

# CONCEPTOS DE CLASIFICACIÓN Y CONCEPTOS ORDENADORES EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO \*

Gustav Radbruch

Traducción de **José Luis Guzmán Dalbora** Catedrático de Derecho penal  
y de Introducción a la Filosofía jurídica y moral. Universidad de Valparaíso (Chile)

---

RADBRUCH, Gustav. Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2009, núm. 11-r3, p. 13:1-13:10. Guzmán Dalbora, traductor. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-r3.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 11-r3 (2009), 14 oct]

**RESUMEN:** El presente artículo fue escrito por Radbruch en 1938 durante el gobierno nazi, motivo por el que hubo de ser publicado fuera de Alemania. La reflexión parte de la tensión entre la realidad del mundo y los conceptos que sirven para explicarla y comprenderla, y de la correlativa distinción entre los conceptos clasificadores (que pretenden definir los fenómenos, encerrándolos dentro de unos lími-

tes estrictos) de la lógica tradicional, y los conceptos ordenadores (que establecen criterios para secuenciar linealmente los fenómenos a partir de las diferencias de matiz que se puedan dar entre ellos). Del planteamiento epistemológico general, Radbruch pasa a la relevancia de esta distinción en el ámbito jurídico, en torno a, entre otras materias, el *case law*, la interpretación de las normas, el concepto de tipo.

**PALABRAS CLAVES:** Conceptos clasificadores, conceptos ordenadores, lógica, epistemología, *case law*, interpretación, tipo.

Fecha de publicación: 14 octubre 2009

---

Hoy en día la Lógica tradicional tiene que hacer frente a diversas impugnaciones. Se le reprocha que sus conceptos hacen violencia a la vida. La vida conoce sólo matices difusos, pero el concepto pone severos límites a lo largo de tales gradaciones. Don-

\* Con el título *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, este trabajo fue publicado originalmente en la *Revue internationale de la théorie du droit*, número 12, 1938, págs. 46-54, cuando las revistas jurídicas alemanas estaban cerradas para Radbruch por orden del gobierno nacionalsocialista. Tras su deceso, se lo incluyó como apéndice de la monografía *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, en reedición cuidada por Arthur Kaufmann, Darmstadt, 1967, págs. 167-175, y, finalmente, en la *Gesamtausgabe*, o sea, las Obras completas del autor, siempre a cargo de su discípulo, 20 vols., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, t. III (*Rechtsphilosophie*, vol. III, preparado por Winfried Hassemer), 1990, págs. 62-70. Nuestra versión se contrae a la primera estampa. (N. del T.)

de la vida muestra sólo un “más o menos”, el concepto exige una decisión entre “o esto o aquello”. En la vida el interés descansa sobre todo en la extensión de lo normal, que constituye el núcleo del concepto; en cambio, el pensamiento conceptual se interesa de preferencia por las situaciones anormales, los casos periféricos o límite en que se ha de comprobar si el concepto fue correctamente delimitado (“definido”). El producto principal que muestra el concepto no es “comprender”, abarcar un determinado contenido de pensamiento, sino “delimitar”, el muro defensivo con que el concepto se encierra hacia afuera contra otros contenidos mentales. En resumen, el pensamiento conceptual de la tradición es un “pensamiento disyuntivo”, que disgrega y destruye las totalidades de la vida.

