

Contribución de la «Wertungsjurisprudenz» a la ciencia del Derecho y a su metodología

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I. *Las líneas fundamentales de la Wertungsjurisprudenz y la confluencia en ella de diversas corrientes superadoras del positivismo:* a) Su relacionismo valorativo. b) Los principios supra legales. c) La «*Natur der Sache*».—II. *Otros elementos instrumentales aportados a la ciencia del derecho por la Wertungsjurisprudenz:* a) El concepto general-concreto. b) La noción de «tipo» y el consecuente razonamiento tipológico. c) Las pautas de valor. d) Las estructuras lógico-reales. e) La concreción jurídica. f) Las nociones de «precomprensión» y de «círculo hermenéutico».

I. LAS LÍNEAS FUNDAMENTALES DE LA WERTUNGSJURISPRUDENZ Y LA CONFLUENCIA EN ELLA DE DIVERSAS CORRIENTES SUPERADORAS DEL POSITIVISMO

Hacia la jurisprudencia valorativa confluyeron la jurisprudencia de intereses, una vez llegada a su fase valorativa suprapositiva con Westermann y Rudolf Reinhardt, y el neokantismo alemán sudoccidental, impulsado por Radbruch a la superación del positivismo jurídico, a la que llegaría plenamente con H. Coing. Después se vería enriquecida por la fenomenología y recibiría influjos del existencialismo moderado, con las aportaciones de Werner Maihoffer, y, desde la hermenéutica, la de Hans Georg Gadamer. A su vez, Karl Larenz trajo a la corriente principal, su neohegelianismo, a su vez enriquecido por éstas y otras influencias.

Este último autor, en su estudio publicado el año 1959 en la *Revista de Derecho Privado*, centró el tránsito de la jurisprudencia de intereses a jurisprudencia valorativa en un giro dado, a la vez,

hacia la naturaleza de las cosas y los principios supraleales de derecho ¹.

De buen comienzo, en ese estudio, Larenz advierte: «En la perspectiva de la jurisprudencia de intereses transformada en jurisprudencia de valoración, aparece el derecho como resultado de una *valoración*, llevada a cabo conscientemente por el legislador, de los “intereses” que se le dan en la realidad social, es decir, pretensiones y aspiraciones, basándose en criterios de valor, que toma la conciencia de apreciación de su época, del ordenamiento valorativo que ha llegado a ser histórico, real, en nuestra cultura y, según algunos, también del derecho natural. A este respecto, los criterios de valor aparecen, en principio, completamente extraños y opuestos a las realidades sociales que deben valorar. Estas realidades, según se opina, pertenecen exclusivamente al mundo de los impulsos humanos, aún desordenados, no vencidos por el espíritu, es decir, pertenecen al ámbito de los fenómenos naturales, mientras que aquéllos, los criterios de valoración, proceden del imperio autónomo del espíritu. El hombre, que está en el punto medio de ambos mundos, es requerido para estructurar, en vista de aquellos valores, el mundo empírico de las realidades efectivas, al que pertenecen, también, sus propios impulsos y pasiones, en cuanto son “naturaleza”. Fácil es de ver que en este razonamiento se contiene en el dualismo neokantiano de “valor” y “realidad”, o del “deber” y del “ser”. Pero hay, además, otro punto de vista que ha hallado una expresión filosófica tanto en el “idealismo objetivo” de Hegel como en la ontología. Según este criterio, el ser, también el ser de naturaleza, se esfuerza por hacer posible la realización de los valores; el ser, hasta cierto punto, tiene sentido en sí mismo e interesa interpretarlo en éste su oculto sentido para traerlo a discusión. Esto puede afirmarse especialmente para las relaciones humanas permanentes o duraderas, como matrimonio o familia, Estado y también propiedad o contrato, las cuales no son creadas arbitrariamente por el hombre, sino que son ordenaciones trazadas, al mismo tiempo, en sus aspectos natural y espiritual de su naturaleza, de las cuales necesita el hombre para cumplir su destino. En particular, empero, son variables en su estructuración y dejan, por ello, amplio espacio a la decisión valorativa del legislador y del juez; pero sus rasgos fundamentales son anteriores a toda estructuración legal y no son inventados por el legislador, sino encontrados ya hechos».

La expresión jurídica que da a entender la ordenación ya establecida con pleno sentido en el ser social es la “naturaleza de la cosa”. Por ello, no es de extrañar que la ciencia jurídica alemana

¹ K. LARENZ, «Tendencias metodológicas en la ciencia jusprivatística actual», 3, *R. D. P.* XLIII, 1953, pp. 372-375.

actual, que se ha apartado del positivismo, dedique gran atención a este concepto». Aquí cita el concurso, en este sentido, de Radbruch, Coing, de él mismo, de Strastenwert y de los existencialismos moderados Maihoffer y Fechner.

Larenz destaca ² que, «dentro del amplio marco que comprende la naturaleza de la cosa destacan los valores reconocidos en cada caso y su jerarquía en la conciencia de la época».

«De ahí, que la “naturaleza de la cosa” necesite el complemento de los expresados criterios de ordenación y principios de valoración, en los que precisamente halla expresión la jerarquía de los valores de cada época o también una ordenación jerárquica intertemporal. Tales “principios” no son normas jurídicas directamente aplicables bajo las que pueden “subsumirse” concretas relaciones de hecho, sino ideas rectoras, líneas directrices o “máximas” que, a su vez, necesitan una concreción, bien mediante la norma jurídica positiva, bien mediante la decisión judicial del caso».

Precisamente, la *Wertungsjurisprudenz* se orientó hacia el logro de una decisión judicial de cada caso concreto –y ésta es otra de sus características fundamentales–, que sea «una resolución justa del caso». Orientación que tiene antecedentes en Stammeler, y a la que habían tendido Esser ³, éste muy decididamente, Engisch ⁴, con diversos matices, Kriele y el propio Larenz ⁵.

