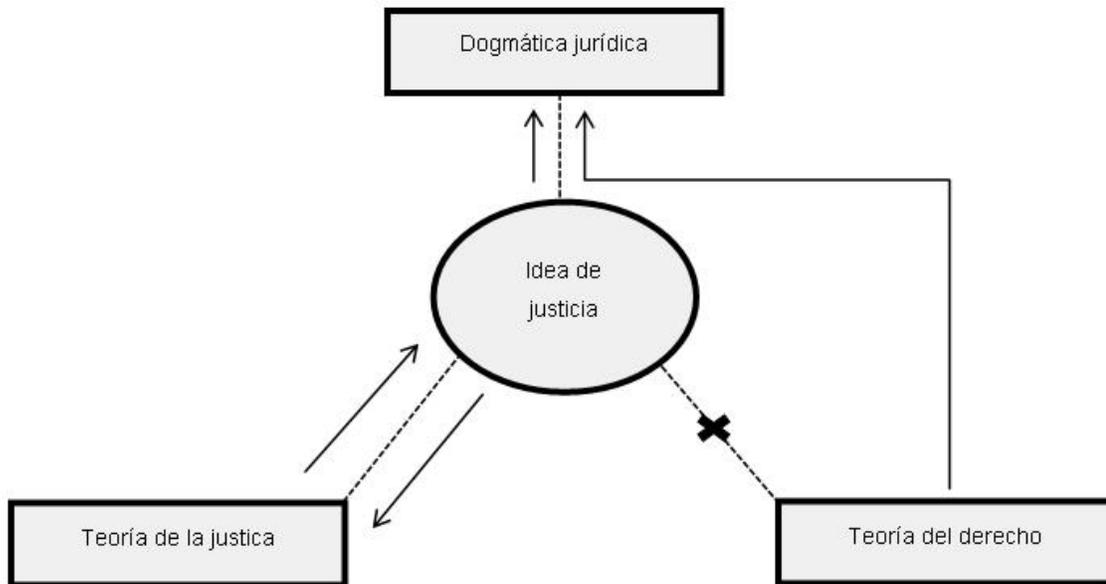


Ilustración 1: Esquema general de Viehweg.

A decir de Viehweg son tres los planos desde los cuales puede analizarse la filosofía del derecho; la dogmática jurídica es un plano no filosófico, la teoría de la justicia y la teoría del derecho (como convencionalmente los hemos denominado), si lo son. La dogmática es el análisis del derecho que no cuestiona la validez o pertinencia de las normas, las cuales toma como premisas. La teoría de la justicia pretende aportar un discurso válido que legitime el sistema legal. La teoría del derecho analiza el sistema legal desde la óptica del positivismo metodológico, es decir, dejando a un lado las cuestiones abordadas por la teoría de la justicia.

La teoría de la justicia se vincula con la dogmática al proponer una idea de la justicia que al positivarse se sitúa en el centro del sistema jurídico y cuyo análisis corresponde a la dogmática jurídica en forma de teoría constitucional. Estos principios o dogmas de tipo superior tienen dos funciones principales, aportar el sustrato ideológico del sistema y fungir como premisas hermenéuticas al constituirse mediante enunciados esenciales unificantes. La idea de justicia funda

la autocomprensión del sistema como tal. Está sujeta a una tensión constante que resulta, por un lado, de la tendencia conservadora del *status quo* derivada de la dogmática jurídica cuyo origen es precisamente su dogmaticidad y, por el otro, de la tendencia cetética de la teoría de la justicia y las fuerzas sociales motivantes (cuyo estudio corresponde a la teoría política). Por su parte, la existencia e independencia de la teoría del derecho, entendida como positivismo metodológico, escinde la unidad de la filosofía jurídica y aporta a la dogmática conceptos lógicos – analíticos, sin pasar, o criticar, por decisión metodológica propia, el núcleo del sistema, o la idea de justicia aportada por la teoría de la justicia.