En vista de este ambiente de la época, el intento de una metodología que haga más justicia a los difusos matices de la vida tiene que despertar especial interés, máxime si se trata, no de hacer el elogio de una medicina milagrosa, irracional y enemiga del concepto, sino de una innovación en el marco del propio pensamiento conceptual. Expresado con un lema del momento, se trata del hallazgo de lo comparativo para la metodología científica. Los pensadores de que hay que hablar aquí, Paul Oppenheim y su colaborador Carl G. Hempel<sup>1</sup>, contraponen a los conceptos de la Lógica tradicional, que ellos denominan de clasificación a causa de su función clasificatoria, otra variedad de conceptos, los conceptos ordenadores. Los conceptos de clasificación están formados por elementos que sólo cabe atribuir o denegar a un fenómeno individual; en cambio, los conceptos ordenadores contienen propiedades graduables, cualidades que se puede adjudicar a un fenómeno individual en una medida variada, en mayor o menor grado. La expresión idiomática de aquellos elementos es lo positivo, pero de estas propiedades se habla en comparativo, como cuando se dice que el cuarzo es más duro que la piedra caliza. En consecuencia, los conceptos ordenadores mientan una medida entre dos o más fenómenos, los ponen, pues, en orden jerárquico y progresivo, por ejemplo, ordenan en una serie sucesiva los minerales según su dureza, y, así, expresan conceptualmente esos matices difusos que los conceptos de clasificación separan con violencia. Si un concepto ordenador contiene una propiedad graduable, de esa base deriva una serie lineal; si contiene varias de tales propiedades, la secuencia será pluridimensional —se puede ordenar en series los minerales no sólo según su dureza, sino también según su peso y composición química—. Semejantes órdenes secuenciales resultan especialmente fecundos si cabe ponerlos en relación causal con otros órdenes secuenciales, puesto que a partir de conceptos ordenadores es factible llegar al descubrimiento de leyes, lo mismo que a partir de conceptos de clasificación. Mientras éstos son expresados según el esquema “dado esto, luego esto otro”, aquéllos responden al esquema “cuanto más, tanto más”, por ejemplo, cuanto más alto es el precio de los cereales, tanto más frecuentes serán los hurtos.

<sup>1</sup> Carl G. Hempel y Paul Oppenheim, *Der Typusbegriff im Licht der neuen Logik* [El concepto de tipo a la luz de la nueva Lógica], Leiden, 1936; P. Oppenheim, *Von Klassenbegriffen zu Ordnungsbegriffen* [De los conceptos de clasificación a los conceptos ordenadores], *Travaux du IX Congrès International de Philosophie*, Paris, 1-6 août, 1937; indicaciones, ya en P. Oppenheim, *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften* [El orden natural de las ciencias], 1926, págs. 221 y ss.

Entre los fenómenos individuales que son puestos en un orden secuencial es posible señalar algunos ante los demás, cual piedras miliarias que permiten fijar el lugar de los fenómenos entre los existentes. Si se reúne diez minerales de distinta dureza en una escala gradual, con ello se obtiene un esquema de medida en que es posible disponer los demás minerales según esa propiedad. Este proceso representa el tránsito hacia la forma más importante de los conceptos ordenadores: los conceptos de tipos. Se escoge dentro de la serie determinados fenómenos especialmente característicos, puros, clásicos, sean éstos formas extremas o, a la inversa, intermedias, para medir con ellos los restantes fenómenos. Con todo, estos tipos no concuerdan necesariamente con un fenómeno individual; al contrario, ellos son por lo común imágenes construidas que reúnen, con arreglo a ciertos criterios, propiedades esenciales de diversos fenómenos particulares. Puede que tal criterio sea la frecuencia de la presentación de tales propiedades o que éstas sean elegidas según la medida de una idea tenida en vista; pero, en ambos casos, los tipos se alejan de los fenómenos individuales de la realidad — los primeros, los tipos promedio, un poco menos que los últimos, denominados tipos ideales—. Además, los tipos no pretenden en absoluto representar conocimientos de la realidad; quieren ser sólo medios para el conocimiento de los reales fenómenos individuales, constituyen nada más que la red en que los fenómenos individuales pueden ser debidamente dispuestos. Como los conceptos de clasificación, también los conceptos de tipos son medios para ordenar los fenómenos —por cuyo motivo la contraposición de conceptos ordenadores y conceptos de clasificación no parece de pleno acierto terminológico—. Por cierto, el orden apetecido en ambas especies de conceptos puede ser de muy diversa clase. Los fenómenos individuales son subsumidos *en* los conceptos de clasificación, pero son dispuestos entre los conceptos de tipos. Vienen caracterizados por su mayor o menor distancia de este o aquel concepto de tipo, una distancia que puede ser apreciada intuitivamente la mayoría de las veces, determinada en otras de la mano de criterios objetivos, incluso aquilatada métrica, numéricamente, en los casos más felices. Los conceptos de clasificación son separados uno de otro mediante límites netos; los conceptos de tipos pasan uno en otro a través de límites que se desdibujan, como los colores en un círculo colorido. Los conceptos de clasificación separan; los de tipos, unen.

