

VIEHWEG Theodor, *Tópica y filosofía del Derecho* (compilación y "Observación preliminar" de Ernesto Garzón Valdés y traducción de Jorge M. Seña), Barcelona, Editorial Gedisa, 1991, 204 pp. (Colección Estudios Alemanes).

Se trata de un antología de dieciséis artículos de Theodor Viehweg (1907-1988), publicados en el periodo comprendido entre 1960 y 1981, esto es, posteriores a su obra *Tópica y jurisprudencia* (Madrid, Taurus ediciones, 1963), por la que se le conoce mejor en los medios académicos de habla hispana, que fue objeto de críticas por su propuesta de recuperar las pretensiones de Aristóteles de aplicar la lógica por él elaborada al antiguo arte de disputar, cultivado en la retórica, y tratar de hallar un método asentado en proposiciones opinables, dirigidas a la formación y silogismos sobre los "problemas" que se puedan plantear y evitar contradicciones al momento de sostener un discurso, con la ayuda de los *topoi*. En esta obra *prima*, Viehweg trató de seguir la secuencia histórico-filosófica que la tónica había recorrido en el pensamiento de Aristóteles, Cicerón, Vico, las escuelas de los glosadores y de los postglosadores, y Leibniz, para finalmente contraponerlo a la lógica deductiva y zanjar — prácticamente aislar, en ese primer planteamiento— a la ciencia del Derecho, para enaltecer el método tónico-fetórico como el pertinente a esa ciencia. La tónica asume la posición de un *ars inveniendi*, colocado primariamente entre lo *apodíctico* y lo *dialéctico*: el primero como campo de la verdad y de los filósofos, y el segundo como medio para resolver las disputas, donde la tónica es el medio idóneo de resolución. En la tónica es esencial el problema, en la lógica deductiva ese papel lo tienen el axioma y el sistema; esencias que Viehweg contrapuso.

La crítica formulada contra la construcción de la tónica de Viehweg fue dirigida a su apartamiento

(o aislamiento) metodológico, que hace el estudio de la "jurisprudencia", derivado de las distinciones entre lo retórico tónico y lo lógico deductivo, que derivaba en el "asistematismo" de esa "jurisprudencia", al quedar como campo donde la discusión de los problemas se resuelven con catálogos de *topoi* verdaderos con arreglo a una opinión acreditable. Además, *Tópica y jurisprudencia* va dirigida a justificar la sobrevivencia de la técnica argumentativa conformadora del derecho romano y transmitida por la escuela pandectista al estudio de la codificación civil alemana.

A pesar de esta crítica, la teoría de Viehweg abrió el camino para entender que la argumentación tónica ha sido inherente en la construcción de los principios generales del Derecho en una perspectiva iusnaturalista secular, de corte ajeno a las concepciones misteriosas, que se concretan en la idea central de una instrucción positiva que rigen su funcionamiento. La idea de Viehweg es hacer razonar en derecho. Interpretar sus normas o los actos jurídicos, aplicar el derecho, no es más que operar con esos principios, alrededor de los cuales se ordena todo el particularismo de las reglas y de los actos concretos (*Tópica y jurisprudencia*, p. 17).

La compilación preparada por Ernesto Garzón Valdés nos ofrece nuevos elementos que muestran la evolución de la teoría de Viehweg, sus concordancias con otros métodos (aun el kelseniano, uno de los rivales innominados de la teoría de Viehweg) y sus aproximaciones con la semiótica y la hermenéutica, en despegue al momento de terminar su trayectoria de investigación.

La antología, ordenada históricamente, se puede seccionar en tres agrupamientos: el primero comprende a los artículos donde se relacionan la filosofía del derecho, la teoría del derecho y la dogmática jurídica, como líneas sobre las cuales se desenvuelve la argumentación jurídica, y con fortalecimiento de la confrontación distintiva en

Viehweg: lógica deductiva-argumentación dialéctica, que son: "Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica como investigación básica", "¿Qué significa positivismo jurídico?", "La (lógica moderna) del derecho", "Problemas sistémicos en la dogmática jurídica y en la investigación jurídica", "Ideología y dogmática jurídica", "Algunas observaciones acerca del razonamiento jurídico" y "Sobre el futuro de la filosofía del derecho como investigación básica"; en el segundo bloque se incluyen tres trabajos de historia del derecho que hurgan la utilización de la argumentación jurídica, como son "Algunas observaciones sobre la filosofía de Gustav Hugo", "Dogmática jurídica y cetética jurídica en Jhering" y "Perspectivas históricas de la argumentación moderna", y en el último grupo se exponen los acercamientos de Viehweg a nuevos enfoques íntimamente relacionados con su teoría, acercamientos interdisciplinarios que los títulos de sus artículos denuncian: "Sobre el desarrollo contemporáneo de la tópica jurídica", "Retórica, pragmática lingüística, teoría del derecho", "La teoría pura del derecho y la teoría retórica del derecho" y "Acerca de la tópica, especialmente en el ámbito jurídico", que cierran la compilación. En los artículos del primer y tercer grupos se presentan repeticiones encadenadas hacia la superación teórica, por lo que permiten tratarlos en conjunto.