Trabajos citados

- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Austin, J. (2003). *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bix, B. (2006). Teoría del derecho, tipos y propósitos. *Isonomía* (25), 57-68.
- Bobbio, N. (1991). *El problema del positivismo jurídico*. (E. Garzón, Trad.) México: Fontamara.
- Bobbio, N. (1991). *Teoría general del Derecho*. Madrid: Debate.
- Casamiglia, A. (1997). En defensa de Kelsen. (*Working paper* 129). Barcelona.
- Correas, O. (1995). PLURALISMO JURÍDICO Y TEORÍA GENERAL. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, II (5), 215-240.
- Cuenca, P. (2010). Una aproximación a la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. *Papeles el tiempo de los derechos* (3). Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Fassò, G. (1966). *Historia de la Filosofía del Derecho, Tomo I*. Madrid: Pirámide.
- Fernandez, E. (1991). *Perspectivas actuales del Derecho*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- García, E. M. (1997). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México: Universidad Autónoma de México.
- Häberle, P. (2001). *El estado constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (1999). *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Madrid: Cátedra.
- Immanuel, K. (1873). *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. Madrid: Librería de Victoriano Suarez.
- Jimenez, R. (2009). Positivismo ideológico e ideología positivista en Norberto Bobbio: precursor del. *Papeles el tiempo de los derechos (7)*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- Kelsen, H. (1949). *Teoría general del derecho y del estado*. México: UNAM.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1992). Una fundamentación de la sociología del derecho. *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho (12)*, 213-256.
- Kelsen, H. (1995). *¿Qué es la justicia?* México: Fontamara.
- Lakatos, I. (1983). *La metodología de los programas de investigación científica*. Madrid: Alianza.
- Leguina, V. (septiembre - diciembre de 1987). Principios generales del derecho y constitución. *Revista de Administración Pública (114)*, 7 - 37.
- Losano, M. (2006). Hans Kelsen; una biografía cultural mínima. *Derechos y libertades, II(14)*, 113-128.
- Radbruch, G. (1951). *Introducción a la filosofía del derecho*. México: Fondo de cultura económica.
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rosane, C. (2006). Theodor Viehweg ¿un constitucionalista adelantado a su tiempo? *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho (29)*, 295-318.
- Schmitt, C. (1982). *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- Schmitt, C. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Squella, A. (1998). *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*. México: Fontamara.

Viehweg, T. (1991). *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona: Gedisa.

Warat, L. A. (1980). Sobre la dogmática jurídica. *Seqüência* (1), 33-55.

Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil : ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta

¹ De Carl Schmitt (1996) se toma prestado parte del título del presente texto, pero solo eso. La división tripartita entre pensar el derecho como regla, decisión u orden, aunque puede ser montada sobre las distinciones conceptuales de Viehweg no es materia que interese a este trabajo.

² La fuente principal de las citas de Viehweg de este capítulo son los ensayos titulados “*Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica*”, y “*Filosofía del derecho como investigación básica*”, publicados en “*Tópica y filosofía del derecho*” (Viehweg, 1991).

³ Viehweg (1907-1988) fue un filósofo del derecho poco conocido, probablemente esto se deba a que solamente publicó un libro *Tópica y jurisprudencia*. Dejó algunos ensayos, entre ellos, los que sirven de base al presente texto. Probablemente la falta de difusión de la obra de Viehweg se deba a que en muchos aspectos fue más un precursor que el creador de tesis y argumentos fuertes. Puede ser señalado junto con Perelman y Toulmin como uno de los primeros impulsores de una teoría de la argumentación jurídica (Rosane, 2006, pág. 296). Varios de sus conceptos fundamentales tales como el reconocimiento de la función pragmática del discurso, los “deberes comunicativos” o la fundamentación de la validez en la aceptación en el marco de un discurso normado serán desarrollados posteriormente por autores como Habermas (1998) o Alexy (1997).