La jurisprudencia alemana fue avanzando hacia ello, como ha explicado Larenz, del siguiente modo ⁶: «Con el reconocimiento de criterios de valor supralegales, de la “naturaleza de la cosa” y de los principios jurídicos que se anteponen a la ley, se ha alejado notablemente la ciencia jusprivatista alemana de la orientación positivista que le era propia en las primeras décadas de nuestro siglo y de su primitivo y estrecho apoyo en la ley. Junto al derecho de la ley, se hace cada vez más importante el derecho desarrollado por la jurisprudencia. En un principio la ciencia jusprivatista orientó su tarea casi solamente en ser fiel intérprete del texto legal hasta donde históricamente era posible; pero actualmente, ha sobrepasado [decía en 1968] hace ya tiempo el cometido de cubrir las lagunas legales a tenor de los principios contenidos en la ley misma y se sirve ampliamente de una argumentación que recurre a crite-

² *Ibid.*, pp. 374 y s.

³ Cfr. mi «Metodología de la ciencia del Derecho», vol. II, «Parte sistemática», 272, A, Madrid, Editorial Centro Cultural Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1996, pp. 1429 y ss.

⁴ *Ibid.*, 272, B, pp. 1431-1438.

⁵ *Ibid.*, 142, b, 1.º, pp. 741 y s.; y, respecto las discrepancias entre LARENZ y KRIELE, «Perspectiva histórica», 322, b, Madrid, Ed. Centro Cultural Ramón Areces, 1994, pp. 1230 y s.

⁶ LARENZ, *Tendencias*, 3, p. 375.

rios extralegales, como la “naturaleza de la cosa” y principios de derecho de orden superior a los del derecho positivo. De esta forma, presta una valiosa contribución no sólo a un profundo conocimiento del derecho, sino también a su desarrollo ajustado a los hechos. La legitimación metodológica de este proceder se deriva: en parte, de los principios de una jurisprudencia de intereses transformada en jurisprudencia de valoración; en parte, según Esser, de un examen más profundo del proceso creador de la jurisprudencia, y, en parte de la nueva remisión a la “naturaleza de las cosas” y al derecho natural».

Vemos, pues, que esta tendencia a una resolución justa del caso utilizando criterios extrapositivos de valoración –según Larenz–, la *Wertungsjurisprudenz* –como indica su propio nombre de *jurisprudencia de valoración*– la centra en *principios supralegales* y en la *naturaleza de la cosa* (*Natur der Sache*). Nociones básicas, que –aun cuando las hemos examinado ya en la *Metodología de la determinación del derecho*– conviene repasarlas panorámicamente.

a) La *valoración* a la que atiende la *Wertungsjurisprudenz* es diferente de la contemplada por el neokantismo, incluso en el trialismo al que llegó Radbruch. Sólo se alcanzaría paulatinamente: en un primer paso, con su superación por Coing; en un segundo paso, por influjo directo de la propia fenomenología de Husserl, Scheler y Hartmann, y, finalmente, en un tercer paso, por la superación del idealismo de éstos por el existencialismo moderado.

En cuanto a este último paso, es sabido ⁷, pero conviene recordarlo, que Heidegger fue discípulo de Husserl, con cuya última posición enlazó su perspectiva existencialista. En esta misma perspectiva, Hans Welzel, en su crítica efectuada el año 1935 al neokantismo alemán sudoccidental –en el cual seguía Radbruch–, afirmó que la ciencia del derecho es «una captación de la estructura esencial inmanente y objetiva de los objetos», de la «estructura óptica de la realidad», y que «existen determinados datos fundamentales ontológicos a los que se halla vinculada toda valoración imaginable y a la que fijan límites seguros» ⁸.

Posteriormente Welzel, en su obra aquí más seguida, comienza por reconocer ⁹ que la ética material de Max Scheler y Nicolai

⁷ Cfr. «Parte sistemática», 102 bis, pp. 527 *in fine* y s. en rel. con 94, pp. 482 *in fine* y s.

⁸ Hans WELZEL, «Naturalismus und Wertphilosophie in Strafrecht» y «Naturrecht und material Gerichtigkeit», 197, citado por LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, IV, 4, traducción al castellano de la edición original definitiva (1979), Barcelona, Ariel, 1980, pp. 133 y ss., y por WIEACKER, *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, 21, nota 11, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 376 y 30, nota 32, p. 534.

⁹ WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, 4, cfr. en castellano, Madrid, Aguilar, pp. 234 y ss.

Hartmann había realizado un «esfuerzo decidido para la reconquista de una esfera axiológica material absoluta»; pero no había alcanzado a resolver la determinación de las relaciones jerárquicas entre los valores, por una dificultad «no sólo de naturaleza gnoseológica sino de principio», cumpliéndose así en la ética de Scheler y Hartmann «el destino que se hizo evidente en Platón y en Leibniz, y que alcanza a toda la teoría axiológica idealista: no hay ninguna ley de preferencia que permita, partiendo de valores generales *a priori*, extraer idealmente la recta decisión para el aquí y ahora de la situación real». A su juicio ¹⁰, para buscar la solución valorativa ésta se debe encaminar por la filosofía existencial pero sobrepasando su radical individualismo, considerando que, independientemente de «toda polémica y toda duda en torno a los problemas axiológicos materiales existen ciertos datos ontológicos fundamentales, a los que se halla vinculada toda posible valoración, y que, por ello señalan a éste límites muy precisos», que marcan no sólo las leyes de naturaleza física sino también «determinadas estructuras lógicas», por ejemplo la «estructura ontológica de la acción», que debe preceder a toda valoración y regulación. Por ello, concluye ¹¹ que «es preciso una “superación” del positivismo» mediante la «elaboración de aquellas estructuras objetivas lógicas, insertas en la materia jurídica y preliminares a toda regulación positiva».

Helmut Coing ¹² va por otro camino. Entiende que la idea del derecho es «la suma de los contenidos morales (valores) que están esencialmente ligados al desarrollo del derecho. En el centro se encuentran: la justicia y la dignidad personal del hombre. La justicia nos remite a la naturaleza de la cosa. De ese modo penetra en el orden del ser –en la medida cognoscible por el hombre–, la idea del derecho».

Y Heinrich Henkel –que, entre otros autores, cita a Hartmann y a Welzel–, advierte ¹³: «El hombre, en su comportamiento, no reacciona subsumiendo en valores o ideas abstractas (fidelidad, buena fe, bondad) y siendo dirigido, así, causalmente, sino que lo hace de tal manera que, en base a la resolución valorativa y desvalorativa y sobre el orden jerárquico de los valores; a través de estas decisiones –y en tanto esté dentro de las posibilidades de su comportamiento– orienta su actuación, mediante la elección valorativa a fines».

