
MANUEL ATIENZA
(Universidad de Palma de Mallorca)

Crítica de la metodología de la ciencia jurídica de K. Larenz

1. INTRODUCCION

La primera edición de la Metodología de la ciencia del Derecho de K. Larenz, traducida al castellano en 1966 (1), es una obra que ha tenido una gran influencia en el pensamiento jurídico español de los últimos años, al menos a juzgar por la profusión con que ha sido citada (y presumiblemente tenida en cuenta) a la hora de redactar las «Memorias de cátedra» sobre el consabido «Objeto, método y fuentes de la asignatura». Es de suponer por ello, que la segunda edición española (sobre la cuarta alemana) (2) tendrá también una considerable influencia sobre nuestros juristas académicos; en especial sobre los cultiva-

(1) La primera edición alemana era de 1960 y fue traducida al castellano por E. Gimbernat (Ed. Ariel, Barcelona, 1966).

(2) K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1980 (en adelante M.C.D.).

Rodríguez Molinero ha llevado a cabo, en mi opinión, un buen trabajo de traducción y sobre un texto nada fácil. Hay que lamentar, sin embargo, que no haya indicado, cuando las hay, las traducciones castellanadas de las obras de los clásicos (Savigny, Ihering, etc.). Asimismo, creo que hay un par de apreciaciones desafortunadas en la traducción. La primera es que haya utilizado las expresiones «completez» e «incompletez» para expresar la carencia o inexistencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, en lugar de los términos (castellanos) «plenitud» y «no plenitud». La segunda se refiere al título del capítulo cuarto de la parte histórica, «La desviación del positivismo en la Filosofía del Derecho de la primera mitad del XIX»; en lugar de «desviación» (que expresa un juicio negativo ajeno por completo a las intenciones de Larenz), tendría que haberse utilizado otra expresión, como «abandono» (tal como lo había hecho Gimbernat en la anterior edición española).

dores de la «Dogmática jurídica», ya que la «parte sistemática» de la obra ha sido considerablemente fortalecida con respecto a la anterior edición, mientras que la «parte histórica» (objeto del interés sobre todo por parte del historiador o filósofo del Derecho) subsiste sin apenas cambios (3).

Otra innovación interesante es la inspiración que busca ahora Larenz en la hermenéutica general (el punto de referencia esencial es, naturalmente, Gadamer) (4), y que llega hasta el punto de considerar a esta última como la base de su metodología jurídica. Para Larenz, la metodología de la Jurisprudencia (5) es la constante mediación entre la hermenéutica y la Jurisprudencia, y, por lo tanto, no puede reducirse ni a uno ni a otro término (6).

Lo anterior significa también un cierto distanciamiento, por parte de Larenz, con respecto a su anterior neohegelianismo de derechas (7): frente a la concepción totalitaria del Estado, la idea del Estado de Derecho juega ahora un papel relevante; y, desde el punto de vista metodológico, el concepto concreto-general de Hegel que servía para articu-

(3) Las únicas diferencias importantes son las del último capítulo (*Empeños metódicos actuales*). Por lo que se refiere al apartado sobre la teoría pura del Derecho de Kelsen, no creo que pueda hablarse en absoluto de «modificaciones radicales» con respecto a la anterior edición, a pesar de lo que sostiene Rodríguez Molinero (MCD, pág. 7).

(4) Sobre la Hermenéutica jurídica, puede verse el libro de MODESTO SAAVEDRA, *Interpretación del Derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, Universidad de Granada, 1977; y el artículo de MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, *Hermenéutica y Derecho (Orientaciones y preliminares para un adecuado enfoque del tema)*, en «Filosofía y Derecho». Estudios en honor del profesor J. Corts Grau, Universidad de Valencia, 1977, t. II, págs. 345 y ss.

(5) Escrito con mayúscula, según la acertada decisión del traductor, para indicar la ciencia dogmática del Derecho, y que se distingue de la jurisprudencia (con minúscula) en cuanto conjunto de decisiones de los tribunales. Cabe así distinguir entre Metodología de la Jurisprudencia y Metodología jurídica (que lo es, fundamentalmente, de la jurisprudencia), aunque en Larenz no siempre se mantenga clara tal distinción.

(6) Cfr. «MCD», págs. 238 y 241. Y por «Hermenéutica» entiende Larenz: «la doctrina sobre las condiciones de posibilidad y del especial modo del “comprender en sentido estricto», es decir, de comprender lo que tiene sentido en cuanto tal, en contraposición al “explicar” objetos sin atención a la referencia al sentido» («MCD», pág. 238).

(7) En la nota 2 de la pág. 104, Larenz señala que su distanciamiento de Hegel en la concepción del Estado data de 1943. En su opinión, las aportaciones fundamentales de Hegel son, por un lado, su lógica del concepto concreto y, por otro lado, el desarrollo de la ética y de la doctrina de la libertad de Kant hacia una doctrina de valores jurídico materiales.

Es interesante señalar cómo las referencias a Carl Schmidt han desaparecido prácticamente en esta nueva edición.

Una breve referencia sobre Larenz puede verse en L. LEGAZ y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 5.ª ed., 1979, págs. 184 y ss.

lar en la anterior edición toda la parte sistemática, pasa ahora a considerarse simplemente como un precedente de las nociones de «tipo» o de «concepto determinado por la función» que, como se verá, son centrales en su nueva concepción (8). En resumidas cuentas, la Hermenéutica vendría a ocupar ahora el lugar que anteriormente le había correspondido a la lógica de Hegel, pero Larenz no cree que ello implique un cambio brusco en su postura, ya que muchas de las intuiciones de Hegel relevantes para las ciencias del Espíritu habrían pasado, en su opinión, a la moderna Hermenéutica (9).

Y para terminar con estas observaciones preliminares, quiero destacar un par de características de la obra de Larenz que me parecen significativas. La primera de ellas se refiere a su carácter estrictamente alemán, lo cual es un dato que puede ser significativo, incluso desde un punto de vista estrictamente epistemológico: la noción medieval de «ciencia particular de cada pueblo» parece ser un antecedente del concepto actual de «ciencias humanas» (10); y, en todo caso, el no contar con las aportaciones de quienes han sido los principales cultivadores (no-alemanas) de la teoría del Derecho y de la ciencia del Derecho después de Kelsen (Ross, Hart y Bobbio) empobrece inevitablemente aspectos centrales de la metodología de Larenz.

La segunda característica se refiere a la perspectiva acusadamente iusprivatista (y más concretamente iuscivilista) desde la que escribe Larenz. Ello implica un aspecto positivo, en cuanto que su metodología está situada en un nivel de menor abstracción que, por ejemplo, la de los autores citados anteriormente, lo cual permite un empleo abundante de materiales concretos. Sin embargo, el punto de vista iusprivatista condiciona restrictivamente, tanto la parte sistemática como la parte histórica, en donde no hay prácticamente ninguna referencia a autores tan importantes como von Gierke, Gerber, Laband y Jalli-

(8) Es significativo que ahora la exposición de la teoría de Hegel sobre el concepto concreto-general se hace en un «Excurso» («MCD», págs. 447 y ss.).

(9) «MCD», págs. 5 y 6. El cambio de perspectiva parece haberse producido (o cristalizado) con la 3.ª edición alemana (1974).

(10) La distinción entre ciencias naturales y ciencias humanas puede correlacionarse, según Gustavo Bueno, con la distinción de Ibn Hazan de Córdoba, entre ciencias comunes a todos los pueblos y ciencias particulares a cada pueblo (entre las cuales se incluye la ciencia jurídica). Además, el concepto de «ciencia particular de cada pueblo» viene a coincidir prácticamente con el del «saber por participación», de Juan de Santo Tomás, y la tradición escolástica que, a su vez, es sumamente afín al del saber hermenéutico, comprensivo o valorativo que hoy suele utilizarse (y que concretamente lo utiliza Larenz) para caracterizar a las ciencias humanas (Cfr. GUSTAVO BUENO, *En torno al concepto de ciencias humanas*, en «El Basilisco», núm. 2, Oviedo, mayo-junio, 1978, págs. 14 y 15).

nek (11). En este trabajo analizo la obra de Larenz desde un punto de vista metodológico general, sin centrarme en los aspectos concretos que ponen de manifiesto su perspectiva iusprivatista. Pero, dado que dicha obra ha servido (y servirá) de modelo, preferentemente a los cultivadores del Derecho privado, las críticas que aquí dirijo a Larenz podrían entenderse como críticas dirigidas a una concepción iusprivatista de la ciencia jurídica.

2.1. EL DERECHO Y LOS SABERES JURÍDICOS

El Derecho, para Larenz, es un producto humano (no natural) sumamente complejo y objeto de estudio de diversas ciencias: la sociología del Derecho, la historia del Derecho, la filosofía del Derecho y la Jurisprudencia (a la que también denomina dogmática jurídica y ciencia del Derecho). Esta última disciplina se diferencia de las anteriores en que trata del Derecho no en cuanto fenómeno histórico o social, sino en cuanto fenómeno normativo, y además en que se ocupa de un orden jurídico determinado y no de «el Derecho» en general (a diferencia de la teoría del Derecho, disciplina relacionada con la filosofía del Derecho, pero cuyo status no precisa Larenz).