⁴ En lo que toca a la importancia de la obra de Kelsen y como introducción a sus principales tesis se puede consultar; (Losano, 2006), (Casamiglia, 1997) y (Cuenca, 2010).

⁵ Lakatos (1983) hará hincapié en la existencia de elementos dogmáticos como núcleo mismo de las teorías científicas sujetas a programas de investigación, señala que “*Este «núcleo» es «irrefutable» por decisión metodológica de sus defensores*”, y que “*el núcleo firme está tenazmente protegido contra las refutaciones mediante un gran «cinturón de protección» de hipótesis auxiliares*”. Esto revela que los ámbitos cetéticos y dogmáticos no están clara e unívocamente divididos como pudiera pensarse.

⁶ Esto no es otra cosa sino la denominada certeza jurídica.

⁷ Radbruch (1951) es de la opinión de que la dogmática jurídica se equipara a la jurisprudencia y sirve al derecho, entre otras cosas, al generar el desarrollo de un sistema de interpretación, una construcción jurídica y para el desarrollo de una sistemática jurídica.

⁸ La existencia de esta idea de justicia como trasfondo constitucional de las instituciones del sistema legal tiene larga tradición en el discurso constitucionalista. Usando conceptos de esta teoría podríamos señalar que esta opinión dogmatizada respecto de lo justo constituye el producto de las “*decisiones políticas fundamentales*” de la Nación (Schmitt, 1982) y que su expresión se realiza mediante los principios generales del derecho que constituyen el sustrato dogmático último de cualquier sistema jurídico expresado mediante “*valores centrales, las representaciones jurídicas generales o las opiniones básicas de cada sistema*” (Leguina, 1987, pág. 8). En otros términos esta opinión sobre la justicia se muestra y materializa en las normas jurídicas constitucionales (Häberle, 2001).

⁹ Aquí sigue presente la idea de deducibilidad de las normas.

¹⁰ La teoría de la justicia representa en los Estados Constitucionales el marco de validez material de las normas que permite impugnarlas en razón de su discordancia con aquellas de orden superior, sin embargo el estudio de estas cuestiones corresponde más bien a la jurisprudencia (Kelsen, 1949).

¹¹ Habermas establece que la autocomprensión de los sistemas entra en estado de crisis cuando la identidad social se ve amenazada, en opinión de sus propios miembros. Asimismo señala que “*los estados de crisis se presentan como una desintegración de las instituciones sociales*” (1999, pág. 23). Por tanto parece válido señalar que la afirmación de Viehweg de que la subsistencia del sistema jurídico depende de la permanencia de sus dogmas fundamentales puede ser puesta en relación con la concepción habermasiana en tanto que los dogmas fundamentales forman parte de las instituciones sociales en un plano no material.

¹² A la teoría que Viehweg denomina *teoría del derecho en el viejo sentido* la denominamos aquí teoría de la justicia, pues esta nomenclatura se corresponde a la idea original del autor y a lo que corrientemente se entiende por dicho campo de especulación. Bobbio señala que “*El problema de la justicia da lugar a todas aquellas investigaciones que tratan de precisar los valores supremos hacia los cuales tiende el derecho; en otras palabras, los fines sociales cuyo instrumento de realización más adecuado son los ordenamientos jurídicos, con su complejo de reglas y de instituciones*” (1991, pág. 37) denotando con ello el aspecto axiológico de las investigaciones relacionadas con la teoría de la justicia. En razón de que esta disposición por investigar ese tipo de justificaciones es a la que se atiene Viehweg al delinear el carácter de una teoría del derecho en el viejo sentido, es que no hay dificultad alguna para llamarla teoría de la justicia, término que además es popular y de uso corriente, sobre todo a partir de la obra de Rawls (1971).

¹³ Es por estas relaciones que conveniente entender los ámbitos de investigación cetéticos y dogmáticos más como actitudes epistémicas que como áreas delineadas y demarcadas del conocimiento.