¹⁰ *Ibid.*, pp. 249 y ss. y 254 y ss. y 258 y s.

¹¹ *Ibid.*, p. 260.

¹² Helmut COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Parte segunda, cap. V, IV; cfr. en castellano, Barcelona, Ariel, 1961, p. 158.

¹³ Heinrich HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie* (1964), 22, III, 3, d; cfr. traducido al castellano, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1968, p. 407.

Así, fundamenta el «relacionismo valorativo», que considera un relacionismo «objetivo», entendiendo que requiere ¹⁴ se tenga en cuenta «la experiencia de que no sólo existe una variedad de valoraciones individual –personales, discrepantes entre sí–, sino también –como resultado de muchas vivencias valorativas subjetivas– *campos enteros de valoraciones unitarias, supraindividuales e intersubjetivas*». De tal modo, «se estabilizan los contenidos de la valoración sobre la base de muchos actos de toma de actitud valorativa dentro de los grupos humanos, en *decisiones valorativas típicas*»; y así, «en relaciones espirituales de sentido del *collectivum*», se alcanzan «valores “objetivos”, que constituyen los *criterios* para el enjuiciamiento del comportamiento», que son –concluye ¹⁵– «de la mayor importancia cuando se busca el camino que conduce al derecho correcto».

b) Los principios *supralegales* –que pueden estar recogidos como principios legislativos o constitucionales, o no estar reconocidos ni legal ni constitucionalmente ¹⁶– Larenz ¹⁷ –de conformidad a su neohegelianismo– los define: «acuñaciones y especificaciones específicas de la idea del derecho, tal como ésta se muestra en la “conciencia general”, en este grado de evolución histórica», y los denomina «principios ético-jurídicos».

Los principios ético-jurídicos –dice– «no son reglas inmediatamente aplicables en los casos particulares, sino ideas directivas, cuya transformación en reglas, que posibiliten una resolución, tiene lugar, en parte, por la legislación, y en parte, por la jurisprudencia de los tribunales». No obstante indica que principios jurídicos, «que todavía no están positivizados, irrumpen –como recoge de Esser– “en el pensamiento jurídico por el umbral de la conciencia, debido a un caso paradigmático”. Un día serán formulados por la doctrina o por un tribunal, y hallan luego, más o menos pronto, debido a la fuerza de convicción a ellos inherente, reconocimiento general en la conciencia jurídica del momento». Así explica: «Lo que Dölle ha llamado “descubrimiento jurídico”, no es en verdad otra cosa que la formulación, por primera vez, de un tal principio (o de un nuevo ámbito de aplicación del principio)».

Una vez conocido y formulado un principio, se sobreañade –sigue Larenz– «su esclarecimiento, mediante casos paradigmáticos, la delimitación de su alcance en relación con otros principios y con una regulación positiva, su “concretización” respecto a grupos de

¹⁴ *Ibid.*, e, pp. 407 y s.

¹⁵ *Ibid.*, VI, 2, c, p. 426.

¹⁶ Cfr. Karl ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, versión española de la alemana de 1956, Madrid, Guadarrama, 1967, VII, III, pp. 215 y ss.

¹⁷ Karl LARENZ, *Metodología*, II, cap. V, 4, c, pp. 418 y ss.

casos y, finalmente, la plasmación en una “doctrina” bien estructurada». Recordaba, en 1979, que «en los últimos decenios se han desarrollado en el derecho civil, las más de las veces apelando al principio de “buena fe”: las doctrinas del abuso del derecho, de la caducidad, de la desaparición de la base del negocio, del “deber de fidelidad” del socio, del “deber de asistencia” en la relación laboral, de los “deberes de protección” y de la responsabilidad por “*culpa in contrahendo*”». Acerca de este último, resume el modo como, según explicó Jhering, se llegó a su formulación: «Al principio tuvo lugar su valoración ético-jurídica; a ella siguió un análisis de los casos a que se refería y su comparación con otros casos: sobre esto se formuló el principio».

El mismo Larenz, años antes, había advertido ¹⁸ que «los principios estructurales que sirven de base al ordenamiento jurídico y a su desarrollo, por medio de la jurisprudencia, no siempre forman una unidad incontrovertible. Hay un antagonismo de principios, que sólo en cada caso puede ser resuelto, y hay también el avance de un principio a costa de otro». Así en el «desplazamiento de la importancia de los principios particulares y en el “descubrimiento” de nuevas ideas jurídicas y principios», «se reflejan en cierto modo las variaciones de la conciencia jurídica, a primera vista oculta, pero en verdad decisiva, por ser la corriente más interna del espíritu objetivo».

c) *La Natur der Sache* o *naturaleza de la cosa*, concebida tal como se ha desarrollado en Alemania desde el segundo tercio de este siglo XX, constituye un tema del que he venido ocupándome repetidamente ¹⁹. Sin embargo, trataré aquí de mostrar su perspectiva más general.

Ante todo, es de notar que su configuración constituye un retorno, en el cual ha ido avanzándose hacia el concepto clásico de la *natura rei*, referido a cada tipo de cosa jurídica, pero que no alcanza la panorámica general de la *rerum natura*.

Gustav Radbruch, desde las primeras ediciones de su *Rechtphilosophie* —como hemos visto—, había vuelto los ojos a la naturaleza de la cosa, pero sin rebasar su concepto nominalista post-cartesiano y kantiano; y consideraba ²⁰ que «queda firme que los preceptos del deber ser sólo derivan de otros preceptos del deber ser, y no cabe derivarlos inductivamente de hechos del ser».

¹⁸ *Ibid.*, *Tendencias metodológicas*, 3, pp. 374 y s.

¹⁹ «Metodología de las leyes», 128, pp. 317 *in fine* y 320; «Metodología de la determinación del Derecho», I, «Perspectiva histórica», 319, pp. 1209-1215, y II, «Parte sistemática», 35, c. pp. 179-185.

²⁰ G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, 2, 1, pp. 14 y ss., de la cit. ed. en castellano.

Recogiendo las críticas que, en 1935, opuso Welzel al neokantismo de la escuela de Baden, al afirmar que la ciencia del derecho debe observar el objeto del conocimiento como «un trozo óptico del ser»²¹, la *Wertungsjurisprudenz* recurrió decididamente, con escasas excepciones relevantes, a la naturaleza de la cosa²².