Afortunadamente, Oppenheim y Hempel guardan distancia de toda sobreestimación de su descubrimiento y reconocen su derecho a los conceptos de clasificación, pese a que creen poder constatar en las distintas ciencias una evolución de estos últimos hacia los conceptos ordenadores. Ellos mismos muestran su desarrollo en la Psicología y el estudio de la constitución física, y exhortan a realizar investigaciones semejantes en otros ámbitos de la investigación empírica. Sería tentador exponer el modo de pensar tipológico de Goethe en su concepto del fenómeno primitivo, especialmente de la primera planta<sup>2</sup>. La prolijamente argumentada aplicación de los conceptos de tipo en la teoría del Estado de Jellinek<sup>3</sup> y, siguiendo este ejemplo, en la teoría de la sociedad de

<sup>2</sup> Cfr., por ejemplo, H. Siebeck, *Goethe als Denker* [Goethe, pensador], 4ª ed., 1922, págs. 44 y ss., y 57 y ss.

<sup>3</sup> G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* [Teoría general del Estado], 3ª ed., 1921, págs. 34 y ss. Al respecto, W. Windelband, *Über Norm und Normalität* [Sobre norma y normalidad], en *Aschaffenburgs Monatsschrift für Kri-*

Max Weber<sup>4</sup>, aproxima más a los problemas metodológicos de la actualidad. Jellinek distingue tipos promedio y tipos ideales; en ediciones posteriores, tipos empíricos e ideales. El tipo ideal es una figura del deber ser y el valor; el tipo empírico, una figura del ser y la realidad, obtenida merced a la extracción de los elementos comunes que ofrece la gran mayoría de los casos individuales. Por el contrario, en Max Weber los tipos ideales no son por ventura modelos ideales —es posible establecer también tipos ideales de fenómenos reprobables, por ejemplo, de la prostitución—; antes bien, son esquemas ideales de una realidad expurgada de contingencias individuales, construida con consecuencia hasta en los detalles y, por tanto, acrecentada unilateralmente. Los tipos ideales weberianos, como conceptos referidos a valores, en el sentido de Rickert, ocupan el medio entre los tipos ideales valoradores y los tipos promedio, empíricos y avalorados, de Jellinek —para evitar malentendidos, podría llamárselos tipos idealistas—. Según Max Weber, los conceptos de tipo son, no el fin, sino medios del conocimiento, puros conceptos delimitadores de carácter ideal, de la mano de los cuales se mide la realidad que se compara con ellos; según Jellinek, enseñan a comprender cabalmente el fenómeno individual, puesto que éste, por decirlo así, halla su lugar en el campo total de los procesos sociales sólo merced a aquéllos. Esto no es otra cosa que la expresión, todavía a tientas, del pensamiento de las series tipológicas expuesto por Oppenheim y Hempel

En lo que respecta a la Ciencia del Derecho, Oppenheim califica los conceptos ordenadores como “manifiestamente inadecuados” para la formulación de las leyes jurídicas. “Y es que éstas tienen como finalidad, no comparar diversos supuestos de hecho unos con otros, sino la apreciación de un supuesto particular, de la que resulta que a él se atribuye o deniega una determinada característica”<sup>5</sup>. Esta argumentación no es acertada, puesto que el enjuiciamiento de un supuesto de hecho individual —sea por el legislador, sea por el juez— presupone precisamente que se imagina y compara numerosos casos más o menos emparentados con él, a fin de verificar el alcance para otros casos de la regla jurídica en que se basará la decisión proyectada. Que, pese a ello, la concepción de Oppenheim del método jurídico es correcta en su resultado, eso lo indagaremos en lo sucesivo. Esta investigación es tanto más necesaria cuanto que en el último tiempo el tránsito de los conceptos de clasificación a los conceptos ordenadores ha sido postulado expresamente también para la Ciencia del Derecho —y es que sólo este puede ser el sentido de la fórmula del “pensamiento del orden concreto”, de Carl Schmitt, fórmula que rápidamente devino eslogan—. La norma, dice Carl Schmitt,

