

NOTAS CRITICAS

K. LARENZ, «Metodología de la Ciencia del Derecho», segunda edición castellana, traducida por Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1980, 536 pp.

1. Es sabido que la *Methodenlehre*, de LARENZ, con ser un libro clásico y «estandarizado», como dice Dieter NÖRR, que se ha traducido a varios idiomas y ha gozado hasta el presente de una gran autoridad, es un libro que se ha venido haciendo poco a poco a lo largo de elaboraciones sucesivas, alcanzando en la tercera edición, la del año 1974, un estado casi definitivo, que el propio autor, en el *Prólogo* a la cuarta edición de 1978, considera como «un cierto punto final» de sus reflexiones, precisamente las dos ediciones que sirven de base a esta nueva versión castellana. De aquí la forma de *Epilogo* que adopta el autor para referirse a la literatura alemana de los cinco últimos años (1974-1979), y de aquí, también, el acierto y la actualidad de la segunda edición española, que ha estado a cargo del profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca, Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, quien, como buen conocedor de la materia, se ha esmerado en ofrecernos una versión exacta en la traducción y clara en la exposición, lo mismo en cuanto al fondo que a la forma. Se trata, pues, de un libro importante que nos causa sorpresa, la sorpresa de estar ante una obra a la vez conocida y nueva; un libro que, aun cuando es el mismo que conocemos, no sólo recoge el *status quaestionis* de la siempre compleja problemática metodológica, sino que nos da una versión crítica y actualizada de la misma y nos ofrece además el certero criterio del autor sobre tan discutida temática, cuya singularidad radica, a nuestro modo de ver, en una nota de sano realismo que le hace no olvidar los datos de la realidad legislativa y jurisprudencial, ni descuidar las cuestiones prácticas, que él conoce profundamente tal como se puede apreciar en sus otras obras dogmáticas y sistemáticas, relativas a la parte general y al Derecho de obligaciones.

2. En efecto, la estructura de la obra es bastante conocida; se divide en dos partes, una histórico-crítica (pp. 29-174) y otra sistemática (pp. 175-482), las cuales están dedicadas al examen crítico de la literatura preexistente y a la construcción y fundamento de la posición propia del autor. Así, la primera parte, que tiene el expresivo subtítulo de «Teoría del Derecho y Metodología en Alemania desde Savigny», se divide en cinco capítulos, igual que la edición española anterior, si bien su contenido no es exactamente el mismo, los que aparecen referidos ahora a «La Metodología de Savigny» (pp. 31-38), «La "Jurisprudencia de conceptos" del siglo XIX» (pp. 39-56), «La Teoría del Derecho y la Metodología bajo la influencia del concepto positivista de ciencia» (pp. 57-103), «La desviación del positivismo en la Filosofía del Derecho en la primera mitad del siglo XX» (pp. 104-140) y los «Empeños metodológicos actuales» (pp. 141-174), capítulo este último que hay que entender coronado por el «Epilogo a la cuarta edición» (pp. 483-514). Desde

este punto de vista formal, mayores son, con todo, las innovaciones que ofrece la segunda parte, la que comprende ahora seis capítulos: comienza con uno de índole introductoria concerniente a la «Caracterización general de la Jurisprudencia» (pp. 177-241), y los restantes tratan de «La doctrina de la norma jurídica» (pp. 242-271), «La formación y el enjuiciamiento jurídico del hecho» (pp. 272-307), «La interpretación de las leyes» (pp. 308-358), los «Métodos de desarrollo judicial del Derecho» (pp. 359-436) y, por último, «La formación del concepto y del sistema en la jurisprudencia» (pp. 437-482). Fácil es inferir de esta estructura la orientación básica y las preocupaciones metodológicas del autor, así como apreciar en la misma las variaciones sustanciales y formales que han enriquecido y hecho madurar plenamente su obra, además de las precisiones lingüísticas introducidas con acierto por el traductor, todo lo cual hace que este libro aparezca, en rigor, como una *nova species* literaria. La obra trae, en fin, una útil «Introducción» destinada a centrar y a acotar el problema metodológico en sus perfiles principales (pp. 25-28), un «Panorama bibliográfico general», actualizado al año 1979 y referido fundamentalmente a las obras aparecidas en lengua alemana (pp. 19-23), y unos «Índices» de autores y de materias muy completos, que facilitan, por cierto, el estudio y consulta de la misma (páginas 517-536).

3. Tan extenso contenido, con ramificaciones múltiples, sólo se puede resumir de forma breve si nos fijamos en los cuatro momentos que cabe advertir en la evolución de la ciencia del Derecho durante los siglos pasado y éste, los que se pueden caracterizar así: de la Jurisprudencia de conceptos al positivismo, de la Jurisprudencia de intereses a la Jurisprudencia de valoraciones, de la «tópica» a la «típica» y, por último, la hipótesis de una dogmática abierta y elástica. Veamos, de acuerdo con LARENZ, los rasgos esenciales de cada uno de ellos.