Helmut Coing²³ sobrepasó claramente los límites nominalistas al considerar incluidas en la naturaleza de las cosas:

– *La naturaleza del hombre*, «sus capacidades naturales, sus impulsos, sus objetivos volitivos tal como se presentan en las diversas edades de la vida».

– *Las estructuras del mundo que circunda al hombre*, como el ritmo noche-día, las diferentes clases de bienes (v.gr., cosas muebles e inmuebles).

– *La objetividad propia e interna de los diversos ámbitos de actividad del hombre*: ejército, actividad mercantil, organizaciones (científica, de la justicia) y de los tipos determinados de negocios.

– *Las diversas comunidades en que vive el hombre*, comenzando por la familia, en las cuales «realiza las diversas tendencias que alienan en él: sus simples impulsos e instintos, como los de alimentación y habitación; sus aspiraciones vitales al poder, la influencia, el honor y la libertad; sus finalidades espirituales de buscar la verdad, la belleza, lo santo».

E igualmente Henkel²⁴ ha considerado que, en esa expresión, la palabra «cosas» incluye: «cosas (“cosas” en el sentido estricto), personas, situaciones», entendidas «como punto de referencia para relaciones sociales o productos sociales».

Por otra parte, Arthur Kaufmann²⁵ había considerado la naturaleza de la cosa como un *intermediario entre ser y deber ser*, necesario para «la igualación de la norma legal con situaciones vitales reales», figura que representa de igual modo lo particular y lo general, un *universale in re*, el «*topos*» en el que convergen ser y deber ser, el lugar metódico en que se produce la conexión o correspondencia de realidad y valor, que constituye el eje del procedimiento analógico.

²¹ Cfr. *supra*, nota 9 y texto correspondiente.

²² Tal vez la más importante excepción es la de ENGISCH debido, a mi parecer, al temor de que entre la realidad y el derecho se interpongan pantallas filosóficas fijas y aislantes, como digo en «Parte sistemática», 163, pp. 855 y s.

²³ H. COING, *op. cit.*, V, pp. 131 y ss.

²⁴ H. HENKEL, *op. cit.* § 25, III, 2, p. 480.

²⁵ Arthur KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache»* (1956), VII; cfr. en castellano, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 90 y ss.

Más recientemente el mismo Kaufmann²⁶ ha insistido en la función *mediadora* de la naturaleza de la cosa, consistente en ser el punto de convergencia de la correlatividad entre «determinación material de la idea-determinación formal de la materia», posición que, cree, es la de Maihoffer²⁷.

Esa posición mediadora de puente entre ser y deber ser sería criticada por Jan Schapp²⁸, que la califica de «desafortunada», porque todo puente presupone la separación entre lo que une y, además, el mundo «nunca es puro mundo de hechos, sino que siempre es un mundo de vida», objetando que, más que un puente, ve en ella «el punto de conexión entre realidad y derecho», entre cosa y valor. Un discípulo del mismo Kaufmann, Gunter Ellscheid²⁹, pone esa mediación en interrogación.

Por mi parte, he distinguido³⁰: de una parte, el carácter representativo de la realidad de la naturaleza de la cosa y, de otra, su planteamiento ontológico, como universal *in re*, con finalidad gnoseológica. En este aspecto cognoscitivo de la realidad, trazamos una imagen mental en nuestra pantalla interior con las percepciones efectuadas por nuestros sentidos externos, y que con nuestros sentidos internos ordenamos y estimamos, en cuanto ellos comparan esa imagen con las imágenes anteriormente que atesoramos en el *thesaurus* depósito de la memoria. Esta imagen mental sí que puede calificarse de mediadora. No así la naturaleza de la cosa como realidad ontológica representada en la imagen —es decir, no lo representado sino la representación, porque en aquél se contiene su deber ser, en cuanto éste es inherente a la axiología y la teleología de la propia cosa—.

Y ahí radica la cuestión acerca de si la *Natur der Sache* alcanza o no el orden de la *natura rerum*. Helmut Coing llega a decir³¹ que «la modesta expresión *naturaleza* de la cosa parece ampliarse hasta convertirse en la idea de un amplio orden de las cosas sociales», que «permite dar a la “abierta” justicia los criterios o escalas que le fal-

²⁶ *Ibid.*, *Panorámica histórica de la filosofía del derecho*, 2, 2, 4, 2 en «El pensamiento jurídico contemporáneo»; cfr. en castellano, Madrid, Ed. Debate, 1992, p. 100, cuadro sinóptico.

²⁷ Acerca de la posición de MAIHOFFER, narrada por el mismo, cfr. *Droit et nature des choses dans la philosophie allemande du droit*, en «Droit et nature des choses», *Travaux du Colloque de Philosophie du droit comparée* (Toulouse, 16-21 septiembre, 1964), París, Dalloz, 1965, pp. 103-120; y, en síntesis, lo que digo en «Parte sistemática», 35, e, pp. 184 y s. Antes había escrito el estudio monográfico *Die natur der sache*, *Archiv für Rechts und Social Philosophie*, XI-III, 1958, pp. 145 y ss.

²⁸ Jan SCHAPP, *Problemas fundamentales de la metodología jurídica*, vers. en portugués. Porto Alegre (Brasil), Sergio Antonio Fabris, Eds, 1985, pp. 36 y s.

²⁹ Gunter ELLSCHEID, *El problema del derecho natural. Una orientación sistemática*, 3, 3, 5, en «El pensamiento jurídico contemporáneo», cit., pp. 188 y s.

³⁰ «Parte sistemática», 35, p. 183.

³¹ H. COING, *op. y loc. ult. cit.*, p. 134.

taban, de modo tal que la idea del derecho podría ampliarse hasta ser un orden concluso por la apelación al orden que yace inscrito en las cosas mismas». Pero no da el paso de admitir esto, porque duda de la inteligibilidad de ese orden; y concluye ³² que de la consideración de la naturaleza de la cosa no podemos obtener esa «intelección del concluso orden que nos resolvería definitivamente los problemas dejados abiertos por el estudio de la idea del derecho. La naturaleza de la cosa nos ofrece elementos de ordenación pero no un orden como tal». Sí nos lleva «al conocimiento de la materia con la que tiene que operar el orden jurídico»; pues, «la vida social no es una masa plenamente informe sino que tiene ya ciertas estructuras propias en las que ha de basarse el orden jurídico». Y, ahí Coing se detiene.