Ahora bien, un primer problema que se plantea ya aquí es que Larenz considera a la filosofía del Derecho como una ciencia más del Derecho (aquella que se ocupa de la fundamentación de la validez del Derecho), lo que significa que no parte de ningún concepto estricto de ciencia que permita distinguir entre este tipo de conocimiento y el conocimiento filosófico. La razón de ello pudiera ser que al considerar Larenz a la Jurisprudencia como un tipo de conocimiento orientado a valores, con ello está, en cierto modo, negando el criterio de demarcación usado normalmente para diferenciar la ciencia del Derecho y la filosofía del Derecho (el objeto fundamental de este estudio de esta última serían los valores jurídicos). Naturalmente, ello implica ya una determinación negativa: el modelo de ciencia de Larenz «niega» el modelo de ciencia «cientificista» (según su expresión) que habría estado vigente en las ciencias jurídicas durante la época del positivismo y que se ca-

(11) La parte histórica sigue siendo, en mi opinión, lo más sólido del libro, a pesar de la laguna señalada y de una ordenación en algún caso discutible, como por ejemplo, la exposición de la concepción de Kelsen con anterioridad a la de Stammler. Esto último puede estar de acuerdo con la peculiar visión de Larenz con respecto al «progreso» de la ciencia jurídica, pero me parece sumamente equivocado: la ciencia del Derecho contemporánea (o, si se prefiere, su teoría) se construye con y a partir de Kelsen (sin entrar ya en la pura cuestión cronológica).

racterizaría, a su vez, por la no aceptación de la posibilidad de un conocimiento científico en el campo de los valores (12).

Además, Larenz tampoco parece ser sumamente cuidadoso en cuanto a mantener la distinción entre el nivel del Derecho y el de la ciencia del Derecho. La razón en este caso parece ser doble. Por un lado, la Jurisprudencia, en su opinión, es una ciencia normativa que no sólo estudia normas, sino que, en cierta medida, crea también normas, contribuye también a la construcción de su propio objeto; esto explica, de paso, que no acepta la distinción kelseniana entre normas jurídicas (*Rechtsnorm*) y proposiciones jurídicas (*Rechtssatz*) (13). Por otro lado, el carácter acusadamente (aunque no exclusivamente) práctico de la Jurisprudencia hace que sus límites con la jurisprudencia de los tribunales sean imprecisos.

En resumen, Larenz no traza un límite claro entre el nivel del Derecho (la jurisprudencia de los tribunales), de la ciencia del Derecho o Jurisprudencia teórica, y de la teoría de la ciencia jurídica (14). Por eso, su metodología no es sólo metodología de la Jurisprudencia análisis de los métodos utilizados o que debería utilizar la dogmática jurídica, sino también (y, en muchos casos, al mismo tiempo) metodología jurídica, análisis y evaluación de los métodos de interpretación y desarrollo del Derecho utilizados por los aplicadores del Derecho (15). Por otro lado, la idea de método, para Larenz, tiene que ver con el establecimiento de indicaciones (de normas, pero no reglas fijas) que suministran criterios de orientación, bien sea al práctico o al teórico, del Derecho. En definitiva, se trata de un concepto *normativo*, y por eso, al igual que ocurre con la mayoría de las normas jurídicas, las

(12) Cfr. el comienzo del cap. III de la parte histórica («MCD», págs. 57 y ss.).

(13) Cfr. «MCD», pág. 242, nota 1.

(14) La teoría de la ciencia jurídica la considera, a su vez, como parte de la teoría del Derecho. Pero ya hemos visto que el carácter filosófico o no de la teoría del Derecho no es claro para Larenz (Cfr. «MCD», pág. 241).

(15) Un ejemplo de ello es la tarea de la interpretación que, según Larenz, se la reparten la jurisprudencia y la ciencia del Derecho. Esta última facilita el trabajo a la jurisprudencia de los tribunales, la cual somete a prueba los resultados. La no distinción de niveles hace que Larenz pueda escribir frases tan poco claras como las siguientes: «La cuestión de si la interpretación jurisprudencial es una "ciencia" o un "arte" es superflua, porque está mal planteada. Si se pone como base el concepto "cientificista" de ciencia, no puede ser una ciencia (...). Un tal procedimiento requiere constantemente la entrada en acción de las fuerzas creadoras del espíritu. En esto se asemejan al del artista (...). En cuanto actividad metódicamente dirigida, que está orientada a conseguir enunciados «rectos», es decir, adecuados, la interpretación es una actividad científica sólo si se libera de la estrechez del concepto científicista de ciencia» («MCD», págs. 311-12).

reglas del método dejarían siempre un margen de libre enjuiciamiento (16).

2.2. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LA JURISPRUDENCIA

Larenz caracteriza a la Jurisprudencia como una ciencia normativa, comprensiva, valorativa y práctico-cognoscitiva. Empezaremos por ver qué significa que sea *normativa*.

Tratando, precisamente, del problema de si la Jurisprudencia es o no una ciencia normativa, Bobbio ha diferenciado tres posibles acepciones de «ciencia normativa» (17): 1) en cuanto al objeto, la Jurisprudencia sería normativa si es que su objeto consiste en normas; 2) en cuanto al método, la normatividad de la Jurisprudencia significaría que analiza el objeto desde un punto de vista normativo (y no, por ejemplo, desde un punto de vista causal-explicativo); 3) en cuanto a la función, la Jurisprudencia sería normativa en la medida en que establezca normas. Estos tres significados (que no son tan claros como puede parecer a simple vista) no se implican entre sí. Así, en la concepción de Kelsen, la ciencia del Derecho sería normativa en el primer sentido y en el segundo, pero no en el tercero. Según Ross, la ciencia jurídica sería normativa en el primer sentido y quizá también en el tercero (18), pero no en el segundo. Mientras que, por ejemplo, para el realismo jurídico americano, la ciencia jurídica no sería normativa en el primer sentido ni en el segundo, pero sí lo sería quizá en el tercero; y para la teoría egológica del Derecho de Carlos Cossío, la ciencia jurídica sería normativa en el segundo sentido (conocer mediante normas), pero no en

(16) Cfr. «MCD», pág. 239. Para Larenz, en la mayoría de los casos jurídicos la resolución puede fundamentarse metódicamente, pero no mediante un «procedimiento lógico obligante». Es decir, para Larenz el método indica «un procedimiento ordenado de pensamiento, que se lleva a cabo con ciertos pasos, sin que sea preciso ciertamente que entre ellos exista una conexión de derivación lógicamente obligante» («MCD», pág. 507). En las ciencias del espíritu como la Jurisprudencia es preciso liberarse de la idea de un método «cuyo solo seguimiento es ya capaz de garantizar la rectitud del resultado» («MCD», pág. 508).

(17) Cfr. NORBERTO BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), trad. al castellano por A. Ruiz Miguel, en N. BOBBIO, *Contribución a la teoría del Derecho*, F. Torres, Valencia, 1980, págs. 201 y ss.

(18) En realidad, Ross diferencia entre ciencia del Derecho y política del Derecho y piensa que sólo la segunda cumple una función prescriptiva, pero, sin embargo, considera también que no cabe una tajante distinción entre ambas. Por eso digo, simplificando un tanto las cosas, que la ciencia jurídica de Ross es prescriptiva en cuanto a la función (Cfr. A. Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G. Garrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, y también CARLOS NINO, *Algunos modelos metodológico de ciencia jurídica*, Universidad de Carabobo, Venezuela, 1979, cap. III.

el primero (el objeto es la conducta no las normas) ni en el tercero (no prescribe normas) (19).

Por lo que se refiere a la concepción de Larenz, la Jurisprudencia sería normativa en los tres sentidos. Lo es en el primer sentido, pues la Jurisprudencia es —en su opinión— un sistema de enunciados sobre el Derecho vigente sobre las normas. Ahora bien, el Derecho vigente no consta —para él— únicamente de normas, sino también de principios que, al menos inmediatamente, no son normas, sino ideas directivas que necesitan ser concretizadas para convertirse en normas. Dicho de otra forma, el Derecho vigente no le está dado al jurista completamente a priori, sino que él cumple también una cierta función en el establecimiento del material normativo objeto de estudio. Dicho todavía de otra forma: la ciencia jurídica de Larenz no es plenamente normativa en el primer sentido, precisamente porque quiere ser normativa también en el tercero.

En relación con el segundo sentido, la Jurisprudencia, para Larenz, es una ciencia normativa porque estudia conexiones de sentido normativas, no fácticas. Es decir, los enunciados de la Jurisprudencia no son enunciados sobre hechos perceptibles, sino sobre normas, cuyo sentido sólo puede captarse si se adopta un punto de vista normativo. La tesis de Larenz, que se inspira en la teoría de los «juegos de lenguaje» del «segundo» Wittgenstein (20), consiste en afirmar que de un lenguaje prescriptivo (o normativo) como es el del Derecho, no se puede hablar desde un juego de lenguaje distinto (por ejemplo, desde un lenguaje descriptivo, fáctico), sino desde el mismo juego de lenguaje (desde el propio lenguaje prescriptivo, normativo). Ahora bien, la opinión de Larenz de que de lo normativo sólo se puede hablar normativamente, de que no cabe, en consecuencia, distinguir entre «norma jurídica» y «proposición jurídica», me parece bastante discutible. Por un lado, la moderna lógica deóntica (salvo excepciones, como la de Kalinowski)

(19) Cfr. CARLOS COSSIO, *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Abeledo-Perrot, 2.ª edición, Buenos Aires, 1964.

(20) El significado de los términos normativos (como «debe ser» y «justificación», «no se puede reproducir en el lenguaje con que se habla de lo fáctico» («MCD», pág. 187), sino que sólo se puede captar si se *participa* en el «juego de lenguaje normativo». Lo anterior parece tener que ver con lo que Hart llama enunciados sobre las normas, emitidos «desde un punto de vista interno», pero con la diferencia de que Hart considera que de las normas también puede hablarse «desde un punto de vista externo» y, sobre todo, distingue el lenguaje de las normas y el lenguaje sobre las normas. Sobre este aspecto de la obra de Hart, véase M. JORI, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Giuffrè, Milán, 1976, cap. 4.

presupone, en general, esta distinción entre normas (que son enunciados ni verificables ni falsables) y proposiciones sobre las normas (a las que considera como enunciados susceptibles de verdad o falsedad). Por otro lado, es posible que lo que elabore la Jurisprudencia no sean puramente proposiciones normativas (descripciones de normas), pero tampoco lisa y llanamente normas, sino, quizá, algún tipo de enunciados intermedios entre las normas y las proposiciones; el «juego de lenguaje» de la Jurisprudencia no es ni descriptivo ni prescriptivo, sino un juego híbrido (descriptivo-prescriptivo, por ejemplo) y como tal, difícil de juzgar (21).