*minalpsychologie* [Revista mensual de Psicología criminal, de Aschaffenburg], t. 3, 1907, págs. 1 y ss.; H. Heller, *Staatslehre* [Teoría del Estado], 1934, págs. 61 y ss.

<sup>4</sup> Max Weber, *Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis* [La objetividad del conocimiento científico-social y político-social], en *Archiv für Sozialwissenschaft* [Archivo de Ciencia Social], t. 19, 1904, págs. 43 y ss. Al respecto, K. Jaspers, *Max Weber*, 1932, pág. 46; B. Pfister, *Die Entwicklung zum Idealtypus* [La evolución hacia el tipo ideal], 1928; A. v. Schelting, *Max Webers Wissenschaftslehre* [La teoría de la ciencia de Max Weber], 1934.

<sup>5</sup> Oppenheim, en IX Congrès International de Philosophie, pág. 73 y s. Cuando Oppenheim, en su precedente libro *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften*, págs. 117 y ss., cuenta la Ciencia del Derecho entre las ciencias típicas, es ostensible que tiene en mente, no ya conceptos de tipo de la clase que él desarrolló más tarde, sino precisamente conceptos generales de clasificación.

presupone una situación normal y tipos normales, figuras concretas de la vida, típicamente subordinadas a aquélla, que hay que enjuiciar correctamente, por ejemplo, los soldados valientes, los funcionarios cumplidores de sus deberes, los honestos camaradas, etc. Por más que una norma presuma ser todo lo inviolable que quiera, dominará una situación en la medida en que ésta no sea del todo anormal y en tanto que el tipo presupuesto como normal no haya desaparecido<sup>6</sup>. Schmitt, pues, interpreta los aparentes conceptos de clasificación de las figuras legales como tipos normales y, en consecuencia, pretende saber juzgar los casos atípicos según la “naturaleza de la cosa” en vez de con arreglo a la ley —porque así se llamó hasta este punto aquel modo de pensar el caso individual, tipificador y que juzga desde el tipo, que Schmitt denomina ahora pensamiento del orden concreto—<sup>7</sup>.

El pensamiento jurídico aún hoy dominante concuerda con la opinión de Oppenheim y difiere del postulado de Schmitt, básicamente por el lado del método clasificador. La legislación, con plena conciencia de ello, trabaja con conceptos que ponen cortes netos a través de los matices difusos de la vida; piénsese en los límites de edad, fijados según día y hora, que ignoran deliberadamente lo paulatino de la maduración que va de la niñez a la juventud, de la juventud a la edad adulta. Es más, precisamente esta falta de adecuación de los conceptos jurídicos a la realidad, este ignorar todos los tonos intermedios, cualquier acaso favorable, el rotundo rechazo de todo “no sólo, sino también” o “más o menos”, esta mentalidad severa de “o esto o aquello”, son lo que ha tornado tan repugnante el Derecho, en especial el Derecho romano, para muchos contemporáneos<sup>8</sup>. Sin embargo, todo ello resulta indispensable en vista de lo “factible”, es decir, de la aplicación indubitada del Derecho, por tanto, de la seguridad jurídica —aunque también de la justicia, cuya diosa lleva no sin razón la venda que cubre sus ojos, lo que quiere decir que ella, en su afán de igualdad, juzga no sólo “sin consideración de la persona”, sino también prescindiendo de cualquiera otra (“irrelevante”) diferenciación de la realidad—. Si, empero, tras la superación del liberalismo ortodoxo es una tendencia de nuestra época el adaptar íntimamente el Derecho a la vida, esto ocurre, por lo regular, también merced a la formación de especiales conceptos de clasificación, no mediante conceptos de tipos y órdenes progresivos. Un ejemplo característico es la “imputabilidad disminuida”, precisamente porque ésta parece aludir a un concepto ordenador graduable. El infractor del Derecho, incluso en su regulación legal, no es por ventura más o menos imputable, sino imputable o *in*imputable y, en el primer caso, de imputabilidad plena o disminuida. La imputabilidad no es un concepto de progresión, sino un concepto de clasificación, y la imputabilidad disminuida, asimismo, es sólo el concepto de una subclase.