A) *De la Jurisprudencia de conceptos al positivismo.*

El punto de partida de la reflexión metodológica moderna hay que encontrarle en SAVIGNY y ello por tres razones fundamentales, a saber: de una parte, porque él acoge los planteamientos metodológicos anteriores y los examina críticamente; de otra parte, porque él sentó las bases de la ciencia jurídica moderna y, por último, porque de él arranca la época en la que todavía vivimos. Ahora bien, sabido es que entre el SAVIGNY joven de la *Methodenlehre* de 1802 y el SAVIGNY maduro del *System* de 1840 hay diferencias importantes por lo que se refiere a la concepción general del Derecho, pero nos interesa resaltar que en ambos momentos es constante el puesto central que ocupa en la ciencia jurídica el sistema de conceptos, entendido primero como el elemento «filosófico» consistente en la unidad inmanente por ella presupuesta y luego, como el conjunto de institutos jurídicos y el cuadro unitario de sus conexiones internas; de acuerdo con esto, la ciencia jurídica tiene por misión explicitar dicho sistema y el método que le es propio es el tendente a descubrir la unidad interna de tales institutos, bien por la contemplación de las relaciones de vida que cada uno implica, bien por las conexiones lógicas de los conceptos empleados

por las reglas concernientes a los mismos, sobre todo una vez puestas en vigor estas reglas. En pocas palabras, el método de la ciencia del Derecho es el método dogmático por cuanto se trata, en último análisis, de un sistema de conceptos montado sobre la base de los datos que ofrecen las reglas jurídicas vigentes, cualquiera que sea su origen consuetudinario o estatal. Así, pues, este planteamiento metodológico de SAVIGNY no supone una ruptura radical con el iusnaturalismo precedente; descuida el elemento «histórico» que la ciencia del Derecho implica con olvido de su lado fáctico, a pesar del programa romántico de 1814-1815, y, como dice LARENZ, prepara el camino a la llamada más tarde Jurisprudencia de conceptos (p. 35), cuyos exponentes más destacados son, como se sabe, PUCHTA, el primer IHERING y WINDSCHEID, por cuanto ellos conciben el sistema, no como una totalidad orgánica de sentido unitario en la variedad, sino más bien como una unidad abstracta de conceptos incardinados de forma lógica y piramidal en el mismo: a mayor nivel de abstracción menor extensión del contenido, y viceversa, conforme con la posición que corresponde a cada concepto en el sistema. He aquí, pues, la genealogía de los conceptos en la que consiste, para PUCHTA, el método propio de la ciencia del Derecho, con la consecuencia de que la dogmática no sólo es considerada como el único medio idóneo de conocimiento de las normas vigentes, dada su necesaria conexión orgánica, sino que ella misma es entendida como fuente de conocimiento de normas antes desconocidas y, por tanto, fuente de producción lógico-deductiva de nuevo Derecho. Es lo que PUCHTA entiende por *Juristenrecht*, muy próximo, también, al racionalismo del Derecho natural, el cual, junto con anticipar el formalismo jurídico, aleja a la ciencia del Derecho de la realidad. Y es, por otra parte, la idea matriz del método histórico-natural que expone IHERING en el primer volumen del *Geist*, en 1852, a pesar del lenguaje de las ciencias naturales y exactas, señaladamente de la química, que, sin rigor, emplea; en efecto, para IHERING la Jurisprudencia superior consiste en la tarea sistemática de la ciencia del Derecho la que ha de realizar tres operaciones fundamentales, a saber: descomposición, reconstrucción y combinación. Por la primera el jurista determina cuáles son los elementos lógicos o «cuerpos jurídicos» básicos que componen los institutos; por la segunda, conoce la estructura lógica de las normas jurídicas vigentes, y por la tercera, descubre nuevas normas ignoradas hasta entonces, operación por la que crece y se desarrolla no sólo la ciencia jurídica, sino incluso el Derecho mismo. La dogmática es, así, fuente de Derecho por cuanto las nuevas normas generadas por combinación de los «cuerpos jurídicos» tienen una existencia y una validez puramente lógicas, con entera independencia de la realidad legislativa y fáctica. Lo mismo hay que decir del positivismo legal racionalista de WINDSCHEID para el que el método propio de la ciencia del Derecho consiste en el análisis conceptual, en la abstracción, en la sistematización y en la «construcción» de los datos que ofrece el Derecho positivo, entendido éste tanto como un *factum* histórico cuanto como una entidad lógica. El sistema es para él, pues, la dogmática jurídica generada por el juego de los conceptos y cuya «concordancia interna» se basa exclusivamente en los elementos conceptuales comunes a las normas jurídicas vigentes y en los nexos de necesidad lógica que entre

ellas existen necesariamente, habida cuenta de la racionalidad del legislador; la ley positiva es, por consiguiente, al mismo tiempo realidad histórica y *ratio scripta*, y se sitúa en el centro de la experiencia jurídica.