En el primer grupo se expone la distinción entre *pensamiento dogmático* y *pensamiento cetético* (de *zetein*, investigación) sobre el derecho, donde la primera forma de pensamiento es inmanente y donde los dogmas tienen que ser los enunciados esenciales unificantes. Para hacer efectiva la función unificadora, los dogmas fundamentales deben contener implícita o explícitamente una teoría del derecho material como fundamentación última (el papel constitucional correspondiente a las llamadas "decisiones jurídicas fundamentales"), que responda a lo que se considera justo (lo cual se actualizó, por ejemplo, en el iusnaturalismo racionalista y contractualista). El pensamiento dogmático se caracteriza por el hecho de que atiende a una opinión establecida (dogma) y responde a una función social, en tanto se le considera una *ideología jurídica* (pp. 105,108 a 113); en contraste, el pensamiento cetético tiene una función cognoscitiva que no permite la inclusión de ideas fundamentales propuestas, sino que, más bien, para poder avanzar en la investigación, a veces debe cuestionarlas. Como dice Viehweg, el pensamiento "investigante" es tentativo.

En este sentido, la filosofía del derecho tiene un doble papel: 1) participa en el surgimiento de la

teoría del derecho, pues la filosofía jurídica es una teoría del derecho que, en tanto, teoría fundamental, posibilita una dogmática jurídica, y 2) tiene una naturaleza dinámica, pues continúa su investigación y convierte en objeto de investigación a la teoría del derecho dogmatizada. No niega que:

para una dogmática sea necesaria una doctrina básica con función primariamente social, pero destruye su eventual nimbo de auto evidencia y se preocupa incesantemente por mejorar la calidad de esta doctrina, a través del análisis y la crítica.

La teoría del derecho de tipo moderno parte de fenómenos jurídicos y se preocupa por indagar su estructura desde el punto de vista lógico y sociológico, o en ambos aspectos, con la exigencia de un lenguaje exacto, científico (Bentham y Austin inauguran la concepción analítica anglosajona).

El objetivo del razonamiento dogmático es fijar ciertas opiniones, apartadas de todo cuestionamiento posterior, a fin de darle operatividad a dicho pensamiento.

Por otra parte, y con apoyo en los estudios de Chaim Perelman, Viehweg sostiene que todo razonamiento — incluido el jurídico— consiste en *argumentación* y *demonstración*, y en conexión con las investigaciones de la Nueva Retórica, la argumentación jurídica ha utilizado, desde hace mucho tiempo, a la tópica, y que la demostración jurídica ha recurrido a la deducción.

Contra las críticas dirigidas a su "asistematismo" (vid. Elías Díaz, *Sociología y filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus ediciones, 1980, p. 98), implícitamente responde que debe hablarse de *sistemas con junción dogmática* y *sistemas con junción cetética*, que puedan tener, ambos, una función didáctica; el sistema cetético o de investigación requiere que toda información sea puesta en tela de juicio. Y sobre la contraposición irremediable alentada en su *opera prima* dice:

A pesar de que en nuestro campo el sistema de investigación y el sistema dogmático tienen que ser mantenidos claramente separados, existen entre ambos también relaciones funcionales recíprocas que plantean otras cuestiones. Pues es fácil percibir que un sistema jurídico-dogmático no forma y cultiva una opinión jurídica cualquiera sino que ésta tiene que ser legitimada de una manera especial (*Problemas sistémicos en la dogmática jurídica y en la investigación jurídica* [1968], p. 79).

El sistema tópico, como sistema de argumentación, está orientado hacia una *ordenación* total de problemas, mediante la recopilación de puntos de vista, de *topoi*, aplicables tanto en el campo de investigación como de la dogmática. El sistema

tópico está en permanente movimiento y sus formulaciones indican meramente los estadios progresivos de la argumentación al tratar problemas particulares, sin cerrarse a un argumento final o definitivo. Renovación dinámica y apertura son las cualidades del sistema tópico, alguna vez repudiado, como sistema, por Viehweg mismo.