Por lo que se refiere al tercer significado, la Jurisprudencia, según Larenz, también sería una ciencia normativa, pues, aunque en principio considera que se trata de un sistema de enunciados *sobre* el sistema vigente, sobre las normas, sin embargo acepta que «sus enunciados no carecen de influencia sobre el *contenido de aquello* a que se refieren» (22) y en esto se diferencia de las ciencias «cientificistas» que parten de la independencia del objeto de conocimiento respecto al sujeto cognoscente (23). Más concretamente, la Jurisprudencia sería nor-

(21) El origen del problema, como el de tantos otros, está en Kelsen y en su (confusa) distinción entre *norma* y *proposición* normativa. En realidad, la distinción de Kelsen es trimembre, pues sus *Soll-sätze* (proposiciones normativas) no se pueden reducir ni a las *Soll-normen* (normas) ni a las *Sein-sätze* (proposiciones o aserciones). Las proposiciones sobre normas no son normas, sino aserciones, pero de una naturaleza especial (cfr. N. BOBBIO, *obra citada*, pág. 203).

Recientemente Raz, partiendo de Kelsen y Hart, ha hablado de un tipo de enunciados que no serían ni puramente normativos ni descriptivos, a los que denomina «enunciados normativos no-comprometidos» que se corresponderían —interpreta Nino— con los enunciados de la dogmática jurídica. Dichos enunciados se formulan en la hipótesis de que cierto sistema normativo es válido. Son normativos, pero su fuerza normativa está neutralizada por el hecho de que no implica una aceptación o adhesión a las normas que se toman como marco de referencia (Cfr. C. NINO, *obra citada*, págs. 42 y ss.).

(22) «MCD», pág. 184.

(23) La ciencia del Derecho, como la jurisprudencia de los tribunales, serían sólo fuentes del Derecho en un sentido muy relativo. Para Larenz, los precedentes y el Derecho judicial que procede de ellos pueden adquirir la misma vigencia fáctica o efectividad que una ley, pero «la validez normativa, en el sentido de vinculabilidad —es decir, una exigencia que *deben* cumplir los tribunales, los órganos administrativos y, finalmente, los individuos— por regla general no les corresponde. El calificarlos de «fuente del Derecho», depende de lo que se entienda por tal. Si se califica de fuentes jurídicas todos aquellos factores que cooperan a la creación y al desarrollo posterior del Derecho, entonces la jurisprudencia de los tribunales, pero también la ciencia del Derecho, son fuentes del Derecho. En cambio, si por «fuente del Derecho» se entiende sólo el fundamento del nacimiento de una norma jurídica que pretende validez normativa en el sentido de vinculabilidad, en ese caso fuentes del Derecho estatal interno sólo lo son la legislación y el uso originado de una convicción jurídica general» («MCD», pág. 432).

mativa, pero no exactamente imperativa; sus enunciados pertenecerían más bien al género de los *consilia* que al de los *praecepta* (24).

Hasta aquí se ha tratado del carácter normativo de la Jurisprudencia, pero si nos situamos al nivel de la metajurisprudencia, de la Metodología de la Jurisprudencia, la postura de Larenz parece ser similar. La Metodología de la Jurisprudencia es normativa porque es la meta-ciencia de una ciencia normativa (normativa en cuanto al objeto), porque utiliza el mismo método comprensivo que la Jurisprudencia (sólo utilizando un lenguaje normativo se pueden comprender los conceptos normativos de la Jurisprudencia), y porque su función no es sólo la de describir lo que es la Jurisprudencia, sino también la de indicar, al menos en ocasiones, lo que debería ser (25). Una vez más, las fronteras entre la metodología jurídica y la metodología de la ciencia jurídica aparecen difusas en la obra de Larenz.

2.3. LA JURISPRUDENCIA COMO CIENCIA COMPRENSIVA

El que la Jurisprudencia sea una ciencia *comprehensiva* viene a ser equivalente a sostener su carácter de normativa en cuanto al método. La Jurisprudencia se ocupa de normas (del Derecho vigente en su aspecto normativo) que son entidades no observables ni mensurables. Las normas no pueden explicarse causalmente, sino que su sentido (normativo) sólo puede «comprenderse». Y dicha comprensión tiene lugar mediante el «interpretar» que Larenz define como «un hacer mediador por el que el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático» (26).

La interpretación es, pues, un procedimiento peculiar de las ciencias del espíritu (y, por lo tanto, también de la Jurisprudencia) que no transcurre únicamente en un sentido, linealmente, sino que implica una mediación, un diálogo mutuo entre el intérprete (sujeto cognoscente)

(24) La opinión de Larenz en este punto parece coincidir con la de Bobbio (Cfr. N. BOBBIO, *obra citada*, pág. 221.).

(25) «Por tanto, la Metodología describe no sólo cómo se ha de proceder de hecho, sino que plantea también la cuestión sobre el valor, sobre el posible éxito de ciertos métodos. No procede en esto tan sólo «descriptivamente», sino también «normativamente» («MCD», pág. 236). Y, en nota a pie de página, puntualiza: «Yo habría preferido ciertamente decir que únicamente suponen recomendaciones, no preceptos que hayan de seguir estrictamente» («MCD», pág. 237). Por «Metodología» me parece que aquí hay que entender, indistintamente, la metodología jurídica y la metodología de la ciencia jurídica.

(26) «MCD», pág. 192.

y el texto (objeto de conocimiento) (27). Además, la interpretación tiene un carácter problemático en el sentido de que siempre caben diferentes posibilidades de interpretación. Así, en la interpretación jurídica siempre existirá un margen de libre arbitrio hecho posible por el carácter no unívoco del lenguaje jurídico, lo cual no impide —en opinión de Larenz— que se trate de un procedimiento metódico e incluso científico. Finalmente, en el caso de las normas jurídicas, éstas se interpretan generalmente para ser aplicadas a hechos concretos. Por eso, a diferencia de la interpretación histórica, en la que se trata de salvar la distancia entre los testimonios de una época pretérita y su presente, en la interpretación jurídica el problema fundamental no es la distancia temporal, sino la distancia entre la necesaria generalidad de la norma y la singularidad del caso concreto.

En cierto sentido, la interpretación jurídica es doble. No sólo hay interpretación de las normas, de los textos normativos, sino también de los hechos a los que se refieren los «supuestos de hecho» de las normas. Tales hechos no pueden conocerse simplemente mediante los procedimientos de las ciencias fácticas, sino que necesitan ser enjuiciados (interpretados). Los hechos que interesan aquí no son los «hechos brutos», algo dado de antemano al que enjuicia, sino los hechos en cuanto enunciados, es decir, algo formado en parte por el que enjuicia. Por otro lado, interpretación de las normas y enjuiciamiento (interpretación) de los hechos son dos momentos, interrelacionados entre sí (28), que integran el proceso de la aplicación del Derecho que, como luego se verá con más detalle, no es un proceso mecánico, sino que en él la interpretación y la valoración juegan un papel decisivo.

Hay un rasgo del método comprensivo que es clave para entender muchos aspectos de la obra de Larenz, y en especial su noción de sistema. El conocimiento «comprensivo» no es, opina Larenz, la reproducción de un objeto subsistente en sí, sino que en él, el propio objeto se crea

(27) La interpretación es un procedimiento circular (el famoso «círculo hermenéutico»), pero no cerrado. En todo proceso de comprensión se da también una «precomprensión» que es tanto más rica cuanto mayor sea la experiencia del intérprete, y que posibilita una primera conjetura de sentido (un «prejuicio», pero en sentido positivo). Cfr. «MCD», págs. 196 y ss.

(28) «El hecho en cuanto enunciado recibe su formulación definitiva sólo atendiendo a las normas jurídicas según las cuales ha de ser enjuiciado; pero éstas, a su vez, serán elegidas y, siempre que se requiera, concretizadas atendiendo al hecho enjuiciable» («MCD», pág. 274-75). Se trata de una de las manifestaciones del «círculo hermenéutico».

Consecuencia de lo anterior es, también, la imposibilidad de separar tajantemente la «cuestión de hecho» y la «cuestión de Derecho» (Cfr. «MCD», págs. 303-308).

en parte en el proceso del conocimiento (29). Consecuentemente, el sistema no cumple simplemente una función reproductiva, sino también productiva. Sobre esto se volverá más adelante.

Ahora bien, se puede admitir que la Jurisprudencia teórica (al igual que la jurisprudencia de los tribunales) sea una actividad comprensivo-interpretativa, pero resulta más difícil admitir que sea por esto una ciencia. Concretamente, la afirmación de Larenz de que la Jurisprudencia es una ciencia «porque problematiza en principio los textos jurídicos, es decir, los interroga en relación con las diferentes posibilidades de interpretación» (30) parece muy poco razonable. Si cualquier actividad interpretativa que supone alguna dificultad («problematicidad») fuera científica, entonces también lo sería la actividad del juez (y no sólo la del «científico» del Derecho), del traductor, del periodista o del cabalista. Evidentemente, ello supone la aceptación de un concepto de ciencia en el que caben demasiadas cosas y que correría el riesgo de resultar vacío.

2.4. LA JURISPRUDENCIA COMO CIENCIA VALORATIVA

El desarrollo de la Jurisprudencia en Alemania habría conducido en los últimos tiempos, en opinión de Larenz, hacia una Jurisprudencia valorativa. El origen de este movimiento, aún no consolidado, estaría en la superación del positivismo (a partir del neokantismo) y de la tesis que niega la posibilidad de una ciencia de valores: «En la Jurisprudencia —escribe Larenz en el prólogo a la tercera edición— no se trata de un «conocimiento del objeto» neutral al valor, sino de la comprensión de conexiones normativas de sentido y de un pensamiento «orientado a valores». La misión de la Metodología es mostrar la posibilidad y el modo específico de este pensamiento (...). Quien considere posibles modos específicos de pensamiento «orientado a valores» adopta una postura contraria al concepto «cientificista» de ciencia hoy dominante (31). Además, Larenz precisó no confundir los «valo-

(29) La ciencia del Derecho es capaz de contribuir a configurar su propio objeto, el Derecho positivo. «Esto sólo extraña a quien no se libera de la idea de que el “conocimiento” es siempre la reproducción en la conciencia cognitiva de un objeto subsistente en sí”. Pero esta idea es equivocada, como nos enseña la Hermenéutica, con respecto a la comprensión de las obras del espíritu y, en especial, con respecto a la comprensión jurídica. El orden jurídico no existe plenamente independiente del proceso del comprender, sino sólo del modo como, en base a este proceso, se muestra en cada caso en la comprensión de los llamados a su aplicación y desarrollo» («MCD», pág. 399).