Fácil es comprender la conexión estrecha que hay entre este planteamiento y el positivismo jurídico, lo mismo en su vertiente científica, representada por el pandectismo, que en su vertiente legal, representada por la dogmática que gravita en torno a la codificación; explica LARENZ que el positivismo se define ante todo como un negativismo en el sentido que rechaza, no tanto la existencia cuanto la cientificidad, de valores ajenos a los hechos y a la legalidad observable empíricamente; por otra parte, como un naturalismo por virtud del cual el Derecho existente se contrae al mundo de los fenómenos perceptibles y regidos por reglas de causalidad, lo mismo como realidad psicológica que como realidad sociológica, o bien se relega al mundo de la lógica formal; la ciencia del Derecho es, de acuerdo con esta concepción positivista, la ciencia del Derecho positivo, la que tiene tres manifestaciones principales, a saber: la teoría psicológica de BIERLING, la teoría sociológica de EHRLICH y la teoría normativista de KELSEN (páginas 59-60), aparte, añadimos nosotros, de la tradición dogmática que trabaja con los datos del Derecho positivo. Muy brevemente, digamos que el concepto genérico de Derecho se desdobra, para BIERLING, en dos elementos esenciales, la norma y el reconocimiento de la misma; la norma concebida como «expresión de un querer que espera ser realizado por otros» y el reconocimiento, como el «respeto habitual, duradero, de ciertas normas», concepción del Derecho en la que subyace, ciertamente, una orientación psicologista de acuerdo con la que el autor se declara partidario, en tema de interpretación, de la indagación de la *voluntas legislatoris*. Con todo, es de señalar que BIERLING no es coherente del todo cuando estima que el método de la ciencia del Derecho consiste en deducir principios generales por abstracción de los preceptos particulares y en intentar inferir de tales principios nuevas normas jurídicas; se trata, pues, de la elaboración dogmática de la jurisprudencia de conceptos sólo que, para descubrir los mencionados principios, se precisa una «amplia consideración de los intereses subyacentes a las normas jurídicas particulares». Asimismo, EHRLICH, que impulsó al principio la orientación irracionalista que culmina con la *Freierechtstheorie*, e incluso acuñó esta denominación en 1903, piensa diez años después que la auténtica ciencia del Derecho es la sociología jurídica, y no la dogmática, por cuanto estima que el Derecho es, en esencia, el conjunto de reglas con arreglo a las cuales se rige efectivamente el comportamiento social, de modo que la ciencia jurídica debe estudiar los hechos sociales que le sirven de base; la dogmática, en cambio, la concibe como una tecnología práctica tendente a la aplicación judicial de las «normas de decisión» al caso concreto, cuya solución específica trasciende, a su juicio, la simple derivación lógica a partir de normas jurídicas fijas; de acuerdo con esto, el método científico apropiado al Derecho es el método inductivo enderezado a la observación de los hechos y a la verificación de experiencias a través de los que éste se expresa y aparece en vigor en la sociedad. Notemos que, con ser la sociología un dato importante del que la dogmática no puede prescindir, no es más que un complemento que, por

supuesto, no agota el cometido de la ciencia del Derecho ni, menos aún, la compleja realidad del mismo. Finalmente, y por contraste con esta orientación sociológica, Kelsen reduce de forma radical la ciencia del Derecho a una ciencia que atiende exclusivamente a las normas en cuanto portadoras de juicios de deber ser, considerando metajurídica toda consideración de índole fáctica y de índole ideológica; esta ciencia, concebida así, no se ocupa, como la dogmática, de los contenidos del Derecho positivo en orden a facilitar su aplicación, sino solamente de la estructura lógica de las normas jurídicas, con total independencia del proceso histórico mediante el que han llegado a ser tales, del sistema de las normas morales, del Derecho natural y de los mencionados contenidos preceptivos. Antes bien, las normas jurídicas, que se caracterizan por ser válidas y coactivas dada su adaptación a la legitimidad formal que deriva de la llamada *Grundnorm*, son susceptibles de un conocimiento científico, según el autor, únicamente en la medida en que se encamina al análisis lógico de su estructura; la ciencia del Derecho, entendida como una verdadera «geometría de todo fenómeno jurídico», tiene por objeto la definición de los conceptos jurídicos, tiende a describir los supuestos de hecho y las consecuencias enunciadas por el legislador bajo la amenaza de sanción mediante «preceptos, permisiones y autorizaciones» y su método propio, por más que Kelsen lo niegue, es reconducible, en último término, al examen lógico de las normas jurídicas y su interpretación es prevalentemente literal. Aparte de que todo esto supone un giro radical, no siempre justificado, de los conceptos básicos del Derecho privado, tales como los de persona, derecho subjetivo, deber jurídico o negocio jurídico, y el desvanecimiento de las fronteras entre Derecho interno y Derecho internacional, Derecho público y Derecho privado y legislación, administración, jurisdicción y autonomía privada, categorías que parecen ajustadas a la realidad, adolece de defectos de coherencia lógica y reduce la ciencia del Derecho a un monismo indiferenciado y a un formalismo estéril. Con todo, el normativismo kelseniano, que considera la ciencia del Derecho como «pura constatación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas», si no quiere caer en un vano literalismo ni reducir el método jurídico al análisis lingüístico, no puede prescindir de la dogmática, lo que explica, probablemente, los escasos resultados prácticos a que hasta ahora ha llegado. Y no se puede negar que esta dogmática, referida a cada Derecho positivo en particular, es seguramente el mejor fruto del positivismo, a pesar de que padece ciertamente de los mismos defectos de conceptualismo y de abstraccionismo que ha heredado de la Jurisprudencia de conceptos tradicionales.