<sup>6</sup> C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* [Sobre las tres clases de pensamiento jurídico], 1934, págs. 22, 10, 21 y 23. Al respecto, E. Schwinge y L. Zimmerl, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht* [Intuición de esencias y pensamiento del orden concreto en el Derecho penal], 1937.

<sup>7</sup> Sobre la “naturaleza de la cosa”, un concepto especialmente precisado de elaboración, véase H. Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung* [Norma jurídica y decisión], 1929, págs. 78 y ss.

<sup>8</sup> Más adelante se dirá si este reproche, dirigido precisamente contra el Derecho romano, puede ser formulado con justicia.

Por cierto, en más de algún caso el legislador considera imposible hacer justicia a la diversidad de los casos individuales mediante una clasificación que los especialice. En tales situaciones, cada vez más frecuentes, entrega el ajuste de las consecuencias jurídicas del caso individual al arbitrio judicial. Este es el campo en que podemos esperar la observación de conceptos de tipos y órdenes progresivos. Un ejemplo particularmente aleccionador lo ofrece la conmensuración judicial de la pena dentro de los márgenes legales. Ella coloca al juez ante la tarea de encasillar los casos individuales entre dos tipos extremos —los casos más grave y más tenue concebibles para ese delito—, con arreglo a la medida de su mayor o menor distancia de tales tipos. En el futuro, este encasillamiento no permanecerá, como hasta este punto, entregado a la intuición del juez; antes bien, deberá ser guiado por criterios objetivos. El último Proyecto de Código penal del Imperio alemán<sup>9</sup> nombra como tales módulos de la conmensuración judicial de la pena, la voluntad criminosa del autor, la necesidad de tutela de la comunidad del pueblo, el peligro y los daños que causó aquél, su conducta después del hecho. De cada uno de estos factores de conmensuración de la pena deriva un orden progresivo, en cada uno de estos órdenes progresivos hay que asignar su ubicación al hecho punible singular para el que debe ser graduada la pena, y en cada uno de aquéllos la posición jerárquica que se asignó a éste puede ser más alta o más baja que en los restantes órdenes progresivos. Se trata de una progresión pluridimensional de los factores de merecimiento de pena. Pero las posibles medidas de la pena conforman sólo una serie unidimensional, son únicamente más graves o más tenues. De lo que surge la difícil tarea de reducir la progresión pluridimensional de factores de merecimiento de pena a una serie unidimensional<sup>10</sup>. También el legislador del Proyecto advierte este problema, y resume los diferentes módulos del merecimiento de pena en una fórmula unitaria: “La pena debe corresponder, en su especie y medida, a la culpabilidad del autor”. Con esto, sin embargo, muestra sólo el problema, no la vía de su solución, siquiera para el legislador tampoco es factible hacer otra cosa. Queda entregado a la intuición del juez si éste quiere apreciar los diversos órdenes progresivos como elementos equivalentes o desiguales de culpabilidad en el caso individual, y en qué proporción los considera de distinto valor; por tanto, si —algebraicamente hablando— el grado de culpabilidad para el particular hecho punible se obtiene mediante la adición de los números simples en la gradación de las distintas series, o si hay que calcular una pluralidad de estos números para una serie determinada. La serie así obtenida de merecimientos de pena representa el fundamento de la serie respectiva de cuantías penales, está ligada a ella mediante una “ley ordenadora” que sigue el esquema “cuanto más, tanto más” (la cual, por cierto, no es una ley empírica, sino una ley del deber ser, una norma), o sea, que esta ley, no en lo que respecta al grado de la culpabilidad, pero sí en el aspecto de la cuantía de la pena, es susceptible de comprensión métrica, numérica. Por ende, en la conmensuración de la pena cabe ilustrar casi íntegramente los problemas de los órdenes progresivos.