(30) «MCD», pág. 193.

(31) «MCD», pág. 5.

res» en el sentido de tomas de posición puramente personales, con «pensamiento orientado a valores». La Jurisprudencia «ha creado —aun cuando esto no es conocido en absoluto por la mayoría de los juristas— métodos de pensamiento orientado a valores, que han de ser equiparados enteramente a los de otras ciencias en principio «libres de valores» (32).

El giro desde una Jurisprudencia de conceptos a una Jurisprudencia orientada a valores es hasta tal punto decisivo para Larenz que considera incluso dudoso que a la nueva Jurisprudencia se la pueda seguir denominando «dogmática» y si él lo sigue haciendo es, simplemente, por la falta de un término más adecuado (33).

El carácter valorativo de la Jurisprudencia está presente, aunque no siempre con la misma intensidad, en las tres funciones que ésta desarrolla y que luego se tratarán con más detalle.

En primer lugar, la Jurisprudencia teórica, aunque no esté inmediatamente orientada a la práctica, a la aplicación del Derecho (en esto se diferencia de la propia praxis de los tribunales) suministra criterios de interpretación para la aplicación del Derecho por parte de los tribunales y de los funcionarios administrativos. Pero lo que se interpreta son, fundamentalmente, normas, prescripciones, a las cuales subyacen valoraciones, por lo cual «comprender» una norma jurídica exige descubrir la valoración en ella decretada y su alcance» (34). La peculiaridad de la ciencia del Derecho y de la jurisprudencia judicial consiste precisamente, según Larenz, en que tienen que ocuparse casi exclusivamente de valoraciones (35). Y ello resulta todavía más mani-

(32) «MCD», pág. 233. Pero la verdad es que la prueba de esta «equiparabilidad» no la ofrece Larenz por ningún lado.

(33) «Es ciertamente problemático si el término «Dogmática» es todavía adecuado para una Jurisprudencia que está abierta a nuevas cuestiones, que se entiende a sí misma, no tanto como inferencia lógica de premisas estables, cuanto como pensamiento comprensivo y orientado a valores. Si con ello se entiende un sistema cerrado al modo de axiomas considerados firmes y conclusiones obtenidas de ellos por la vía lógico-deductiva, no es ciertamente acertado. Pues ni las normas del Derecho positivo, ni los conceptos fundamentales del sistema abstracto-conceptual, son dogmas inmutables, y los principios jurídicos decisivos son pautas que necesitan concretización» («MCD», págs. 220-21).

(34) «MCD», pág. 203.

(35) «Frente al filósofo de la Moral, que intenta algo similar, el jurista tiene en esto la ventaja de que a él las pautas de valoración últimas le son dadas en el orden jurídico, en la Constitución y en los principios jurídicos aceptados por ésta. Para él, «justificar» una resolución quiere decir: mostrar que ésta está en consonancia con esas pautas fundamentales y con su posterior configuración en el orden jurídico total —con inclusión de los criterios de resolución elaborados por la jurisprudencia de los Tribunales» («MCD», pág. 286).

fiesto cuando para la aplicación del Derecho al caso no es suficiente con la interpretación y ésta debe «continuarse» en un desarrollo del Derecho del que luego se hablará. En definitiva, sólo quien considere la aplicación del Derecho como una operación puramente mecánica, como una simple subsunción lógica, puede prescindir de las valoraciones.

Por lo que hace a la segunda de las funciones de la Jurisprudencia, el establecimiento de criterios para modificar el Derecho (en definitiva, la Jurisprudencia en cuanto política del Derecho), la asunción de puntos de vista valorativos es innegable.

Finalmente, la orientación a valores aparece también en la construcción del sistema que es la tercera de las funciones de la Jurisprudencia. Esta no puede renunciar, en opinión de Larenz, a la tarea de sistematizar el ordenamiento jurídico, pero para ello no debe utilizar exclusivamente el «sistema externo» formado con conceptos abstractos y en principio ajeno a los valores (el prototipo de este sistema es el construido por la Jurisprudencia de conceptos), sino que debe construir también, y fundamentalmente, un «sistema interno», elaborado a partir de «tipos», «conceptos determinados por la función» y «principios» y que es, de manera muy especial, un sistema de valores.

La defensa por parte de Larenz de una Jurisprudencia valorativa, pero al mismo tiempo sistemática, metódica, sitúa a este autor en una posición intermedia con respecto a las de otros dos conocidos teóricos de la ciencia jurídica (alemana): Viehweg (36) y Luhmann (37). Con el primero, Larenz comparte la idea de una Jurisprudencia valorativa, la idea de que la Jurisprudencia debe hallar —como dice Viehweg— la solución *justa* para el caso concreto, pero se separa de él al considerar que la tónica supondría un abandono del sistema, del método, para caer en la arbitrariedad (38). Respecto a Luhmann, Larenz está de

(36) Cfr. T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, prolog. de E. García de Enterría, trad. de L. Díez-Picazo, Taurus, Madrid, 1964.

(37) Cfr. N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1974, y mi trabajo, *El futuro de la dogmática jurídica. A propósito de un libro de N. Luhmann*, «El Basilisco», núm. 10, Oviedo, 1980, págs. 63 y ss.

(38) «Para llegar a resoluciones “rectas” (...) el juez precisa la ayuda de una Ciencia del Derecho, que no sólo le proporciona las reglas y normas de decisiones particulares, sino que también le esclarece las valoraciones a ellas subyacentes, así como las relaciones, grados, dependencias y limitaciones recíprocas, y la armonía de los principios jurídicos, institutos jurídicos y regulaciones. Con una mera colección de puntos de vista, que parecen equivalentes entre sí y están unos al lado de otros sin relación, nada se ha conseguido» («MCD», pág. 156). Según Larenz, no cabría hablar de contraposición entre pensamiento problemático

acuerdo con la revalorización de la dogmática jurídica que éste afectúa, pero, naturalmente, no le sigue en la descalificación que Luhmann hace de una dogmática orientada hacia los valores (39).

El modelo de Jurisprudencia propugnado por Larenz, a pesar de su orientación hacia valores, no implicaría, en su opinión, «pérdidas de seguridad en el pensamiento jurídico» (40). La razón de ello es que tanto la Jurisprudencia teórica como la jurisprudencia de los tribunales deben operar, salvo casos muy excepcionales, dentro de los valores establecidos en el ordenamiento jurídico y en especial dentro de las valoraciones recogidas en la Constitución. Ahora bien, esta vinculación, tanto del práctico como del teórico (dogmático), al Derecho positivo (41) va acompañada de la presuposición del carácter racional, justo (al menos potencialmente) del Derecho positivo, y por tanto también de los valores del sistema jurídico (de ahí su tendencia a negar la existencia de contradicciones normativas o valorativas en el sistema) (42). Como consecuencia de ello, también se presupone la posibili-

(tópico) y pensamiento sistemático. En su opinión, la argumentación jurídica, aunque sistemática, metódica, no es ni argumentación lógico-formal ni tópica (Cfr. «MCD», pág. 482).

(39) Cfr. «MCD», págs. 221 y ss. Entendidos los valores, la justicia, en sentido material, no en sentido puramente formal (equivalente a igual aplicación de la ley): si se entendiera de esta última manera, también la dogmática jurídica defendida por Luhmann se orientaría hacia los valores.

(40) Cfr. «MCD», págs. 496 y ss. (Apéndice). El argumento de la seguridad jurídica lo esgrime también Luhmann para defender su concepción tradicional de la dogmática jurídica.

(41) Aunque no cabría hablar (Larenz se refiere a un sistema no de *common law*) de vinculación a los precedentes (Cfr. «MCD», págs. 429 y ss. y 495). La vinculación del dogmático a la ley es menos estricta, ya que él no tiene, como el juez, la obligación de resolver en cualquier caso y, por lo tanto, mantiene, respecto al Derecho, una mayor distancia y capacidad de crítica.

(42) La racionalidad del objeto aparece, en Larenz, como una necesidad para que pueda constituirse la Jurisprudencia como ciencia. Veamos algunos ejemplos: El «material» de que trata la Jurisprudencia, el Derecho vigente «varía, por cierto, con el tiempo, pero para su tiempo (y para su ámbito de validez), le corresponde siempre un especial significado, a saber: el de ser expresión, muestra vinculante —si bien adolece de todos los defectos de las creaciones humanas— de la *idea del Derecho*». La ciencia (dogmática) del Derecho trata de lo justo aquí y ahora, es decir, de «lo relativamente justo», aunque no de lo que es justo «en sí», cuya determinación correspondería al filósofo del Derecho (Cfr. «MCD», pág. 27).

La Jurisprudencia «no debe intentar negar ese límite [se refiere a los principios fundamentales del orden jurídico vigente] —por temor a ser considerada «acientífica» o, simplemente, «enemiga del progreso»—, sino aceptarlo en su propia autocomprensión. Una denominada «teoría crítica», que considera el Derecho vigente sólo bajo un aspecto —en todo caso unilateral— de constatación de «relaciones de dominio», no tiene necesidad de rastrear el contenido de justicia de las regulaciones y resoluciones particulares; puesto que, para ella, el resultado negativo es seguro de antemano. La Jurisprudencia se propone, precisamente, este esfuerzo. Para ella no se trata sólo de claridad y seguridad jurídica, sino también de «más justicia» en el paulatino trabajo de detalle. Quien cree

dad de dar una respuesta justa a todo caso jurídico posible, operando dentro del marco del Derecho positivo (43). No creo que fuera difícil mostrar con cuanta frecuencia el presupuesto no pasa de ser una pura (y peligrosa) ficción.