En "Sobre el futuro de la filosofía del derecho como investigación básica" [1968] el autor sostiene que ese futuro reside en la construcción de una nueva ciencia del derecho orientada hacia el futuro, que no perdiera de vista sus vinculaciones con el pasado, y no restrictiva.

Antes de comentar el segundo grupo de la antología, quisiera destacar las aportaciones de Viehweg a la teoría constitucional, al considerarla la teoría fundante de la creación del derecho, erigiendo a la Constitución como la teoría material del derecho y como el marco extremo de la dogmática jurídica válido para todo pensamiento jurídico dogmático. Relacionada esa teoría de la Constitución con la teoría de la interpretación, se considera que la intención dogmática exigida en esas teorizaciones, por más difícil que signifique en la realidad, debe ser mantenida en su interpretación original mientras valga constitucionalmente, pero que, como toda dogmática está destinada a cumplir una función social, tiene que apoyarse en el esfuerzo volitivo por conservarla, considerando también que la teoría material implícita en la Constitución posee la función social de evitar que la interpretación se vuelva infinita (pp. 20, 21, 36 y 37).

La segunda parte, de índole histórica, se aboca a: **a**) localizar el origen moderno del término y significado de la filosofía del Derecho en la obra de Gustav Hugo, cofundador de la escuela histórica del derecho junto con Savigny, derivada del pensamiento kantiano, anunciadora de la aportación hegeliana y superadora de la dogmatización experimentada por el derecho racional en la última fase de la Ilustración; **p**) fijar, en el ámbito cultural europeo de mediados del siglo XIX, las influencias determinantes en la doctrina de Rudolf von Jhering dirigidas a elaborar una forma de pensamiento que se aparta de los ámbitos sociales, y **%**) analizar los modelos seguidos por la argumentación jurídica en la época moderna (de fines de la Edad Media hasta el surgimiento del positivismo jurídico, donde se estudian las posiciones de Wolff, Montesquieu, de la escuela histórica del derecho y de la jurisprudencia de los intereses).

La última parte se caracteriza por los contactos de Viehweg con las novedades surgidas a fines de los años setenta y principios de los ochenta. Trató de

justificar la teoría de la argumentación de origen aristotélico ante la emergencia de la filosofía de la ciencia, la lógica operativa, la problemática de fundamentación, la semiótica, los deberes de comunicación a cumplirse con el discurso justificante de la argumentación (ataque, defensa y pedido de explicación).

En "Sobre el desarrollo contemporáneo de la tónica jurídica", Viehweg expresa el intento de reflexionar sobre la situación pragmática, de la que procede el discurso, como *situación inicial*, a fin de volver comprensible desde ella sobre todos los demás resultados del pensamiento, de donde se derivan las formas de pensar situacionales y no situacionales, en atención a su movilidad en la situación pragmática del discurso, siendo muy común en la práctica cotidiana la primera forma, mientras la segunda (sintactizante) ofrece facilidades intelectuales:

La sintactización aislante subrayó el sistema deductivo y, manifiestamente, era adecuada para promover la axiomatización de forma tal que las, aparentemente, a situacionales matemáticas pudieron ser presentadas como un modelo imponente. Pero, en el ámbito jurídico, a diferencia de lo sucedido en el ámbito matemático desarrollado, la axiomatización que se acaba de mencionar se ha apoyado en axiomas especialmente cualificados y, la mayoría de las veces, duramente conquistados políticamente, de manera tal que justamente por ellos y por su referencia situacional uno quedó remitido a un análisis extra sintáctico, en última instancia, situacional y programático (p. 178).

Este análisis extra sintáctico se debe guiar por la *dialógica*, pues ésta formula conclusiones dentro de la situación originaria del discurso y no las separa de ella, permanece vinculada con el discurso.

Para concluir, Viehweg estima que la teoría retórica del derecho es un complemento de la teoría pura del derecho elaborada por Hans Kelsen, en el sentido de que en la búsqueda de validez formal que tiene un sistema de normas jurídicas, una de las bases de la doctrina kelseniana, en el momento de autorizarse la creación de una norma, al mismo tiempo se da la libertad de crearla, en el aspecto dinámico de la creación del derecho, y de esta manera conjurar los peligros de irracionalidad presentes en el procedimiento de creación normativa, así como precisar el lenguaje y la adaptabilidad de los *topoi* ofrecidos y pertinentes al caso concreto.

Se aprecia que en esta compilación hay nuevos elementos para evaluar un legado teórico que procuró abarcar disciplinas y preocupaciones que atacan los problemas jurídicos, desde la filosofía del derecho.