La misma perspectiva hallamos en la visión de Henkel y de Larenz. El primero dice ³³ que «en la naturaleza de las cosas habrá que ver únicamente *elementos ordenadores y estructuras como preformas del derecho* que, ciertamente, influyen determinadamente en el proceso de conformación del derecho, pero que dejan abierta, con mayor o menor amplitud, la normación jurídica con referencia a factores conformadores de otro tipo».

Asímismo, Larenz ³⁴ sitúa en planos distintos los principios ético-jurídicos y la naturaleza de la cosa, de la que —dice— constituye «un criterio teleológico objetivo de interpretación», de gran importancia «en orden de la “ponderación de bienes en el caso particular”», que debe guiar su normación y concreción por la idea del derecho y sus «acuñaciones específicas», es decir, los principios ético-jurídicos.

Lo que en la concepción realista clásica se resuelve en un ir y venir de las cosas a la mente y de éstas a aquéllas, por una sola vía de conocimiento y estimación, para Coing, Henkel y Larenz resulta por un encuentro del idealismo y el realismo metódicos, en un punto dado de ese camino que, si bien aquél lo recorre descendentemente y éste ascendentemente, ninguno de los dos lo recorre entero sino hasta el punto de encuentro de los principios y la naturaleza de la cosa.

II. OTROS ELEMENTOS INSTRUMENTALES APORTADOS A LA CIENCIA DEL DERECHO POR LA *WERTUNGS-JURISPRUDENZ*

La *Wertungsjurisprudenz*, además de orientar el arte y la ciencia del derecho a la determinación concreta de un resultado justo —al

³² *Ibid.*, p. 139.

³³ H. HENKEL, *op. y s. ult. cits.*, III, p. 478.

³⁴ K. LARENZ, *Metodología*, II, V, 4, p. 418.

derecho en su significado genuino—, o sea al tratamiento adecuado de cada caso concreto, mediante la concreción de la idea del derecho y sus principios ético-jurídicos con observación de la naturaleza de las cosas, como preestructura real, y mediante los criterios valorativos objetivos, también ha contribuído además al progreso de la ciencia del derecho al afinar algunos instrumentos jurídicos que ha recibido de las diversas corrientes que se han integrado en ella. Pienso que los principales de esos instrumentos son: el concepto general-concreto; el tipo jurídico estructural, considerado como universal *in re*; las pautas de valor; las estructuras lógico-reales; la concreción jurídica en sustitución de la aplicación de la ley; la precomprensión y el círculo hermenéutico. Vamos a efectuar un bosquejo de cada uno de ellos.

a) *El concepto general-concreto*

El concepto general-concreto ha sido una aportación de Hegel, íntimamente ligado al retorno a la abstracción integrativa y al consiguiente rechazo de la abstracción sustractiva kantiana, porque ésta forma los conceptos sustrayendo todo lo que es particular en los objetos incluidos en un concepto, de modo tal que esos conceptos van perdiendo contenido y se abstractizan, cada vez más, a medida que se hacen más generales, mientras que el general-concreto conserva la profusión de todos sus momentos³⁵. Éste, hecho suyo por el neohegelianismo, ha sido recibido en la *Wertungsjurisprudenz*³⁶.

La utilización del concepto general concreto impone un cambio en el modo de razonar. No cabe utilizar la lógica formal silogística, empleada a partir de conceptos abstractos y que, por su formación sustractiva, priva a la premisa mayor de su carácter universal y la reduce a general, razón por la cual los silogismos resultan falsos en cuanto se quiere resolver con ellos algo que sale fuera de esa generalidad³⁷. En cambio, el concepto general-concreto conlleva su concreción en cada caso considerado. No en vano la palabra «concreción» expresa una acción de individualización o determinación, en un sentido contrario al que expresa la palabra «abstracción»³⁸.

³⁵ Cfr. COING, *op. cit.*, V, I, 3, pp. 124-131, y mi discurso inaugural del curso 1998-1999 en la Real Academia Sevillana de Jurisprudencia, «Lo desechado y lo recibido de las concepciones filosóficas de Comte y Hegel por la ciencia jurídica del siglo XX», II, 1.

³⁶ Cfr. LARENZ, *Metodología*, I, IV, 4, pp. 133 y s., y WIEACKER, *Historia*, 21, nota 11, pp. 376, y 30, nota 32, p. 534, y mi citado discurso «Lo desechado y lo recibido», cit. 3.

³⁷ Cfr. «Parte sistemática», 42, pp. 215-221.

³⁸ Cfr. mi discurso inaugural «El razonamiento jurídico, la analogía y la equidad», 5, 6 y 7, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1997, pp. 21-32.

b) *La noción «tipo» y el consecuente razonamiento tipológico* ha sido una contribución de la sociología, que afinada con la recepción del concepto general-concreto, también ha sido recibida por la jurisprudencia valorativa. Los sociólogos La Play, Durkheim y Max Weber habían empleado con profusión la palabra tipo, en el sentido de modelo que abarca un número indeterminado de ejemplares pertenecientes a determinado género o especie y con cierta semejanza, mayor o menor. En ese contexto, se habla de casos típicos, arquetipos, prototipos o tipos ideales y –por Max Weber– de tipo-promedio y de tipo-ideal o puro ³⁹. La utilización de la palabra tipo pasaría de la sociología a la historia, a la ciencia política y al derecho ⁴⁰, donde según Engisch ⁴¹, parece que la trajo H. J. Wolf en 1952 (*Typen in Recht un in der Rechtswissenschaft*, en «Studium Generale» V, 4 de mayo de 1952). Sin embargo, en filosofía del derecho había propugnado Karl Larenz, ya en 1938, y poco después Ernest Otto ⁴², por la conveniencia de que la ciencia del derecho utilizara la palabra tipo.