2.5. EL CARÁCTER CIENTÍFICO Y TÉCNICO DE LA JURISPRUDENCIA

El problema de si la Jurisprudencia tiene un carácter exclusivamente pragmático o si, por el contrario, posee también valor cognoscitivo no es otro que el problema de si la Jurisprudencia es una técnica o una ciencia. La respuesta de Larenz a esta vieja cuestión es que es ambas cosas a la vez. Ya en las primeras páginas de su *Metodología* escribe: «Estimamos que la Jurisprudencia es de hecho una ciencia (y no sólo una tecnología, aunque también sea esto), porque ha desarrollado métodos que aspiran a un conocimiento racionalmente comprobable del Derecho vigente» (44).

El problema de la cientificidad o no de la Jurisprudencia aparece también tratado en la parte histórica. Así, Larenz critica a la Jurisprudencia de intereses de Heck, que considera que la única misión de la dogmática es «facilitar al juez su oficio», porque, según aquél, muchas investigaciones jurídico-dogmáticas cumplen también fines teóricos (por

poder prescindir de éste, no debería de hecho dedicarse en modo alguno a ella» («MCD», pág. 183; Cfr. también, *ibidem*, pág. 182).

«La misión del sistema científico es hacer visible y mostrar la conexión de sentido inherente al orden jurídico como un todo con sentido (...). Al efecto se presupone siempre que las reglas de Derecho y los diferentes complejos de regulación están de hecho entre sí en una tal conexión de sentido, es decir: que son algo más que una aglomeración de normas particulares basada en la «arbitrariedad» del legislador o en otros factores más o menos casuales. Que esta propuesta es verdad, que es inherente al orden jurídico dado —prescindiendo de su condicionalidad histórica y algunas casualidades particulares— un sentido racional, no puede «demostrarse» de modo exacto, pero sí puede ponerse en claro mediante el descubrimiento de esa conexión de sentido» («MCD», 479-480). El argumento de Larenz aquí es claramente circular.

Cfr. también *infra*, notas 52 y 76.

(43) La dogmática, casi siempre sin declararlo, presupone que la resolución del tribunal es racional y fundamentada según el Derecho positivo. La presuposición es una hipótesis de trabajo que no siempre se confirma, por lo cual, la Jurisprudencia teórica puede ejercer una labor crítica con respecto a la praxis de los tribunales. «Pero, en conjunto, existe la disposición, presente hoy con mayor intensidad que antes, de aprender unos de otros» («MCD», pág. 227).

(44) «MCD», pág. 26. Y añade: «La Ciencia del Derecho tiene que vérselas con el Derecho (...), un objeto que nosotros no somos capaces de aprehender de otro modo que haciéndonos conscientes de su *sentido*, del *significado* de determinados actos y de su objetivaciones —por ejemplo, en leyes, resoluciones judiciales, contratos—. Es, por tanto, una ciencia «comprensiva», que procura interpretar de un modo determinado el «material» que le es dado, a saber: normas e institutos de un Derecho «positivo»» («MCD», pág. 26).

ejemplo, dar mayor claridad al Derecho, descubrir conexiones jurídicas de sentido, etc.). Además, según Larenz, tanto las ciencias naturales como las sociales (incluyendo aquí a la ciencia jurídica) pueden ser cultivadas «lo mismo sólo por su valor cognoscitivo que por su influencia práctica en la "vida"; lo que, tanto en uno como en otro caso, la convierte en ciencia es únicamente el método, que, por su parte, es determinado por el objeto y las condiciones de su conocimiento» (45). Dicho de otra forma: el carácter teórico o práctico de una disciplina no influye en su posible científicidad. Por motivos análogos, Larenz tampoco está de acuerdo con Ehrlich, para el cual la verdadera ciencia del Derecho es la sociología jurídica, mientras que la dogmática jurídica no sería una ciencia, sino una tecnología, pues únicamente sirve para fines prácticos. Por el contrario, para Larenz, la sociología del Derecho es una entre las varias ciencias que se ocupan del Derecho, pero no «la *única posible* verdadera ciencia acerca del Derecho» (46).

Larenz no pone en ningún momento en duda la importancia de la Jurisprudencia para la praxis. La Jurisprudencia emite enunciados sobre el Derecho vigente de los que se siguen, en general, criterios de decisión para resolver casos jurídicos. El carácter pragmático de la Jurisprudencia es incluso tan intenso que la diferencia entre ésta y la propia praxis jurídica (en especial la de los tribunales) no siempre está clara en la obra de Larenz. En teoría, la diferencia sería la siguiente: la Jurisprudencia teórica suministra criterios a la praxis y ésta proporciona, en parte, el material a la primera; mientras que la dogmática mira más a lo general, la jurisprudencia se centra en la justicia del caso (47); finalmente, la Jurisprudencia teórica al no encontrarse ante la obligación de decidir todo caso que se le presente, puede mantener también una mayor distancia crítica. Por otro lado, Larenz considera que la Jurisprudencia seguiría cumpliendo esta función práctica de cara a la aplicación del Derecho (primera función de la Jurispruden-

(45) «MCD», pág. 72.

(46) «MCD», pág. 89.

(47) Pero esta diferencia no parece ser tan esencial. Por ejemplo, en los países del common law, en donde las elaboraciones de los juristas teóricos tienen mucha menor relevancia que en los de Derecho continental (la idea de una «ciencia jurídica» resulta totalmente extraña; hasta hace poco en Inglaterra estaba prohibido que los jueces citasen sentencias de escritores contemporáneos) la magistratura es la que suele discutir los problemas teóricos emitiendo juicios (inevitablemente valorativos) de bajo nivel de generalidad y formulados *ad hoc*, produciendo un estilo «intuicionista» de Administración de justicia. Cfr. C. NINO, *obra citada*, cap. VI.

cia), aun en el supuesto de una amplia utilización de computadoras en la administración de la justicia, pues siempre será necesario interpretar las normas para poder traducirlas a lenguaje de computadora o, cuando menos, siempre habrá necesidad de interpretar los hechos, cuya exposición en el proceso siempre tendrá lugar a través de un lenguaje natural (48).

La Jurisprudencia también cumple una función práctica en la medida en que contribuye a la preparación de la legislación (segunda función de la Jurisprudencia). Con la ayuda de la sociología del Derecho y del Derecho comparado, la Jurisprudencia, en opinión de Larenz, ayuda al legislador en cuanto que pone en claro los problemas jurídicos que se presentan y sus implicaciones, elabora propuestas de solución y contribuye, en definitiva, a la formulación de nuevas leyes (49).

Ahora bien, el que la Jurisprudencia cumpla esta función práctica, y que incluso no persiga separada de ella una función puramente teórica, ya que todos sus conocimientos, en definitiva, deben redundar en beneficio del funcionamiento del Derecho (también persigue un fin práctico la tercera de las funciones de la Jurisprudencia: la construcción del sistema), no quiere decir que no pueda cumplir también una función cognoscitiva. En opinión de Larenz, extensas partes de las ciencias naturales y de la medicina están en esta misma situación de orientación preferentes hacia la práctica y, sin embargo, nadie les niega por ello que aporten conocimiento. Si se produce esta negación en el caso de la Jurisprudencia *se debe, en primer lugar*, a que se supone que sólo puede obtenerse conocimiento en la esfera libre de valoraciones; y, en segundo lugar, a que se piensa también que no cabe conocimiento de un objeto fugaz y contingente como es el Derecho positivo. La primera de estas cuestiones ya ha sido discutida. Sobre la segunda (la famosísima crítica de von Kirchmann), Larenz aduce como argumento en concreto que la Jurisprudencia se ocupa a menudo tanto de problemas recurrentes (y, por lo tanto, no fugaces), como de problemas jurídicos generales que se plantean de forma similar en diversas comunidades jurídicas. Pero la verdad es que los ejemplos que aduce Larenz no parecen referirse propiamente a la Jurisprudencia, sino más bien al Derecho comparado y a la teoría general del

(48) Cfr. «MCD», págs. 230-31. Lo primero no es tan cierto, ante la eventualidad, quizás no tan lejana, de que las computadoras cumplan también un importante papel en el establecimiento de las normas jurídicas.

(49) Cfr. «MCD», pág. 229.

Derecho (que son disciplinas que —a diferencia de la Jurisprudencia— no tienen como objeto de estudio un determinado Derecho vigente) (50).

En definitiva, piensa Larenz, si la Jurisprudencia debe servir para la praxis, su valor sería escaso si no estuviera «en situación de obtener conocimientos que sean apropiados para originar una mejor comprensión del Derecho vigente, de los problemas jurídicos en absoluto y de sus posibilidades de solución» (51). Y esta meta cognoscitiva, el descubrir el Derecho vigente aquí y ahora, la logra fundamentalmente mediante la construcción del sistema, en especial de lo que Larenz llama el «sistema interno» y del que luego se hablará (52).

Sin embargo, una cosa es que pueda hablarse de conocimiento en el campo de la Jurisprudencia (algo por lo demás evidente y en lo que no merece la pena detenerse) y otra cosa es que ese conocimiento pueda considerarse *científico*, tal como parece dar a entender —confusamente (53)— Larenz. La obscuridad de su planteamiento en este punto tiene su origen, en mi opinión, en la falta de distinción entre la ciencia y la técnica (una consecuencia más de su confuso —o acaso inexistente— concepto de ciencia).