<sup>9</sup> Gürtner, *Das kommende deutsche Strafrecht* [El venidero Derecho penal alemán], Parte general, 2ª ed., 1935, pág. 175.

<sup>10</sup> Hempel y Oppenheim, op. cit. pág. 70.

Y el mismo ejemplo es también ilustrador de la relación entre la formación de series y la formación de clases en el ámbito de la Ciencia del Derecho. Se ha querido basar la graduación de la pena en el mismo concepto del delito, derivar los factores de aquélla de los elementos de éste. Antijuridicidad y culpabilidad, como elementos del delito, serían graduables, por lo cual el propio delito sería un “concepto de grados sucesivos”, cuyas diversas intensidades se corresponderían con distintas medidas de la pena<sup>11</sup>. En el fondo, esto es correcto y fecundo, pero la forma lógica de ese enunciado requiere una corrección. Tal como lo propone la doctrina, él indica que el mismo concepto del delito, por medio del cual se distingue los delitos de aquello que no lo es, serviría también como módulo para el grado del merecimiento de pena. Sin embargo, con razón se ha dicho que un concepto graduable jamás es idéntico a un concepto clasificador, que el elemento comparativo no equivale a la formación clasificatoria de subclases del atributo definido, que el concepto de clasificación y el homólogo concepto ordenador serían, antes bien, conceptos completamente diversos<sup>12</sup>. Esto deriva ya de la distinta delimitación de ambos conceptos: el concepto clasificador del delito posee límites asaz netos y cerrados; es más, su única función reside en distinguirlo de lo que no es delito. En cambio, el delito como concepto graduable tiene límites desdibujados, abiertos, los que permiten descender desde los grados más altos a los más bajos de culpabilidad y, finalmente, incluso pasado el grado cero, subir a los grados menores y luego más elevados del merecimiento. Pretende ser un miembro en una serie progresiva, juntar hechos unos con otros, no separarlos unos de otros, como el concepto clasificador. De modo que entre ambos conceptos existe una franca oposición: en el fluido tránsito del delito a lo que no es tal, franqueado por el concepto graduable de aquél, su concepto clasificador implica, según el criterio de la fluyente continuidad, poner una represa en un punto arbitrario. La matización del concepto graduable del delito, pues, encuentra su barrera en el límite del concepto clasificador del delito, pese a que ella podría proseguir al hilo de su propio sentido. Esta preponderancia del concepto de clasificación sobre el ordenador es un nuevo testimonio del carácter clasificador de la Ciencia del Derecho.

Se indicó antes que el tradicional carácter clasificador de la Ciencia del Derecho tropieza con una creciente oposición (en Carl Schmitt y sus adeptos). Como vimos, ese carácter se basa en la exigencia de seguridad jurídica —en dicha oposición, pues, se expresa una estima menguada de la seguridad jurídica, no sólo de su eficacia, sino, sobre todo, de su valor—. Queda al margen de nuestra tarea discutir dicha concepción; queremos únicamente apreciar sus consecuencias para la metodología jurídica. Si la teoría tradicional del Derecho tuvo en gran parte que renunciar, por mor de la seguridad jurídica, a la consideración individualizadora de la situación concreta, de aquí en adelante esta exigencia, tras la desvalorización de aquélla, ocupa el primer lugar en el pensamiento jurídico. De ahí la visible afición de muchos juristas por un Derecho del caso, a la usanza del *case law* inglés y norteamericano. Por eso, cumple investigar ahora qué papel juegan tipología y orden progresivo en el *case law*<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Mezger, *Strafrecht* [Derecho penal], 2ª ed., 1933, págs. 498 y ss.