¹⁴ Paradigma de lo anterior es la Constitución vista no como fuente de la que dimana lo normativo, sino como centro al que todo confluye, según la idea de Zagrebelsky (1997).

¹⁵ Siguiendo a Fassò (1966) es posible distinguir tres formas que las teorías del derecho natural han adoptado. El iusnaturalismo racionalista encuentra que determinadas características de la razón humana permiten deducir una serie de principios elementales de justicia que deben permear al sistema jurídico para que sea catalogado como justo. El iusnaturalismo naturalístico centra sus esfuerzos en deducir la justicia de una concepción de la fuerza derivada de la naturaleza de las cosas tal como son. Por último, el iusnaturalismo voluntarista pretende que la justicia deriva de la voluntad de una razón soberana, típicamente divina.

¹⁶ Las teorías de derecho natural parten de una metaética cognitivista en tanto que afirman la posibilidad de establecer fundamentos objetivos para señalar la verdad o falsedad de los principios adoptados.

¹⁷ El término escuela, aplicado al conjunto de pensadores que sostienen tesis iuspositivistas no es adecuado del todo, pues por positivismo jurídico se entiende una serie de tesis básicas respecto de lo jurídico que no se implican recíprocamente (Squella, 1998).

¹⁸ El positivismo ideológico es la postura sostenida por algunos autores positivistas la cual afirma que el derecho positivo, por el mero hecho de ser tal, lleva aparejada una serie de valores. Jimenez Cano (2009) identifica dos formas de positivismo ideológico; una fuerte, que implica que la facticidad del derecho lo convierte en derecho justo, y otra, débil, que imputa solo al derecho positivo la cualidad de generar ciertos valores tales como la certeza jurídica, la paz o el orden, por el solo hecho de su positividad. Otros autores vinculan a obligación moral de respetar el derecho a la circunstancia de que estos a su vez respeten los derechos humanos (Fernandez, 1991).

¹⁹ También podría denominarse como Teoría General del Derecho, como comúnmente se le llama al ámbito del conocimiento del que se hablará a continuación por su pretensión universalista como lo señala Correas (1995), sin embargo consideramos más adecuado ahorrar dicho adjetivo en este trabajo.

²⁰ Un ejemplo de esta postura lo encontramos en Kelsen (1995), quien al analizar los sentidos de la justicia concluye “*En rigor, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan sólo puedo decir qué es para mí la justicia.*”

²¹ Un trabajo muy arduo de la misma teoría del derecho ha sido desentrañar propiamente lo que entendemos por teorías positivistas del derecho, ya que el positivismo jurídico tiene su propia evolución, en palabras de Squella “*tiene su propia génesis y peculiaridades, y que su historia, por lo mismo, ni se superpone a la del positivismo filosófico, ni es tampoco un sendero particularizado de ella*” (1998).

²² Con relación la configuración marcada con el numeral III del recuento de Bobbio podemos comentar que se identifica con la tesis del positivismo ideológico que ya se comentó.

²³ Viehweg destacó el hecho de que la teoría del derecho es investigación meramente filosófica “*Después de todo esto, quisiera sostener la tesis de que ella misma (la teoría del derecho) es filosofía del derecho en sentido objetivo, a pesar de que ella misma no quisiera llamarse así. Pues si se parte de la concepción generalmente aceptada según la cual investigación filosófica (investigatio philosophica) es aquella que no sólo permite sino que exige el cuestionar ilimitado y radical, se constatará que la corriente a la que acabo de*

referirme pretende justamente eso. Desea, en su campo de problemas, cuestionar radicalmente, es decir, filosóficamente” (Viehweg, 1991).

²⁴ Bix (2006) señala que las distintas teorías del derecho se confunden en formas y propósitos dispares cuando no se distingue la naturaleza de las afirmaciones que se efectúan.