Mario Bunge ha señalado que lo que caracteriza a la ciencia frente a la tecnología (la diferencia que él establece entre «tecnología» y «técnica» es que la primera, a diferencia de la segunda, emplea conocimiento científico) no es tanto el método, que en ambos casos es parecido, sino

(50) Cfr. «MCD», págs. 233 y ss. Por otro lado, parece claro que, por ejemplo, la medicina no podría ser considerada (y cultivada, según hace Larenz con la Jurisprudencia) como una «ciencia de cada pueblo» (Cfr. *supra*, nota 10).

(51) «MCD», pág. 235.

(52) Para que la Jurisprudencia lleve a cabo su meta cognoscitiva (Larenz insiste en un punto del que ya antes se había tratado —Cfr. nota 42—) hay que presuponer «al menos en el sentido de una hipótesis de trabajo, que a esta materia es inherente, hasta cierto punto, un cierto orden interno, que en conjunto puede ser entendido como intento de respuestas concordantes entre sí a problemas jurídicos en cuanto tales. Sin esta presuposición, apenas le queda más que la tarea de coleccionar y registrar —una tarea con la que en ningún momento se ha sentido satisfecha—» («MCD», pág. 237).

(53) Como prueba de ello, sirva el siguiente párrafo tomado del apéndice: «Ahora bien, yo no considero decisivo que la Ciencia del Derecho se considere o no “ciencia” en el sentido de un concepto de ciencia orientado a las ciencias “exactas”, sino que se reconozca que la Jurisprudencia, debido a la “implicabilidad” [valorativa] de sus conceptos —sí es que ha de ser, si no una “ciencia”, si al menos un procedimiento lógico ordenado, que es capaz de proporcionar conocimientos dentro de ciertos límites— tiene que desarrollar y ha desarrollado algunas formas y métodos de un «pensamiento orientado a valores», que luego no pueden ciertamente posibilitar una exactitud última y unas deducciones lógicamente obligantes» («MCD», pág. 512). En otros pasajes, el carácter de ciencia de la Jurisprudencia aparece como indubitado.

la meta que se proponen alcanzar: «La finalidad de la investigación científica es la verdad por la verdad misma; la meta de la investigación tecnológica es la *verdad útil* a alguien. En otras palabras —continúa Bunge—, mientras que para el científico un objeto de estudio es una *cosa en sí*, existente por sí misma, el tecnólogo sólo se interesa por la *cosa para nosotros*, aquella que está en nuestro poder crear, controlar o destruir. Y en tanto que para el científico el conocimiento es una meta última que no requiere justificación, para el tecnólogo es una finalidad intermedia, algo a obtener: sólo para ser usado como medio para alcanzar una meta práctica (54).

Si esto es así, no debería haber ninguna duda de que la Jurisprudencia es, en todo caso, una tecnología (por cierto, al igual que la medicina), lo cual, además de ayudar a enfocar mejor el problema de su naturaleza, no tendría por qué despertar ningún complejo de inferioridad en el jurista teórico (y menos, claro, en el práctico). También, además de la medicina, la ingeniería, la agronomía, la bioingeniería, la psiquiatría o la informática lo son y, al mismo tiempo, actividades generalmente prestigiosas. El problema para la Jurisprudencia tendría que ser más bien el de ver si se trata de una tecnología o por el contrario, de una simple técnica y, si pretende ser lo primero, el de determinar cuáles serían las ciencias más próximas a ella y cuáles sus relaciones recíprocas.

2.6. LAS FUNCIONES DE LA JURISPRUDENCIA

Para acabar de dar una idea completa de la metodología de Larenz, me parece interesante intentar precisar cuáles son las funciones principales que él atribuye a la ciencia del Derecho o Jurisprudencia. Aunque no aparecen claramente explicitadas en su obra, creo que pueden reducirse a las tres siguientes, a las que ya me he referido ocasionalmente: la primera de ellas se corresponde con la orientación de la Jurisprudencia hacia la aplicación del Derecho; la segunda, la desarrolla la Jurisprudencia en cuanto que se orienta hacia la creación del Derecho (y por lo tanto, hacia la legislación, que en el esquema de Larenz es la única instancia propiamente creadora de Derecho); y la tercera función, la de sistematización, tiene lugar en la medida en que la Jurisprudencia se orienta hacia el propio Derecho. Naturalmente, estas tres funciones

(54) MARIO BUNGE, *Tecnología y filosofía*, en *Epistemología*, Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1980, págs. 212 y 213. Y añade: «en otras palabras, al tiempo que el científico busca *conocer por conocer*, el tecnólogo busca *conocer para nacer*» (pág. 213).

están interrelacionadas entre sí, pero me parece que pueden diferenciarse a efectos expositivos.

Por lo que se refiere a la primera de estas funciones, Larenz insiste a lo largo de toda su obra (lo que, por cierto, no puede considerarse ninguna novedad) en la simplificación que supone reducir la aplicación a una simple operación de subsunción. Como ya hemos visto, tanto la premisa mayor (la norma) como la premisa menor (los hechos) necesitan ser interpretados, y en esta interpretación no puede eludirse el trato con las valoraciones. Es interesante, pues, constatar, que Larenz no reduce la interpretación a la interpretación de las normas (y más en concreto, de la ley) (55), aunque trate sobre todo de este último tipo de interpretación.

En este punto, Larenz reelabora la teoría tradicional (savignyana) de la interpretación, guiado por la idea de que ésta no puede abandonarse al arbitrio del intérprete (aunque el arbitrio cumpla un cierto papel), sino que es preciso construir criterios *metodológicos* de interpretación. La aportación de la Jurisprudencia aquí (e indirectamente de la teoría de la Jurisprudencia) consiste precisamente en suministrar al órgano aplicador tales criterios de interpretación.

Los diferentes criterios de interpretación no son otros tantos métodos, sino diversos puntos de vista que han de ser (todos) tenidos en cuenta, aunque mantengan entre sí un cierto orden preferencial. Así, la averiguación del sentido literal de la ley (interpretación literal) es el punto de partida de la interpretación y determina, al mismo tiempo, el límite (el margen de significado posible) dentro del que deberán operar los otros criterios. Si aquél no es suficiente, entonces deberá pasarse a indagar la conexión de significado de la ley (interpretación sistemática); si todavía esto último no basta puede recurrirse a la intención reguladora del legislador (interpretación histórica) y, finalmente, a los criterios teleológicos objetivos, teniendo especialmente en cuenta los principios constitucionales (interpretación teleológica). Existen, sin embargo, casos-límite en los que estos criterios (que operan conjuntamente) no son suficientes, y, por tanto, el intérprete tiene que decidir según su libre arbitrio, pero manteniéndose siempre dentro del límite mar-

(55) Además de la interpretación de los hechos, existen, si se quiere como especies de la interpretación normativa (y aparte de la interpretación de la ley), la interpretación del Derecho consuetudinario, de los precedentes y de las declaraciones juridico-negociales, Cfr. «MCD». págs. 354 y ss. y 295 y ss.

cado por los anteriores criterios, y en especial dentro del límite señalado por el sentido literal, pues en otro caso ya no podría hablarse, según Larenz, de «interpretación» (56).

Ahora bien, la operación de aplicar el Derecho, es decir, la operación consistente en hallar una solución para todo caso (jurídico) exige en ocasiones a los jueces ir más allá de la interpretación, para llegar al *desarrollo* del Derecho (el paso de la interpretación al desarrollo del Derecho es, naturalmente, fluido). La Jurisprudencia, igual que en el caso de la interpretación, suministra también criterios de orientación para el desarrollo del Derecho que puede ser, por otro lado, de dos tipos: desarrollo inmanente a la ley y superador de la ley.

El primer supuesto tiene lugar ante la aparición de una laguna (57) que debe colmarse atendiendo a la teleología inmanente a la ley. La interpretación no es aquí suficiente (aunque siga siendo necesaria) y de ahí que la Jurisprudencia haya creado métodos (para la utilización por el práctico) como la analogía y la reducción teleológica, que son procesos de pensamiento orientado a valores (58).

El desarrollo del Derecho más allá de la ley se plantea ante la existencia de cuestiones *jurídicas* que aún no pueden solucionarse mediante los procedimientos anteriores. Se trata en todo caso «de un desarrollo del Derecho ciertamente “extra legem”, al margen de la regulación legal, pero “intra ius”, dentro del marco del orden jurídico total y de los principios jurídicos que le sirven de base» (59). Dicho desarrollo tiene lugar atendiendo a las necesidades del tráfico jurídico, a la «naturaleza de la cosa» (60) y, fundamentalmente, a los principios ético jurí-

(56) Cfr., por ejemplo, «MCD», pág. 318.

(57) La definición que da Larenz de laguna es la siguiente: «una laguna legal es una “incompletez contraria al plan” de la ley» («MCD», pág. 366).

(58) Cfr. «MCD», págs. 363 y ss.

(59) «MCD», pág. 410.

(60) «Lo que con esto [la naturaleza de la cosa] se quiere decir es, en primer lugar, que ciertos datos fundamentales pertinentes a la naturaleza corporal o a la anímica y espiritual del hombre, que no son variables o lo son sólo difícilmente y en amplios períodos, tienen que ser tenidos en cuenta por el Derecho; si sirven al hombre, no se les debe pedir un precio excesivo. Se quiere decir, además, que ciertas instituciones creadas y usadas por los hombres, precisan, cuando y mientras existan, ciertas reglas, si es que han de cumplir su fin y funcionar de acuerdo con él. No se quiere decir que de ello resulte ya un orden jurídico acabado, algo así como un «Derecho natural con contenido cambiante». La «naturaleza de la cosa» deja constantemente margen para las más diferentes posibilidades de configuración, pero también excluye algunas por plenamente “ajenas a la cosa”, inadecuadas a la cosa» («MCD», pág. 414).

dicos, por lo cual, la incidencia de los valores (de métodos orientados a valores) alcanza aquí máxima intensidad.