B) *De la Jurisprudencia de intereses a la Jurisprudencia de valoraciones.*

Es debido a estas limitaciones del positivismo legal, precisamente, que KIRCHMANN se pronunció, en su célebre conferencia de 1847, en contra de la científicidad de la Jurisprudencia, a lo que hay que añadir la inadaptación de la pandectística a las nuevas condiciones sociales y económicas generadas en Alemania por la revolución del año siguiente, lo mismo que el IHERING tardío reaccionó «en broma y en serio» en contra de estas limi-

taciones del positivismo científico apenas veinte años después, orientándose hacia lo que LARENZ llama una Jurisprudencia pragmática (p. 67). Como se sabe, el autor denuncia en el cuarto volumen del *Geist*, publicado en 1864, por inmadura y acrítica la pretensión de inmutabilidad de los conceptos y de las normas jurídicas, así como por irreal la idea de que estas últimas adquieran vigencia por simple necesidad lógica, tal como lo había postulado, según vimos, en su programa anterior; por el contrario, entiende ahora que la ciencia del Derecho tiene por principal misión descubrir los «motivos psicológicos y prácticos, éticos e históricos» que generan a las normas y desvelar la «conveniencia práctica» que está tras la elaboración dogmática; sin mucho rigor, afirma, en su obra de 1877, que el motivo creador del Derecho es el fin, pero no una finalidad genérica e inmanente al mismo, sino los fines prácticos perseguidos de forma concreta por cada norma jurídica en particular, cuyo conjunto «tiene como fin el aseguramiento de las condiciones de vida de la sociedad». Con arreglo a este «darwinismo», como dice WIEACKER, estima IHERING, en último término, que el Derecho es la ley positiva impuesta por el legislador estatal, que el legislador crea unas normas jurídicas determinadas y no otras por desempeñar las vigentes la función histórica de ser útiles a la vida social y que toda norma tiene una motivación concreta que la impulsa y una finalidad práctica que satisfacer; el método idóneo a la ciencia del Derecho consiste, de acuerdo con esto, en el examen de las aludidas motivación y finalidad. He aquí insinuado con relativa nitidez el punto de partida de la Jurisprudencia de intereses que propusieron HECK y STOLL, principalmente, a comienzos de este siglo. Considera HECK equivocado el planteamiento metodológico tradicional que concibe, según él entiende, a la dogmática como un sistema cerrado de conceptos jurídicos destinado a que el juez lleve a cabo la subsunción lógica de la situación de hecho bajo tales conceptos, esto es, lo que denomina la Jurisprudencia de conceptos; antes bien, estima que la ciencia del Derecho es una ciencia práctica enderezada a facilitar la resolución correcta de cada caso concreto, cuya corrección depende de la «satisfacción de las necesidades de la vida, de las apetencias y tendencias apetitivas, tanto materiales como ideales, existentes en la comunidad jurídica» o, en una palabra, de los intereses. Puesto que el Derecho es, para el autor, un medio de «protección de intereses», los preceptos legales no sólo los delimitan, sino que son ellos mismos producto de tales intereses, y el método jurídico apropiado es el que se dirige a «conocer, con exactitud histórica, los intereses legales que han ocasionado la ley, y a tener en cuenta los intereses conocidos para la resolución del caso»; su objeto es, por tanto, la investigación de los factores causales que han motivado la ley, una teoría genética de los intereses que se resuelve, a nuestro modo de ver, en una especie de sociología de la *ocasio legis*. Por otra parte, al lado de los conceptos dogmáticos, existen los que HECK llama conceptos de intereses por estar orientados a la investigación de los mismos, contraste del que se deriva la contraposición de sistema externo y sistema interno; mientras el primero importa para la exposición clara y la subsunción segura y resulta de la primera clase de conceptos, el segundo, en cambio, tiene lugar por la conexión lógica objetiva de las soluciones ha-

lladas mediante la investigación de los intereses a través de la segunda clase de conceptos y ofrece un catálogo de soluciones concernientes a determinados conflictos de intereses. Esto es así, según el autor, porque el Derecho descansa en un sistema de normas concebido como un sistema de criterios generales dirigido, asimismo, a la resolución de conflictos de intereses, con lo que apunta la idea, que explicita STOLL más tarde, de que el legislador, al delimitar los intereses, lleva a cabo una selección y valoración de los mismos de manera tal que toda norma jurídica contiene, según dice este último, «mediatamente un juicio de valor sobre los antagonismos de intereses a ella subyacentes», y supone, por tanto, una valoración, al menos, de la realidad. Interesa destacar esto último por cuanto, aunque la Jurisprudencia de intereses está anclada todavía, como dice LARENZ, en el concepto positivista de la ciencia, representa por ello un paso importante en orden a la superación del positivismo jurídico, lo mismo científico que legal, paso que resulta de la hegemonía alcanzada en el campo de la Filosofía del Derecho de la primera mitad de este siglo por poderosas escuelas antipositivistas, a saber: la fusión de Derecho natural e historia propuesta por STAMMLER, el neokantismo y la teoría de los valores de la escuela sudoccidental de Alemania, el neohegelismo de BINDER y SCHÖNFELD y la teoría fenomenológica del Derecho. Bien advierte el propio LARENZ a este respecto que, a pesar de la gran diversidad y antagonismos que hay entre estas escuelas, lo cierto es que todas ellas ponen de relieve la insuficiencia del positivismo para dar cuenta de las ciencias del espíritu a las que pertenece el Derecho, el que participa en su existencia histórica de la naturaleza peculiar de los valores (pp. 73 y 140).