<sup>12</sup> Hempel y Oppenheim, op. cit., pág. 40.

<sup>13</sup> Para lo que sigue, Llewellyn, *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika* [Derecho del precedente y

El juez anglosajón (en tanto que no rija el *statute law*) encuentra el Derecho para el caso concreto, sólo que con el efecto de que la regla jurídica en que él basó su decisión, declarándola *ratio decidendi*, halla también aplicación en futuros casos semejantes. Sin embargo, en buena medida resta incierto el círculo estrecho o amplio de casos que abarca la regla jurídica de reciente adquisición. Ante un nuevo caso el juez tiene a disposición un verdadero arsenal de medios de defensa, si es que él considera que la *ratio decidendi* del caso ya juzgado no conviene al nuevo. Puede mostrar que el nuevo caso, desde el punto de vista fáctico, difiere esencialmente del anterior, por cuyo motivo requiere otro tratamiento jurídico. Pero puede mostrar, además, que la *ratio decidendi* del caso precedente hay que concebirla con mayor amplitud que la que resultó necesaria para la decisión de entonces, y, en tal medida, sería un mero *dictum* no vinculante; luego, elaborará la regla jurídica en que se basa efectivamente la decisión, la única de estricta obligatoriedad, el *principle of the law*. Sin embargo, el curso puede tomar también un rumbo opuesto. Puede que el juez de un caso posterior se forme la opinión de que el pensamiento jurídico de la decisión anterior reclama asimismo validez para el acaso divergente que tiene ante sí, pese a que dicho pensamiento cobró estricta expresión en la *ratio decidendi* del juez del primer caso; luego, concederá una formulación general a la regla jurídica en su propio fallo. Tras una serie de fallos semejantes, cuidadosa y repetidamente tanteados, puede que un juez, con motivo de un nuevo caso, consiga exponer, en una síntesis definitiva, el pensamiento jurídico elaborado por grados y a trozos en la serie.

Preguntemos ahora cómo hay que caracterizar en términos lógicos la regla jurídica formulada en una decisión, pero cuyo ulterior desenvolvimiento permanece fuera del alcance de la vista. Llewellyn<sup>14</sup>, con pocas palabras, lo ha hecho de insuperable manera. “En toda regla jurídica existen tres cosas diversas: un firme núcleo substancial de lo que ya está y se proyectó concretamente allí; en seguida, un borde fluido, el de las posibilidades de extensión, que está condicionado también por el eventual texto de la regla; finalmente, una tendencia respecto de esas posibilidades, tendencia condicionada en parte por el núcleo firme, en parte por normas colindantes, en parte por el curso de circunstancias no jurídicas, por las respectivas necesidades de los sujetos jurídicamente interesados”. Se trata, pues, de una formación de ideas cuya validez para una serie de casos centrales es indudable, al paso que no se puede afirmar con seguridad hasta qué punto reclama aplicación, además, para casos que están próximos, aquende o allende sus difusas fronteras; y, en torno, formaciones semejantes provistas de un núcleo firme y bordes fluidos, que se tornan progresivamente rígidos hasta convertirse en una neta línea de separación frente a una formación vecina o, a la inversa, se funden con ésta en una sola imagen. Nos parece que estas imágenes mentales no pueden ser caracterizadas lógicamente sino como conceptos de tipos, y que bajo las operaciones realizadas a su respecto también juegan un papel series secuenciales. Por cierto, estos conceptos de

jurisprudencia en Norteamérica], 1933; Goodhart, *Determining the ratio decidendi of a case*. Essays in Jurisprudence, 1933; de Boor, *Die Methode des englischen Rechts und die deutsche Rechtsreform* [El método del Derecho inglés y la reforma jurídica alemana], 1936.