En cualquier caso, el desarrollo del Derecho tiene como límite el que se permanezca dentro del campo del Derecho sin entrar en el de la política (creación del Derecho); es decir, debe tratarse siempre de procurar una decisión jurídica, no política (61). No obstante, Larenz reconoce que en casos muy excepcionales los jueces pueden asumir funciones políticas, como ocurre en determinados supuestos de resoluciones del Tribunal Constitucional. Pero tales excepciones no pueden extenderse a lo que él llama «dominios clásicos de la jurisprudencia de los tribunales»: tribunales civiles, penales y administrativos generales (62).

El límite que la aplicación del Derecho (y, por lo tanto, la Jurisprudencia en cuanto que se orienta hacia la aplicación) encuentra en la política, no quiere decir que la Jurisprudencia, la dogmática jurídica, no sea también política jurídica. En efecto, la política jurídica (segunda función de la Jurisprudencia) es, para Larenz, un legítimo campo de trabajo para la Jurisprudencia. «Esta nunca se ha considerado a sí misma sólo como “Ciencia de la administración de justicia”, sino que también se ha considerado siempre como una ciencia a cuya misión pertenece dar expresión a las exigencias jurídico-políticas y elaborar nuevas propuestas de legislación» (63).

Dicho con mayor precisión, la Jurisprudencia tiene en cuenta consideraciones políticas, tanto cuando actúa *de lege data* como cuando lo hace de *lege ferenda*. En el primer caso, como hemos visto, la orientación política es excepcional y tiene como límite el marco de los principios y bases de valoración del propio ordenamiento jurídico, lo cual es una exigencia del Estado de Derecho (en concreto, del principio de la separación de poderes); en definitiva, aquí se tratará siempre de adoptar puntos de vista *jurídico-políticos*. En el segundo caso, la Jurisprudencia propone auténticos *cambios* en el Derecho, pero ello, según la concepción de Larenz, sólo será posible en la medida en que la Jurisprudencia se orienta hacia la legislación en la medida en que habla *de lege ferenda*. Aunque Larenz se refiere a esta última función de la Jurisprudencia en diversos lugares de su obra, sin embargo, no

(61) Cfr. «MCD», págs. 425-427.

(62) Cfr. «MCD», pág. 436.

(63) «MCD», pág. 229.

parece ser muy importante. La razón de ello es el presupuesto de que parte, consistente en considerar al Derecho como un ordenamiento racional y justo (o al menos capaz de suministrar una solución justa para cada caso) que hace que el jurista teórico no adopte en general una actitud de crítica frente al Derecho positivo y, por lo tanto, no opere, salvo en casos muy excepcionales, *de lege ferenda*.

La tercera de las funciones de la Jurisprudencia en la que sí insiste Larenz es la de la sistematización del Derecho. Si la Jurisprudencia debe convertirse en una Jurisprudencia valorativa, pero sin abandonar las ideas de método y de sistema, entonces, piensa Larenz, es preciso no contentarse con el sistema «externo» elaborado a partir de conceptos generales y abstractos (una idea de sistema adecuada para las ciencias «cientificistas»), y avanzar hacia un sistema de valores, el sistema «interno», que será el medio adecuado para la «comprensión» del Derecho y que hará realmente que la Jurisprudencia tenga valor cognoscitivo.

Un concepto abstracto (un concepto) es una abstracción de la realidad que se forma con una serie de notas distintivas que son desprendidas, abstraídas, de los objetos en que aparecen. Los conceptos —sigue Larenz— pueden, pues, definirse indicando todas las notas distintivas que los caracterizan y que convienen a una determinada clase de objetos, de tal manera que a medida que aumenta el número de notas distintivas (la intención del concepto), se hace menor la clase de objetos a la que conviene (la extensión del concepto). Y a la inversa: a medida que los conceptos se hacen más generales (aumenta su extensión) el número de notas distintivas disminuye. A esto último es a lo que Larenz llama la «tendencia inherente al pensamiento abstractivo a vaciar el sentido»; ejemplos de ello lo serían los conceptos (técnico-jurídicos) de persona o de negocio jurídico (63 bis).

Pues bien, la conceptualización que es —al menos en el caso ideal, puntualiza Larenz— un procedimiento ajeno a valores, y el sistema externo construido a partir de los conceptos (sistema lógico-formal) son medios adecuados para lograr la subsunción lógica en la aplicación del Derecho. Lo que ocurre es, sin embargo, que la subsunción juega, como ya hemos visto, un papel poco importante en tal operación que, por el contrario, es, en la mayoría de los supuestos, un proceso orientado a valores. Y si se quiere que discurra además por cauces metódicos (naturalmente, según el método de una ciencia espiritual, teleológica),

(63 bis) Cfr. «MCD», págs. 444 y ss.

es preciso construir un sistema capaz de dar cuenta de las conexiones internas (valorativas) del orden jurídico. Lo que hace posible el sistema interno son formas de pensamiento como el *tipo*, el *concepto determinado por la función* y los *principios* que, a diferencia de los conceptos (y del sistema externo formado con su ayuda), no presentan aquella tendencia a «variar el sentido» y, consecuentemente, permiten descubrir las «conexiones de sentido» del Derecho (y por eso tienen valor cognoscitivo).

No puedo decir que entienda muy bien cuál es el concepto (quizá no sea un «concepto», sino un «tipo» o algo por el estilo) que maneja Larenz de sistema interno, pero creo saber cuál es la finalidad que persigue con ello: se trataría de construir no un sistema que sea como un modelo que *reproduzca* una determinada realidad (la del Derecho positivo), sino un «sistema» con una cierta capacidad *productiva* (de ahí el preconizado carácter «abierto» y «móvil» (64) del sistema interno) y que por lo tanto sea adecuado a una ciencia *comprensiva* que conoce su objeto influyendo sobre el mismo (65).

El *tipo*, según Larenz, sería una forma de pensamiento orientado a valores que se ofrece cuando el concepto abstracto-general no sirve para aprehender un fenómeno vital o una conexión de sentido. A diferencia de lo que ocurre con el concepto, en el tipo «las notas distintas no precisan estar todas necesariamente presentes en cada caso, sino que más bien pueden presentarse con distinta intensidad y *unión*, pudiendo decidir la intensidad o clase de unión en cada caso respecto a su presencia o no presencia» (66). El tipo permite, de esta forma, concebir formas intermedias y figuras mixtas (por ejemplo, nuevas formas de contrato) que no podrían subsumirse en los conceptos preexistentes porque, por ejemplo, comparten características de varios de ellos. La noción de tipo se presenta así como una posible solución al espinoso (y con frecuencia inútil) problema de la «naturaleza jurídica» de las instituciones (67).

(64) Cfr. «MCD», pág. 174.

(65) Cfr. *supra*, nota 29. Así se comprende la crítica de Larenz a Puchta y al conceptualismo, que se basa en afirmar que el sistema lógico-formal no permite crear nada nuevo (Cfr. «MCD», pág. 41 y 42).

(66) «MCD», pág. 208.

(67) Cfr. «MCD», pág. 297 y ss. Sobre el tema véase, EUGENIO BULYGIN, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio* (prólogo de G. Carrió). Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1961.

El pensamiento tipológico también sería de utilidad cuando se trata de caracterizar modos de comportamiento standarizado (como las «buenas costumbres») que se basan en «pautas móviles» no conceptualizables; o también cuando se trata de caracterizar grupos de personas atendiendo a un papel social que se resiste a una fijación conceptual (por ejemplo: «representante de comercio», «jefe de administración», etcétera) (68).

Ahora bien, el valor de la formación de tipos para el conocimiento de las conexiones internas del orden jurídico es limitado, como consecuencia de la proximidad del tipo a lo concreto. Y aquí es donde entra en juego el concepto determinado por la función que comprende un ámbito más amplio de fenómenos que el tipo (pero es más concreto que el principio), aunque es (al igual que el tipo) más rico que los conceptos abstractos con ellos comparables. Por ejemplo, a diferencia del concepto técnico-jurídico (abstracto) de negocio jurídico, el concepto del mismo determinado por la función (que se «esconde» detrás del concepto técnico-jurídico y se «transparenta» a través de él) entendería al negocio jurídico, primariamente, como un medio de autonomía privada, y a partir de esta función intenta comprender la problemática ligada a él y las respuestas dadas al respecto por la ley (69).

Más amplio aún que el concepto determinado por la función (y que tiene en común con esta forma de pensamiento y con los tipos su imperfectibilidad) son los *principios jurídicos*, algunos de los cuales pueden estar declarados en la Constitución (por ejemplo, el principio del Estado de Derecho) o en las leyes, mientras que otros han de ser deducidos de la regulación legal. En general, los principios no tienen el carácter de reglas concebidas de forma muy general, sino que son casi siempre ideas jurídicas directivas de las que no pueden obtenerse inmediatamente resoluciones. Es decir, los principios expresan pautas valorativas que son los centros de referencia para el sistema interno, pero para ello necesitan ser concretizados (70).

Con todo ello se forma el sistema interno, que es un sistema *abierto* en el sentido de que no es un sistema acabado, sino que en él son posibles

(68) Cfr. «MCD», págs. 457 y ss.

(69) Cfr. «MCD», págs. 473 y ss.

(70) «El principio se aclara por sus concretizaciones y éstas por su unión perfecta con el principio. La formación del "sistema interno" se logra mediante un proceso de "esclarecimiento recíproco", que nosotros hemos calificado de estructura hermenéutica fundamental del "proceso de comprender" en sentido estricto» («MCD», pág. 467).

cambios en la clase de armonía de los principios, en su alcance y limitación recíproca, así como en el descubrimiento de nuevos principios; pero también *fragmentario*, pues no es capaz de integrar todas las normas o regulaciones (el sistema externo seguiría, pues, siendo necesario) (71).

Desde luego, lo que cabría preguntarse aquí es hasta qué punto es lícito seguir hablando de sistema y de lógica. Larenz puede tener razón en que en la labor de sistematización del Derecho no puede prescindirse de los valores y en que, por lo tanto, debería intentarse construir una lógica valorativa o teleológica. Pero tal empresa no debería intentarse llevar a cabo (como es el caso de Larenz) permaneciendo de espaldas a lo que *hoy* es la lógica formal, y en especial la lógica deóntica.