Con lo que entramos en el terreno difícil de las orientaciones metodológicas actuales. Tenemos, ante todo, la Jurisprudencia de valoraciones, en la que cabe distinguir dos etapas, una ligada a la jurisprudencia de intereses y otra totalmente independiente de la misma. En efecto, es sabido que WESTHERMANN inicia el giro de los intereses a los valores al observar que la resolución del conflicto de intereses e incluso el concepto de interés mismo, presupone la existencia de una pauta legal de valoración, la que vincula al juez de cara a interpretar y aplicar la ley al caso concreto, pauta legal de valoración con arreglo a la que éste debe resolver, en definitiva, el conflicto de intereses que cada caso implica; completamente independiente es, en cambio, la concepción de COING, según la cual toda norma jurídica, por el simple hecho de enlazar supuesto de hecho y consecuencia jurídica, es portadora en sí misma de un juicio de valor y, cualquiera que sea la motivación política, tal juicio de valor está enderezado a asegurar la paz dentro de una comunidad jurídica. Así, pues, la ciencia del Derecho debe ocuparse, además de la ley vigente, de los criterios extralegales de valoración, los cuales, para ZIPELIUS, están plasmados en los derechos fundamentales que contempla la Constitución; para ESSER consisten en los principios y *standards* prepositivos que actúan con eficacia en el sistema jurídico; para KAUFMANN, en fin, se materializan en la naturaleza de la cosa en cuanto *tertium genus* entre ser y deber ser. Como indica WIEACKER, en su conocido estudio sobre el par. 242, BGB, tales criterios admiten el orden de prelación siguiente: valoraciones expresas del

órgano constituyente; *standards* sobre los que existe consenso entre los juristas; principios configurados por el arbitrio judicial; naturaleza de la cosa; doctrina científica acreditada y, por último, el *usus fori*. Por lo que respecta al método, esta orientación exige que el jurista al interpretar y aplicar las normas legales y extralegales «elabore —según dice COING—, en cuanto sea posible, el significado de la norma con métodos racionales»; de aquí se deriva, como es evidente, un nexo de compatibilidad sustancial entre la Jurisprudencia de valoraciones y la dogmática, que el propio LARENZ se encarga de resaltar (pp. 166 y ss. y 203 y ss.).

C) De la «tópica» a la «típica».

En esta misma línea de independencia frente a la ley en vigor se sitúan las investigaciones de VIEHWEG, de KRIELE y las llevadas a cabo en tema de hermenéutica; a su lado hay que colocar a los autores atentos al problema de la seguridad jurídica y a los orientados a la justicia del caso concreto. Y, como reacción de la dogmática, a la importante tendencia que propende a la sustitución del concepto abstracto como componente principal del sistema por el «tipo» y otras formas de pensamiento que se distinguen por la nota de elasticidad. Por eso hemos caracterizado este momento, que corresponde a la última literatura alemana sobre la materia, por la evolución que se advierte en ella de la «tópica» a la «típica».

Así, recordemos muy brevemente que VIEHWEG ha puesto de relieve, como es bien sabido entre nosotros, la importancia de la «tópica» en cuanto modo de pensar propio de la ciencia del Derecho. Conforme con la retórica aristotélica y ciceroniana, entiende por «tópica» un procedimiento especial para la discusión de problemas que se caracteriza por el uso de puntos de vista, planteamientos y argumentos generales considerados comúnmente aceptables, esto es, *topoi* o lugares conocidos o comunes, cuya funcionalidad para resolver determinado caso concreto viene fijada, no por su encuadre en un sistema lógico-deductivo, sino por el problema en que esté inmerso o por el círculo de problemas con que se conecte «tópicamente», y no sólo racionalmente como hace, según el autor, el pensar axiomático; afirma, entre otras cosas, además, que existe una «tópica» de grado inferior en la que los *topoi* son seleccionados libremente en función del problema, mientras que hay otra de grado superior en la que están prefijados los catálogos tópicos que parecen ajustados a ciertos problemas. A esta última clase pertenecen los *topoi* jurídicos, los que son, para el autor, ilimitados y de naturaleza diversa, a saber: ideas generales prejurídicas; conceptos técnicos y principios ético-jurídicos. Con toda razón advierte LARENZ que no es claro del todo lo que VIEHWEG entiende por *topoi* propios del Derecho, con lo que esta posición corre el riesgo grave de simplificar la realidad jurídica al reconducir a tal categoría sus más dispares manifestaciones (pp. 154 y 155); con todo, notemos que, dando la «tópica» superior supone la existencia de una matriz preestablecida de problemas interconexos, no es totalmente ajena a la idea de sistema, y de aquí que no exista, en el fondo, una oposición insuperable entre el pensamiento pro-