Como ha escrito Engisch ⁴³, aunque el tipo es una construcción mental, se halla «saturado fundamentalmente de realidad»; es «un *universale* “*in re*”, immanente a la realidad, como la “entelequia”, o “plano”, “estructura” o “tendencia estructuradora real” o “principio dinámico”. No es, por tanto, un simple residuo de la consideración de cosas similares, ni simple síntesis mental, ni *mero universale* “*post rem*” o “*in mente*”. Así, en este sentido, se ha considerado la filosofía platónico-aristotélica como un pensamiento tipológico. La misma concepción se encuentra en Goethe».

Mientras que, en un sistema conceptual abstracto, el concepto «no conoce ningún “más o menos”, sino sólo un “o esto o aquello”», en cambio –como indica Larenz ⁴⁴– ese «giro “más o menos” hace referencia inequívocamente a la consideración tipológica»; pues los

³⁹ Cfr. «Lo desechado y lo recibido», I, 2.

⁴⁰ Cfr. «Parte sistemática», 23, pp. 108 *in fine* y s., «El razonamiento jurídico», b, 8, pp. 33 *in fine* y s., y «Lo desechado y lo recibido», I, 2, b, desde el párrafo que lleva la nota 97 al final.

⁴¹ K. ENGISCH, *La idea de la concreción en...*, cap. VIII, I, p. 416.

⁴² Karl LARENZ, «Uber Gegensendund Methode des Rechtsdenken» (1938) y «Typologisches Rechtsdenken», en *Archiv für Rechts und Socialphilosophie*, XXXIV, 1940-1941, pp. 20 y ss.; y ERNST OTTO, «Wert und Wirklichkeit», 1941, pp. 12 y ss., citados por Alfonso RODRIGUES QUEIRÓ, «Ciencia del derecho y filosofía del derecho», 9, en *Estudios jurídicos portugueses*, Madrid, Hispánica, 1945, pp. 131 y ss.

⁴³ ENGISCH, *loc. ult. cit.*, pp. 418 y ss.

⁴⁴ K. LARENZ, *Metodología*, II, III, 3, pp. 481 y 483 y ss. El mismo LARENZ muestra cuanto aclaran la noción de *tipo* y la de *series de tipos*, con su fluidez, lo que el conceptualismo dogmático dejaba sin aclarar, *v.gr.*, en la distinción gradual de los denominados derechos reales y derechos de crédito (II, cap. VI, 2, p. 460). Yo añado que también aclara la existencia de grados de personalidad jurídica en los diversos tipos de sociedades y comunidades.

tipos son «fluidos», «a causa de la variabilidad de sus elementos» y, por ello, «pueden transformarse unos en otros»; y esa transición entre los tipos es, «una vez más, fluida».

El tipo observa mejor la perspectiva de la naturaleza de las cosas, a las cuales corresponde como universal que es. Así lo ha hecho notar Arthur Kaufmann ⁴⁵: «El pensamiento desde “la naturaleza de la cosa” es un pensamiento tipológico»... «El tipo, constituye un punto medio entre lo particular y lo general, es comparativamente un concreto, un *universale in re*... Así se diferencia, por un lado, del concepto general abstracto, que es “definido” (esto es, limitado) por un número reducido de características aisladas». En cambio: «El tipo, con su mayor objetividad, comprensibilidad y vecindad a la realidad, no es, a diferencia de aquél, definible sino sólo “explicable”. Es cierto que tiene un núcleo fijo, pero carece de fronteras. Por eso, puede faltar uno u otro de sus “rasgos” caracterizados sin que la tipicidad de una situación de hecho sea puesta en duda o necesite serlo». Mientras «el pensamiento conceptual es siempre “un pensamiento divisorio”», el tipo «se acomoda al “más o menos” de la variada realidad. El tipo une, da a conocer conexiones de sentido, y lo general es en él concebido comprensiva y “totalmente”. De ahí que bajo un tipo tampoco se puede “subsumir” como bajo un concepto».

También «se diferencia de lo individual. Lo único no puede ser típico»; sólo puede ser típico aquello que –como Kaufmann ⁴⁶ dice, apoyándose en dos citas, que comenta, de Ernst Junger (*Typus, Name, Gestalt*, 1963, pp. 28 y 63)– «existe “sólo en el ámbito de lo comparable”; “presupone lo comparable y, con ello, lo diferenciable. Difícilmente es posible expresar con más claridad el carácter analógico que el tipo posee”».

c) *Pauta de valor* es una noción que, muy consecuentemente, como jurisprudencia valorativa, la *Wertungsjurisprudenz*, ha configurado con la función de instrumento valorador.

Ciertamente esas pautas se han empleado siempre, las vemos en el derecho romano y en cualquier código moderno; pero, con la jurisprudencia valorativa se ha visto con mayor claridad qué son, así como cuáles son su carácter y su función valorativa tipológica.

A la inversa, como ha advertido Karl Larenz ⁴⁷: «La necesidad de un pensamiento “orientado a valores” surge con la máxima intensidad cuando la ley recurre a una pauta de valoración, que precisa ser llenada de contenido para circunscribir un supuesto de hecho o también una concreción jurídica. Tales pautas son, por ejemplo; la “bue-

⁴⁵ A. KAUFMANN, *Analogía y naturaleza de la cosa*, VII, pp. 94 y ss.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 95 *in fine* y ss.

⁴⁷ K. LARENZ, *op. ult. cit.*, II, I, 4, a, pp. 213 *in fine* y s.

na fe”, una “justa causa”, una “relación adecuada” (de prestación y contraprestación), un “plazo razonable” o una “prudencia razonable». El carácter tipológico de esas pautas destaca porque –como sigue explicando Larenz– «contienen siempre una idea jurídica específica que, por cierto, se sustrae a toda definición conceptual, pero que puede ser aclarada por medio de los ejemplos generalmente aceptados». Su contenido lo reciben de «la conciencia jurídica general de los vinculados a una comunidad jurídica»; y, esa conciencia «no sólo lleva impreso el sello de la tradición sino que está concebida como continua reconstitución. En cierto modo, los tribunales se consideran el “portavoz” de esta conciencia general».