3. CONCLUSIONES CRITICAS

Como conclusión de todo lo expuesto hasta aquí podría decirse que el planteamiento de Larenz sobre la Jurisprudencia es susceptible de una doble crítica: metodológica e ideológica.

En efecto, desde un punto de vista metodológico, los esquemas de Larenz adolecen al mismo tiempo de obscuridad y de falta de rigor analítico. Así, el modelo de lógica formal que él critica una y otra vez (identificando falsamente método lógico-formal y Jurisprudencia de conceptos) es una forma de pensamiento que pertenece a la historia de la lógica, pero no a su presente. La frecuente confusión entre el nivel del discurso jurídico (la praxis de los tribunales) y el discurso metajurídico (el de la Jurisprudencia teórica) impide un planteamiento claro de casi todos los problemas que aborda. Y otro tanto puede decirse con respecto a su concepto de ciencia que es, sencillamente, inexistente.

Por lo que se refiere a la noción de «sistema interno», lo menos que puede decirse de ella es que es sumamente obscura y que descansa en presupuestos enteramente discutibles. La base del sistema interno radicaría, como hemos visto, en la noción de tipo y en la superioridad que Larenz atribuye al pensamiento tipológico frente al pensamiento conceptual en la esfera del Derecho y de la ciencia del Derecho. Pero creo que se trata de una presuposición gratuita y que además tiene

(71) Cfr. «MCD», págs. 478 y ss.

efectos inequívocamente obscurantistas, en cuanto que invita a los juristas a seguir el camino del «más o menos» y de la confusión, frente al de la precisión y el rigor. De nuevo, por debajo de la insuficiencia (inflexibilidad) que Larenz ve en los conceptos lógicos está una inadecuada concepción de la lógica. En particular, las conexiones (lógicas) que pueden mantener las notas de un concepto entre sí pueden ser muy variadas y complejas y, desde luego, no se reduce a un nexo mediante conjunciones como parece suponer Larenz. Por el contrario, me parece que la lógica, en combinación con la sociología, la psicología y otras disciplinas humanas, está en condiciones de suministrar auténticos conceptos (que conjuguen la flexibilidad con el rigor) para muchos casos en los que Larenz sólo ve posible un «pensamiento tipológico» (72).

Un sencillo ejemplo de esto último puede proporcionarlo la noción jurídica de *error irreconocible* tal y como se ha intentado redefinir últimamente echando mano de la psicología (73). El error que no puede ser reconocido normalmente se considera como un vicio consensual que, en consecuencia, puede provocar la nulidad, por ejemplo, de un contrato. La jurisprudencia de los tribunales ha caracterizado dicha noción (*avant la lettre*) «tipológicamente» (según lo que Larenz llama un tipo-frecuente empírico), aludiendo al standard del «buen padre de familia»: hay o no error irreconocible según que el comportamiento de que se trate coincida o no con el considerado normal (es decir, con el del mítico «padre de familia» tal y como interpretan esta noción los tribunales). Puen bien, no parece que sea muy difícil, acudiendo a la psicología, pasar de esta noción «tipológica» a otra mucho más precisa e igualmente flexible. El error irreconocible sería «aquella respuesta producida por un número de personas comprendida entre una desviación o sigma por encima y por debajo de la media de respuestas de una muestra representativa» (74).

(72) En el epílogo de su obra (Cfr. «MCD», págs. 505 y ss.) Larenz se ocupa de alguna crítica dirigida contra su concepción del tipo.

(73) Sigo el análisis de LUIS MUÑOZ SABATÉ, en *Introducción a la psicología jurídica*, varios autores, Trillas, México, 1980; y *Dictamen psicológico sobre la prueba de un error-vice consensual*, «Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas», Barcelona, 1974, págs. 141 y ss.

(74) LUIS MUÑOZ SABATÉ, *Introducción a la psicología jurídica*, *op. cit.*, págs. 24-25. El punto de partida de este análisis había sido un caso judicial en el que se discutía si existía o no error irreconocible (y, en consecuencia, debería o no anularse el contrato de venta) en el supuesto de una comunidad de vecinos que compran a la empresa constructora, conjuntamente con el piso, la plaza de garaje, cuando en realidad sólo había lugar para aparcar un número de vehículos standard inferior al número de viviendas. La propuesta concreta consistía en presentar como prueba un sencillo experimento psicológico que mostrara cuáles eran los márgenes habituales de error al calcular la capacidad del local destinado a garaje. El juzgado de primera instancia desestimó la argumentación que fue aceptada por la Audiencia.

Desde un punto de vista ideológico, la concepción de la ciencia jurídica de Larenz es netamente conservadora. Tomando de nuevo esquemas de Bobbio (75), pueden distinguirse dos modelos de ciencia jurídica, según la actitud adoptada por el jurista teórico frente a las tres siguientes variables: 1) variable institucional: el sistema jurídico en que actúa el jurista puede concebirse como un sistema cerrado (las normas que componen el sistema vienen dadas a priori) o bien como un sistema abierto; 2) variable social: el medio social en que se desarrolla su labor puede entenderse como una sociedad estable, o bien como una sociedad en transformación; 3) variable cultural: el propio Derecho puede concebirse como un sistema autónomo, autosuficiente, o bien como un sistema dependiente del sistema social.

Para el primero de los modelos (sistema cerrado-sociedad estable-Derecho como sistema autónomo) el objeto de la ciencia jurídica son las normas previamente dadas, y la función del jurista teórico será la de indicar cuáles son las reglas válidas (determinación del objeto) e interpretarlas (entendida la interpretación como una función reconocitiva, no creativa). Para el segundo modelo (sistema abierto-sociedad en transformación-Derecho como subsistema del sistema social) el objeto de la ciencia jurídica no lo sería tanto las normas como los hechos sociales (relaciones sociales, intereses, hechos culturales), mientras que las normas serían más bien las valoraciones de estos hechos; y la actividad principal del jurista no sería tanto la de interpretar, sino la de buscar el Derecho «in fieri».

El modelo de Jurisprudencia de Larenz estaría, podríamos decir, en un punto intermedio con respecto a los dos anteriores, pero más próximo al primero que al segundo; más incluso de lo que puede parecer a primera vista:

Es cierto que Larenz insiste, una y otra vez, en considerar al Derecho como un sistema abierto en el que no hay sólo normas propiamente dichas, sino también principios (no enteramente determinables «a priori») y resoluciones judiciales, y en donde la propia Jurisprudencia cumple una cierta función normativa. Pero no hay que olvidar tampoco el presupuesto, la hipótesis de trabajo, de que parte, en su opinión, tanto el jurista teórico como el práctico, a saber: que «se debe suponer en la ley la tendencia a posibilitar soluciones que satisfagan la

(75) Cfr. NORBERTO BOBBIO, *Diritto e scienze sociali* (1971), trad. cast. de A. Ruiz Miguel, en N. BOBBIO, *Contribución a la teoría del Derecho*, ya citado, págs. 225 y ss.

justicia» (76). Esto es, para Larenz (en esto sigue siendo hegeliano) el Derecho es algo sagrado, no algo que tenga un valor instrumental (77). Esta sacralización de lo jurídico le impide ver el aspecto ideológico del Derecho (78) y le lleva a considerar como objetivo prioritario de la Jurisprudencia la evitación de contradicciones —normativas y valorativas (79)— que irían contra la racionalidad del objeto. En definitiva, el jurista, en cuanto vinculado a la ley y a las valoraciones del ordenamiento jurídico cumple una función inequívocamente conservadora: ni puede introducir nuevos valores, ni puede tampoco preguntarse en general por las consecuencias de las resoluciones operadas por medio del Derecho (80).

Respecto a la variable social, no cabe duda de que Larenz apuesta por un modelo de sociedad estable, por un modelo de sociedad en el que prevalecen los valores de previsibilidad y de seguridad frente al cambio. Por eso la Jurisprudencia (como la praxis de los tribunales) no trata de cumplir, esencialmente, una función de cambio, sino, precisamente de estabilización (81).

Finalmente, el Derecho, para Larenz, viene a ser (en la práctica) un sistema autónomo (separado del sistema político, económico y de los sistemas éticos no reconocidos por el propio ordenamiento jurídico), mientras que la Jurisprudencia aparece como una disciplina ajena a las otras ciencias sociales. Según Larenz, la Jurisprudencia comparte con las otras ciencias «espirituales» el método interpretativo, pero al parecer estaría privada de incorporarse los contenidos de conocimiento de aquéllas, así como métodos más concretos (y más útiles) que el genérico (y bien abstracto) de la «comprensión de sentido».

(76) «MCD», págs. 345 y 493. Cfr. también anteriormente, notas 42 y 52.

(77) De ahí la crítica que dirige al «utilitarismo social» del segundo Ihering, quien «niega —dice Larenz— juntamente con la independencia categorial de la moral, el propio valor del Derecho, y lo convierte en un juguete de los intereses en cada caso predominantes en la sociedad» («MCD», pág. 70).

(78) Cfr. «MCD», pág. 183.

(79) Las contradicciones valorativas habría que aceptarlas en algún caso, aunque siempre de manera provisional, hasta que se produjera un cambio en la legislación (Cfr. «MCD», pág. 480).

(80) Como hemos visto, la consideración de las consecuencias podría jugar algún papel, excepcionalmente, en las resoluciones del Tribunal Constitucional de gran alcance político y en donde la argumentación puramente jurídica podría no ser suficiente. En cualquier caso, se debe intentar permanecer siempre en el terreno de la argumentación jurídica (Cfr. «MCD», pág. 504-5).

(81) El término «dogmática jurídica», según Larenz, expresa «una serie de “doctrinas” conexas entre sí acerca de lo que es Derecho vigente, que como tales pueden ser participadas, transmitidas y aceptadas como base de ulteriores reflexiones con vistas a la solución de cuestiones jurídicas concretas; es decir, que ejercen una “función de estabilización” en el sentido de Esser» («MCD», pag. 221).