<sup>14</sup> Op. cit., pág. 79.



tipos son sólo formas intermedias en la vía de la figura final de los apetecidos conceptos de clasificación, aun *in statu nascendi*. Con todo, este *status nascendi* es, en verdad, un estado duradero que jamás se supera definitivamente. Lo incalculable de los casos actuales y futuros vela por que los firmes límites de los conceptos de clasificación, aparentemente alcanzados por fin, sean puestos siempre de nuevo en entredicho, por que se muestren una y otra vez fluidos.

Sin embargo, no sólo el *case law* del juez anglosajón, también el legislador continental, en verdad, encuentra el Derecho para casos concretos, casos que, por supuesto, no le son sometidos por la vida, *hic et nunc*, para su decisión efectiva; antes bien, se los proporciona su memoria o su poder de imaginación. Wilhelm Wundt mostró que, en la realidad de la vida espiritual, se puede presentar los conceptos generales mediante “imágenes representativas” de casos individuales<sup>15</sup>. Pero estas imágenes representativas (como, en general, los conceptos pre-científicos) poseen el carácter de “tipos sin límites fijos”. Así, también al legislador que no quiera contentarse con una ojeada al conjunto de todos los casos ni con la generalidad abstracta de los inexpresivos esquemas mentales, aquéllas procuran una idea de casos individuales típicos, sean éstos los más frecuentes o los más raros. Por eso los conceptos clasificatorios pensados en la ley amadrigan, con gran facilidad, la característica oculta e inconsciente de conceptos de tipos. La ley, así como se desprende de la mano del legislador, antes de toda interpretación, la ley de la que todavía no es seguro si será interpretada extensiva o restrictivamente, si se le aplicará la analogía o el *argumentum a contrario*, comparece cual una imagen tipológica de límites todavía fluidos. Aquella descripción de Llewellyn es aplicable lo mismo al *case law* que a dicho estado primordial del Derecho legislado. Por cierto, también aquí la tipología es sólo una forma preliminar de los apetecidos conceptos de clasificación, el punto de partida de operaciones lógicas que han de conducir desde el concepto de tipo al concepto clasificatorio.

Para el legislador moderno el concepto de tipo es sólo un subproducto, por decirlo así, de un método que aspira a conceptos de clasificación; fue así como el legislador romano, con plena conciencia de ello, se contentó con conceptos de tipos, y dejó a cargo de la interpretación el continuar su formación como conceptos clasificatorios. En el Digesto (1, 3) se recomienda encarecidamente al legislador, con giros que se renuevan una y otra vez (1, 36, 10), dejarse guiar sólo por “*quae plerumque accidunt, quae et frequenter et facile eveniunt*”, no por “*quae perraro eveniunt, quae forte uno aliquo caso accidere possunt*”. Luego, la tarea de la interpretación y la jurisprudencia sería extender el pensamiento jurídico que se infiere de la ley (*sententia*) a casos semejantes (*ad similia procedere*) (1, 12) y, así, completar (*supplere*) la ley en casos para los que una misma idea de fin solicita aplicación, al igual que en los regulados expresamente (*quae tendunt ad eandem utilitatem*) (1, 13). Sin embargo, la interpretación es también exhortada a la cautela en la formación de conceptos clasificatorios: “*omnis definitio in jure civilis periculosa est*” (1, 202, D, 50, 17). El romano albergaba una sabia aversión a las abstracciones, la misma que define la esencia del pensamiento jurídico inglés.

<sup>15</sup> Wundt, *Grundriss der Psychologie* [Elementos de Psicología], 3ª ed., 1898, pág. 315.

Véase, pues, que el problema “conceptos de clasificación o conceptos de tipos” no es de fácil respuesta para la Ciencia del Derecho; arroja una complicada interacción de formas clasificatorias y tipológicas de pensamiento. Las indicaciones que fueron formuladas aquí, empero, no pretenden en modo alguno agotar el tema; sólo buscan invitar a la reflexión sobre el problema acaso más importante de nuestra metodología.