Para su concreción estas pautas de valor –sigue Larenz– «necesitan ser llenadas de contenido». A su juicio, esa operación no es el resultado de un proceso «irracional», sino que, en ella, el «pensamiento orientado a valores» ofrece una «ayuda esencial». Como explica más adelante ⁴⁸, «se exige un juicio de valor cuando, para poder coordinar el hecho con el supuesto de hecho de la norma legal, se ha de enjuiciar según una pauta que primero ha de ser concretizada» o «evaluada»; pues dice: «El objeto, que ha de ser evaluado, se enjuiciará al respecto como apetecible o no apetecible, razonable o no razonable, preferible a otro o colocarlo detrás de él». La consideración como un «bien» conllevará la aprobación, o, al contrario, la desaprobación, que «hallan su expresión en un juicio de valor». Juicios facilitados por la «orientación a ciertos puntos de vista», a los que responden las pautas de valor que «deben llenarse de contenido», y así lo hace la jurisprudencia de los tribunales.

Esto se efectúa –indica ⁴⁹– «en base a las experiencias sociales», que determinando su contenido, caso por caso, se «concretizan». Y estos nuevos casos que se presentan, sirven, a su vez, de pauta para calificar los casos futuros que les sean comparables. Así, «toda concretización (lograda) sirve como caso comparable y, con ello, se convierte en punto de partida de nuevas concretizaciones. La pauta “se concretiza” al enjuiciar el caso al que el enjuiciante la estima “aplicable” o “no aplicable”. En ese proceso de concretización, mediante el enjuiciamiento del caso, la pauta enriquece su contenido».

d) *La percepción y atención a las estructuras lógico-reales* ha sido una aportación del existencialismo moderado de Welzel, según indica Henkel, quien les dedica un capítulo de su referida obra ⁵⁰.

⁴⁸ *Ibid.*, II, III, d, pp. 283 y ss.

⁴⁹ *Ibid.*, II, I, 4, a, p. 214 *in fine* y s.

⁵⁰ HENKEL, *op. cit.*, § 24, pp. 449-470.

Esas estructuras –explica este autor– «representan datos previos que influyen sobre el derecho»⁵¹. Corresponden –dice⁵²– «al campo de la *lógica de las cosas*», a «la *lógica del objeto*», «contenida en los objetos mismos, esto es: la “estructura de sus leyes”, su “estructura categorial” o su “relacionalidad”», y «pertenecen a la esfera de las *leyes ontológicas*; nos designan la *constitución ontológica* de los objetos que tomamos en consideración: en cuanto están determinados conforme a las *leyes del ser*». Hablando así de ley ontológica de un objeto, «pensamos en su *estructura ontológica interna*, en su estructura esencial en sus determinaciones esenciales».

Y, «junto a la constitución ontológica interna, existen también “estructuras” en la relación externa del fenómeno, a saber: en la *correspondencia ontológicamente necesaria* con otros fenómenos». Así, «existen enlaces lógico-reales: “lógicos”, en cuanto existe una *necesidad relacional* entre los objetos; “lógico-reales”, en cuanto no creamos la relación con nuestro pensamiento, sino que, mediante la aprehensión de sentido, mediante la penetración en su relación ontológica de correspondencia, descubrimos esa relación en los objetos mismos y los hacemos conscientes al pensamiento. Con ello, el concepto de “estructuras lógico-reales” adquiere la presunción requerida para encontrar, dentro de los datos ontológicos, el lugar correcto y especial que le corresponde; y, por otra parte, para poder delimitarlo frente a aquellos conceptos que no descansan en estructuras ontológicas».

e) La *concreción jurídica* es una consecuencia de desecharse los conceptos abstractos obtenidos por abstracción sustractiva, por la pérdida de sustancia que implican, y del rechazo de la lógica formal para resolver cuestiones jurídicas concretas, lo cual ha implicado un cambio metodológico radical respecto del utilizado por el conceptualismo dogmático. De ahí viene la noción de *concreción*, contrapuesta operativamente a *abstracción* –en su sentido propio de abstracción íntegra–, que fue traída al derecho por Wilhelm Sauer y en el neohegelianismo, por Schönfeld⁵³.

Se trata de una operación de «individualización», que sustituye la subsunción lógica, dado que ésta impone la superioridad de lo general sobre lo individual, que es inadmisiblesi lo general no comprende lo singular observado, en el caso de haber éste quedado fuera del concepto general abstracto o de lo normativo, en el hecho al que éste pretende aplicarse silogísticamente. Por esa inadecuación, la aplica-

⁵¹ *Ibid.*, II, 1, pp. 450 y s.

⁵² *Ibid.*, 2, pp. 451 y s.

⁵³ Cfr. «Parte sistemática», 320, pp. 1215; *Lo desechado y lo recibido de las concepciones filosóficas de Comte y de Hegel por la ciencia fundada del siglo XX*, II, 3, b.

ción de la norma o del concepto, es sustituida por la «individualización», la «concreción» o la «determinación» del derecho en el caso contemplado.

Quien más extensamente ha estudiado, que yo sepa, la noción de concreción en la *Wertungsjurisprudenz* es Karl Engisch, en su citado libro *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*⁵⁴, donde la observa desde diversas perspectivas.

Acerca de su significado de *acceso a lo real* indica que, en las más recientes identificaciones, se halla la de «lo concreto a lo real y de lo abstracto con lo simplemente pensando, conceptual, ideal, irreal, en las exposiciones de Welzel, Horneffer, Fechner y Dahn»⁵⁵.

La referencia a la noción de concreción, como lo específico, la enlaza con el concepto general-concreto de Hegel, recogido por Larenz, aunque considera que es «error de los hegelianos»: «querer reconocer junto al concepto general-abstracto-negativo tan sólo el concepto general “concreto”, y no ver la posibilidad de crear, a modo de conceptos formalizadores, conceptos generales de un cierto grado de abstracción, que no por ello carecen de contenido, ya que señalan el sentido del contenido del concepto, así como expresan la relación mutua entre las notas singulares del concepto»⁵⁶.

Respecto de lo concreto en cuanto *singular e individual*, observa «la duplicidad del derecho y de la ciencia del derecho», en la cual, del mismo modo «como la tendencia a lo específico –a la *lex specialis*– se contrapesa con la tendencia a lo general –a la *lex generalis*–, o la igualdad ante la ley se enfrenta a la justicia individualizadora, o la norma general puede ser infringida en cualquier momento por una “ley individual”, o la excepción acompaña siempre a la regla, así la *ciencia* del derecho se encuentra tensa entre una consideración generalizadora y otra individualizadora, entre una abstracta y otra concreta; tensión que es una de las muchas que ha de soportar»⁵⁷.