blemático postulado por la «tópica» y el pensamiento sistemático que mantiene la dogmática, sobre todo si el sistema se piensa, según veremos en seguida, como un sistema elástico. Compatible con esta orientación es también el método jurídico-racional que propone KRIELE con la finalidad explícita de arrojar alguna luz sobre el oscuro juego de los *topoi*, método que pretende ser una técnica de justificación racional de las decisiones legislativas y judiciales y que consiste en la discusión y predicción de las consecuencias, de la relevancia y de la justificación de tales decisiones, factores que dependen, en último término, de los que el autor llama intereses fundamentales, los cuales, en rigor, o quedan en la penumbra o se identifican con los que sanciona la Constitución. En realidad, poco es lo que aclara esta postura y nada nuevo lo que añade KRIELE, en el fondo, en el *Epílogo* a la edición de su obra del año 1976, si bien está en línea con una serie de aportaciones recientes a la teoría de la argumentación jurídica que, como informa LARENZ en su propio *Epílogo*, PODLECH parece referir al empleo de modelos matemáticos; STRUCK, a los modelos de la argumentación vulgar; CLEMENS, a los juicios de valor, y ALEXV, por último, a un discurso racional que asegure la moralidad del que aplica el Derecho por medio de su vinculación a la ley, al precedente y a la «dogmática elaborada por la ciencia del Derecho institucionalmente cultivada». En fin, digamos que después de los trabajos de BETTI y de GADAMER, principalmente, sobre hermenéutica, que arrancan de las tesis de HEIDEGGER acerca de la interpretación, parece seguro que la ciencia del Derecho es, como dice LARENZ, una ciencia «comprensiva», esto es, una ciencia que no agota su cometido con la mera explicación del sentido, sino que trasciende a la comprensión de los textos a través de los cuales el Derecho se expresa en la realidad, a saber: leyes, costumbres, resoluciones judiciales y administrativas, actos jurídicos y proposiciones de la doctrina. Su método propio es la hermenéutica que le permite dar el paso circular entre el preconcepto y el concepto, entre la precomprensión y la comprensión, a través de un proceso cuya especificidad radica en no ser únicamente lógico, sino en implicar, en última instancia, la existencia de una opción, una decisión del intérprete, en orden a seleccionar una entre diversas interpretaciones y en función de ciertos elementos o datos «hermenéuticamente relevantes» según las circunstancias; de acuerdo con esto, la ciencia del Derecho es a la vez normativa y jurisprudencial, cuya científicidad está asegurada por la problematización necesaria que supone la aplicación, por sí misma, del texto de que se trate (pp. 192 y ss.). Esta posición se sitúa en la misma línea que examinamos, pues, como explica el propio LARENZ, la interpretación jurídica, concebida así, trasciende la subsunción lógica de las normas predicada por la vieja Jurisprudencia de conceptos, de modo que el resultado va siempre algo más allá de lo que estaba decidido de antemano en el texto interpretado, y cuyo sentido se explicita por aproximaciones sucesivas al concretizarse en la aplicación de manera tal que, cada vez que es aplicado, se produce una ampliación de su contenido (p. 167). Una orientación similar revela, a nuestro modo de ver, la obra monumental de FIKENTSCHER, quien ha llevado a cabo una grandiosa historia universal de la metodología comparada y llega a la conclusión de que lo decisivo es,

lo mismo en el sistema continental que en el angloamericano, lo que llama la «norma del caso», esto es, la regla aplicable de forma directa y sin más operaciones hermenéuticas a la resolución de un caso dado, la que el juzgador halla bien en los preceptos legales vigentes, bien en la *ratio decidendi* de casos anteriores, y en la que subsume el supuesto actual por simple derivación lógica. La regla subsumible es, para el autor, el Derecho verdadero, de modo que la ley o los precedentes no son otra cosa que pautas dirigidas al juez para asegurar la uniformidad en la resolución de los casos. A pesar de lo original que resulta este planteamiento en el cuadro del Derecho codificado, bien advierte LARENZ que, desde el punto de vista de la metodología de la ciencia del Derecho, mantiene la idea clásica según la cual el proceso de aplicación de la norma al caso, cualquier que sea su procedencia, legal o jurisprudencial, es reconducible, en último extremo, a la subsunción lógica (p. 487). Esto implica, de algún modo, una especie de retorno a la dogmática tradicional, al que propende, desde una óptica de índole sociológica, el nuevo *Juristenrecht* que propicia JERUSALEM en orden a evitar la descomposición de la ciencia jurídica en un mero casuismo que, desligado tanto de la ley como del precedente, corre el riesgo de desarticular el sistema y de disolver los conceptos; tradición y dogmática son, para el autor, sinónimos, y el método propio de la ciencia del Derecho, aunque no lo dice de forma expresa, la vieja Jurisprudencia de conceptos. Y es que los métodos de obtención del Derecho independientes de la ley producen, a su juicio, inseguridad jurídica. En contra de tales métodos ha reaccionado HAVERKATE en un libro reciente que titula, significativamente, *Pérdidas de seguridad en el pensamiento jurídico*, y en el que postula, como exigencia imprescindible del Estado de Derecho, la vinculación de la ley ordinaria a la Constitución, y del juez a la ley, vinculación escalonada que, sin embargo, no consiste en puras operaciones lógicas ni se rige exclusivamente por las reglas de la lógica formal, sino que, como expresa BADURA, «significa poner en vigor la función de la ley jurídico-constitucionalmente prevista con los medios de la argumentación y fundamentación jurídicas al tratar de hallar una resolución justa»; el método jurídico no es, pues, para el autor, el método deductivo, sino el encaminado a la indagación de las «valoraciones cognoscibles del legislador en la resolución concreta», con lo que la postura de HAVERKATE se aproxima a la Jurisprudencia de valoración, como lo pone de relieve el propio LARENZ (p. 499). El tema se ha discutido, sobre todo, en torno a la interpretación del texto constitucional, acerca de la que se ha publicado en 1976 un importante *reader* a cargo de DREIER y SCHWEGMANN. Así, en contra de un sistema extralegal de valoraciones y de la hermenéutica comprensiva, se inclina FORSTHOFF, quien, aun a costa de parecer positivista, afirma que la Constitución, si se quiere tomar en serio, se debe interpretar con arreglo a los cánones interpretativos expuestos por SAVIGNY, puesto que la lógica formal que es inherente a tales reglas desempeña, a su juicio, la doble función de asegurar la vinculación del juez a la ley y de evitar la disolución del texto constitucional en pura casuística. Asimismo, MÜLLER se opone a la aplicación del modo de pensar «tópico» a la Constitución por cuanto frente a ella, por su propia naturaleza de ley fundamental y «habida cuenta

de sus crecientes exigencias de vinculabilidad —dice—, hay que aferrarse al primado de la norma concretizable», «norma de decisión» semejante a la «norma del caso», que los juristas prácticos buscan con arreglo a una metódica jurídica efectivamente aplicada; para el autor, esta metódica jurídica asegura en gran medida que se verifique el principio constitucional de igualdad al par que no se contrae al juego lógico, sino que tiene y debè tener en cuenta las estructuras objetivas del «sector normativo» a que la «norma de decisión», por su *sedes materiae*, pertenece. Hay aquí, pues, una línea que aboga por una revalorización matizada de la idea de sistema.

Importante matización en este sentido es la orientación que, por relación con el cálculo de «tipos» a que se refiere LOMBARDI a propósito de los juristas romanos, hemos llamado «típica», o mejor tipológica, la cual, iniciada hace cerca de veinte años por H. J. WOLFF y ENGISCH, constituye una de las posturas personales que mantiene, y defiende con gran rigor, el propio LARENZ. Muy esquemáticamente, afirma el autor que la ciencia del Derecho tiene por cometido principal, junto a la construcción del sistema externo formado por conceptos abstractos, al revelar y descubrir el sistema interno que concibe como la «unidad valorativa interna del orden jurídico» y que, en línea con la tesis hegeliana acerca de los conceptos concretos, se compone, a su juicio, de formas de pensamiento que giran en torno a la idea de «tipo», a saber: «tipos» y series de «tipos», ideas directivas o principios precisados de concretización y conceptos determinados por la función, todos los cuales se caracterizan por la nota de movilidad. Los «tipos» que admiten varias clasificaciones, consisten en la acumulación de características afines o distintivas que definen, sin fijeza, una determinada situación, lo mismo empírica que normativa; en el campo del Derecho positivo, los «tipos» más usados son los «tipos» medios o de frecuencia, tales como, por ejemplo, los *standars* de diligencia media o de las buenas costumbres; los «tipos-figura» en los que concurren elementos fácticos y normativos, como puede ser la categoría de poseedor de bienes muebles, y los «tipos-figura normativos» o «tipos jurídicos estructurales», cuyo mejor exponente son los contratos nominados. Así como la variación de los elementos caracterizadores de estos últimos dibujan una figura diferente, así también cabe la formación de «tipos» mixtos o de transición en el campo de la ciencia del Derecho, los que configuran las que el autor denomina «series de tipos»; su importancia metodológica radica en que ponen de relieve las conexiones internas que subyacen a determinados sectores de la regulación en vigor. Al lado de los «tipos» integran el sistema interno, según LARENZ, las ideas jurídicas materiales o principios directivos cuya estructura y función entiende, de acuerdo fundamentalmente con ESSER, en términos muy similares a los que ha difundido DE LOS MOZOS entre nosotros. En fin, resalta el autor el papel destacado que corresponde en la formación de dicho sistema a los conceptos determinados por la función, categoría que representa perfectamente la noción de negocio jurídico imperante, según la cual éste se define por la función de ser una manifestación de la autonomía privada enderezada a la autorregulación de los intereses (pp. 439 y ss.). Como decíamos, se advierte aquí fácilmente una reacción vigorosa de la vieja escuela sistemática, lo mismo frente a la crítica

de abstraccionismo lógico que al olvido del casuismo de la realidad, por cuanto el sistema interno que resulta de las aludidas formas de pensamiento tipológico es a un tiempo un sistema valorativo, concreto y adaptable, que el autor caracteriza, *grosso modo*, por ser abierto y fragmentario.