En su consideración de lo concreto como *tendencia al tipo*, entendido éste como «posición intermedia», observa que «participa en la “individualización”» en «toda una serie de formulaciones», con «una

⁵⁴ K. ENGISCH, *El concepto de concreción en*, cap. II, pp. 137-172, *La antinomia «concreto» y «abstracto» en la praxis jurídica*, donde comienza por examinar los sentidos equivocados de esa expresión y sigue con el análisis de las formas mixtas de lo concreto (cap. IV, pp. 173-186) penetra en el examen de la concreción *como tendencia a lo real* (cap. IV, pp. 187-250; en cuanto *lo total en el derecho y en la ciencia del derecho* (cap. V, pp. 251-276); en cuanto *lo específico en el Derecho y en la ciencia del derecho* (cap. VI, pp. 277-324); y en cuanto *lo singular y lo individual* y en uno y otro (cap. VIII, pp. 415-497).

⁵⁵ *Ibid.*, cap. IV, pp. 192, 207 y s.

⁵⁶ *Ibid.*, cap. VI, 319 y ss.

⁵⁷ *Ibid.*, cap. VII, II, p. 410.

lógica de la individualidad»⁵⁸. Es decir, en este significado, resulta ser un escalón para calificar y valorar lo concretado.

f) *Las nociones de «precomprensión» y de «círculo hermenéutico»* se hallan estrechamente interrelacionadas con la de estructura lógica real y, más concretamente, con «la estructura existencial del “ser ahí”», en donde fueron observadas existencialmente por Heidegger⁵⁹, siendo utilizadas después en la hermenéutica por Gadamer, al señalar éste la necesidad de «entender», mediante «explicar» la «cosa del texto» y de explicarlo en relación con el originario «lenguaje de las cosas». Éstas, en el derecho, en cuanto se refieren a relaciones humanas, son consideradas a través de la *phronesis* aristotélica, para enjuiciar cada una prudencialmente con *epiēikeia* en lo real concreto⁶⁰.

Ambas nociones fueron aplicadas a la ciencia del derecho por la *Wertungsjurisprudenz*. Engisch⁶¹ habla de contexto fluído y de un «ir y venir con la mirada», entre el supuesto de hecho de la norma y el hecho real, que resulta muy diferente del pensamiento lineal silogístico.

A su vez, Larenz⁶² critica la imagen de Heidegger del «círculo», que –dice– «no es precisamente afortunada, en cuanto el movimiento circular del comprender no retorna sencillamente a su punto de partida –entonces se trataría de una tautología–, sino que eleva a un nuevo grado la comprensión del texto». A su juicio: «El proceso del mirar hacia adelante y hacia atrás puede tener que repetirse múltiples veces». «El proceso del comprender –sigue en el párrafo siguiente– no transcurre, por tanto, únicamente en una dirección, “linealmente”», como hacen los cultivadores de las «ciencias “exactas”» y «la mayoría de los lógicos»; sino que, en él, «existe normalmente una conjetura de sentido, aunque a veces todavía vaga, que suele incluirse en una, todavía fugaz, primera mirada. El intérprete está capacitado para esto mediante una “precomprensión” con la que penetra en el texto. Esta precomprensión se refiere a la cosa de que el texto trata, [la cosa del texto de que habla Gadamer], y al lenguaje, con el que habla de ella. Sin una concreta precomprensión tanto en uno como en otro aspecto, sólo difícilmente o de ninguna

⁵⁸ *Ibid.*, cap. VIII, V, pp. 445 y s.

⁵⁹ HEIDEGGER, *Sein und zeit*, 32, pp. 166 y s. de la 8.ª reimpresión en castellano, México, Fondo Cultura Económica, 1991. Cfr. lo que en síntesis refiero en «Parte sistemática», 95, a, p. 483.

⁶⁰ H. G. GADAMER, *Verdad y método*, vol. I, 12; cfr. ed. en castellano, Salamanca, Sígueme, 1984, p. 461 y 10, 2, a, pp. 388 y s., y vol. II, cap. «La naturaleza de la cosa y el lenguaje de las cosas», cfr. ed. en castellano, Salamanca, Sígueme, 1992, pp. 71-80.

⁶¹ K. ENGISCH, *Logik Studien zur Gesetz esanwendung*, 1.ª ed. Heildelberg, Karl Winter, 1943, 3.ª ed., 1963, p. 15, cita de LARENZ, *loc. cit.* en la nota sig.

⁶² K. LARENZ, *Metodología*, II, cap. I, 3, b, pp. 194 y ss.

manera podría formarse una “conjetura de sentido”... «Cuanto más tiempo y más detenidamente alguien se ocupa de una cosa, cuanto más profundamente ha penetrado en ella, tanto más rica es su precomprensión, tanto más pronto se formará en ella una conjetura de sentido y tanto más rápidamente terminará el proceso del comprender».

Refiriéndose a la tesis de Gadamer, sigue explicando Larenz ⁶³ que, trasladando a la jurisprudencia lo que aquél dice de la «conexión traditiva» del lenguaje, en su función de «acceso a lo que el texto expresa», su base la constituye «particularmente aquélla [la conexión traditiva] en que se encuentran las normas vigentes hoy –y las formas jurídicas de pensar reconocidas– con el trabajo precedente de muchas generaciones de juristas, merced al cual la jurisprudencia ha conseguido su configuración actual o se ha liberado de otras ya desfasadas. De hecho, esta conexión traditiva, en la que no sólo se hallan las leyes, sino sobretodo también las resoluciones judiciales y los conocimientos (o errores) dogmáticos, constituye el trasfondo de toda interpretación jurídica». Además, también la precomprensión se extiende –dice– a «los contextos sociales, a las situaciones de intereses y las estructuras de las relaciones de la vida a que se refieren las normas jurídicas». Para el entendimiento adecuado de éstas, es preciso –pues– partir de esa precomprensión de la cosa a que se refieren.

Por eso, yo, por mi parte, he preferido sustituir, en esa metáfora «círculo hermenéutico», la palabra «círculo» por «espiral», que expresa ese sucesivo enriquecimiento en el ir y venir desde la precomprensión de la cosa del texto a la norma hasta alcanzar la adecuada intelección de ésta y la explicación jurídica de la cosa.

⁶³ *Ibid.*, pp. 197 y s.