D) *La hipótesis de una dogmática elástica.*

Así, pues, el momento metodológico actual se puede caracterizar por el diálogo entre sistema y problema, el cual es fruto del contacto mutuamente enriquecedor que la literatura alemana ha mantenido en los últimos años con el *common law system*, y del que se deriva la orientación hacia una nueva dogmática que, por contraste con la Jurisprudencia de conceptos, cabe calificar de elástica. Se trata, ante todo, de un sistema que, como ha demostrado ENGISCH, no es axiomático ni puramente deductivo, sino de un sistema de principios jurídicos directivos que se sirve de determinados conceptos y de criterios de clasificación sin pretender una validez general o total y que está condicionado por el cuadro unitario de las relaciones normativas y teleológicas que subyace al Derecho positivo mismo; de modo que la tarea de la ciencia del Derecho consiste, de acuerdo con esto, en explicitar el sistema unitario que está implícito en él. Asimismo, ESSER, inclinado hacia el pensamiento problemático, no tanto por la «tópica» cuanto por influjo del *case-law*, se muestra partidario de un sistema abierto, por referencia a un Derecho casuístico, y en el que culmina el ciclo productivo de la ciencia del Derecho cuyos pasos principales son: el descubrimiento de problemas, la formación de principios y la consolidación del sistema; pero tal sistema se compone, para el autor, de principios y de conceptos, entendidos en un sentido particular, a saber: principios que aparecen como criterios generales en orden a la resolución de casos problemáticos, que son de naturaleza provisional y no pretenden resolver todos los casos por simple derivación lógica y conceptos que, sin ser abstractos ni rígidos, requieren ser completados en sede de aplicación judicial y sirven de criterios de valoración para la resolución de casos concretos. En esta misma dirección, COING postula una integración de valoración y problema en el sistema, que concibe también como un sistema provisional e inacabado en el que se plasma una síntesis del conocimiento alcanzado y del que predica fundamentalmente dos funciones: la organización de los principios jurídicos y de las estructuras objetivas conocidas y la de ser origen de «nuevos conocimientos sobre conexiones existentes que sólo el sistema pone en claro y, de este modo, es base de ulterior desarrollo del Derecho». Por su parte, CANARIS, que ha profundizado en la noción genérica de sistema, estima que el sistema apropiado al Derecho, que parte de la idea básica y común de unidad y de orden, se desdobra en un sistema externo, formado por conceptos de índole lógica, y en un sistema interno, compuesto por principios valorativos de naturaleza, por lo tanto, axiológica y teleológica. Para el autor, este último es un sistema abierto que se desarrolla a través de concretizaciones sucesivas y da lugar a nuevos principios de valoración; un sistema, pues, que es a la vez histórico y dinámico. Un planteamiento similar expone el propio LARENZ, quien

entiende que, mientras el sistema externo está formado por conceptos abstractos, el sistema interno, en cambio, se integra por las distintas formas del pensamiento tipológico, pues cada una de ellas origina, como sabemos, categorías móviles; pone de relieve el autor que el primero se rige por las reglas lógicas de la abstracción y de la subordinación piramidal de los conceptos y se dirige a la subsunción y a la clasificación de la fenomenología jurídica, pero necesariamente tiende a vaciarse de contenido, mientras que el segundo, por ser de carácter abierto y fragmentario, participa de la historicidad que es propia del Derecho (pp. 437 y ss. y 478-482). Vemos, pues, que hay aquí un retorno a la dogmática, pero a una dogmática renovada, de tipo abierto y elástico. En efecto, de todas las ciencias que se ocupan del Derecho, es la Jurisprudencia la que trabaja con métodos propiamente jurídicos, a la que corresponden una posición privilegiada, porque no sólo trata los problemas generales del Derecho, sino que su misión primordial la orienta hacia el campo de la *praxis*; es una ciencia de naturaleza comprensiva o interpretativa al par que valorativa, ya que está enderezada a revelar el sentido de las normas y es reconducible, en último extremo, a la dogmática jurídica, por cuanto ésta cumple o debe cumplir la función, precisa y exacta, de ser la instancia de mediación lo mismo entre la ciencia y la realidad que entre las normas en vigor y la práctica del Derecho; entendida así, la dogmática es, pues, la síntesis de sistema externo y de sistema interno, y de aquí se derivan, respectivamente su perdurabilidad y su elasticidad.

4. De cuanto hemos expuesto, que da una idea tan sólo aproximada del contenido rico y múltiple del libro de LARENZ, queda en claro que se trata de una obra importante. Importante no sólo para la teoría general del Derecho, sino para las distintas disciplinas que se ocupan del mismo y, en particular, para el Derecho civil; no en vano tanto el autor como el catedrático de Derecho civil Mariano ALONSO PÉREZ, que ha asesorado al traductor en la traslación de los conceptos técnicos, son unos consumados especialistas. E importante, en fin, no sólo para el círculo de estudiosos preocupados de los problemas metodológicos, sino sobre todo para los juristas prácticos a quienes se debe dirigir, en último término, toda reflexión de esta naturaleza.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA,
Profesor Adjunto de Derecho civil