

B. SESIONES ORDINARIAS

MODOS DE CAPTACIÓN DE LOS VALORES ¿INTUICIÓN EIDÉTICA O ABSTRACCIÓN POR DIVISIÓN O REPRESENTACIÓN? Y SU CONCRECIÓN*

Por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo**

SIGNIFICADO DE LA PALABRA VALOR

La palabra valor, en el sentido que ha venido a tener en el proceso producido desde el formalismo neokantiano a la fenomenología, al retorno a la naturaleza de la cosa y la jurisprudencia estimativa, no tiene correspondencia literal latina en los derivados del verbo *valere*. Esta concordancia debe buscarse en el sentido de las palabras *qualitas* y *virtus*¹ y en el contenido de lo significado por el calificativo *bonum*. Este —según *Santo Tomás de Aquino*²— se divide en diez categorías, pero, a tenor de su propio concepto, principalmente incluye lo *honesto*, lo *deleitoso* y lo *útil*, si bien ante todo la razón del bien conviene a lo honesto.

* Antes de comenzar esta comunicación debo advertir que observo este tema —como todos los que trato, cualquiera que sea su materia— como jurista práctico que soy, por lo cual, mi perspectiva es necesariamente muy diferente de la que tiene quien lo examina sólo teóricamente o bien con finalidad pedagógica o educativa, tratando de promover valores. Mi perspectiva se circunscribe a enjuiciar con módulos valorativos de justicia. Es decir, trato de la utilización jurídica de los valores, que, de por sí, ha constituido un notable avance, respecto del positivismo totalmente imperante en el siglo XIX, que debemos agradecer a la fenomenología, primero, y a la Wertungsjurisprudenz, después.

** Ponencia no presentada oralmente.

¹ Cfr. *Juan Iglesias, Al encuentro de lo romano*, 3, 2, en «Roma, Claves históricas», Madrid, Publicaciones del Seminario de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1985, pp. 33 y ss.

² *Santo Tomás de Aquino, S. Tb.*, 1.^a, 5, 6, *resp.*, ad 1, ad 2 y ad 3.

La filosofía antigua y la medieval se ocupaban de esto al tratar de la doctrina del ser u ontología, a diferencia de la filosofía contemporánea, que lo considera tema independiente, desde que *Kant* redujo el mundo del ser al conjunto de fenómenos ligados entre sí por el principio causalidad, opuesto al reino del deber ser³.

No he investigado el empleo de la palabra valor a través de la historia en el sentido antes acotado desde la fenomenología hasta hoy. Pero, de pasada, lo he visto utilizado por *Hobbes*⁴ que, a tono con su nominalismo, lo emplea en el sentido de estimación subjetiva por el sujeto valorante o de la estimación tácitamente efectuada por la comunidad.

Aquí nos interesa centrarnos en el significado de la palabra valor en el contexto que nos ocupa.

a) Recordemos que el concepto postkantiano de ciencia admitía en su seno únicamente a las ciencias naturales —con su legalidad corroborable experimentalmente— y a la lógica y la matemática, exceptuadas, por su «certeza», del requisito de tener el método de las ciencias naturales. Por no ser susceptibles de experimentación ni estar dotados de certeza, como las matemáticas y la lógica formal, no se adecuaban a estos requisitos las denominadas, después, ciencias del espíritu (lingüística, historia del arte, de la filosofía y de la literatura y, menos aún, la filosofía y la teología) y, entre ellas, el derecho en cuanto en él se viera algo más que normas positivas o no se le circunscribiera a ser sólo una rama de la sociología. La apertura de esta estrecha consideración de la ciencia comenzó por la introducción, por *Windelband* y *Rickert*, del concepto de valor, para caracterizar las denominadas ciencias del espíritu o ciencias culturales. Antes de ellos, ya *Hermann Lotze* (1817-1881) había considerado los valores, pretendiendo que no *son* sino *valen*. Y en esto le siguieron *Windelband* y *Rikert*.

Werner Windelband (1848-1915) fue el fundador de la Escuela de Baden, cuna del neokantismo alemán sudoccidental, que fundamentó la teoría de los saberes según los valores, como realidades concienenciales calificadoras de las

³ Cfr. *Alfred Verdross, La filosofía del derecho del mundo occidental* XXIV, 4, ed., México U.N.A.M. 19873 p. 308, a quien sigo principalmente en esta introducción.

⁴ *Thomas Hobbes, Leviathan*, cap. X, párrafo 16, donde dice que «el valor o la importancia [de una persona], como de todo otro objeto, su precio, es decir, lo que se daría por disponer de su poder», «no es una grandeza absoluta, sino algo que depende de la necesidad o del juicio de alguien».

cosas. Conforme el formalismo gnoseológico kantiano entendió que la conciencia capta los valores según los contenidos culturales de cada época.

Heinrich Rickert (1863-1936), en su obra *Los límites de la formación científico-natural de los conceptos* (1902), enlazó con las ideas expuestas antes por *Windelband*, investigando las bases teórico-cognoscitivas y metodológicas, primero de las ciencias históricas y, después, de las ciencias culturales, a las que devolvió su autoconciencia metódica frente a las primeras. Diferenció las ciencias naturales y las ciencias culturales históricas, caracterizando éstas porque se ocupan no tanto de lo que se repite uniformemente cuanto de lo individualizado, como obra del espíritu de las personas individuales, es decir, los hechos y acontecimientos, que el historiador selecciona, valorándolos en su *individualidad*. Lo mismo hace toda ciencia cultural con la serie de valores que cada una contempla.

La primera aplicación al derecho de la filosofía de los valores en esa escuela postkantiana sudoccidental alemana fue efectuada por *Emil Lask* (1875-1915), en su *Rechtsphilosophie* (1915), que ejerció enorme influencia en juristas posteriores, como *Gustav Radbruch*, *Fritz Münch*, *Max Mayer* y *Hermann Heller*, y también influyó en la posterior superación de la obra de *Stammler*.

La relatividad de los valores en esta concepción, y en especial en esta línea, resulta con mayor evidencia⁵ en *Robert Reininger* (1869-1955) y *Víctor Kraft* (nacido en 1880), para quienes los valores «no nacen sino en el momento en que una persona o grupo de personas adoptan una posición determinada respecto de ciertos objetos», quiere decir, cuando los califican. Los valores presuponen la presencia de una persona valorante y de un objeto valorable, el cual, debido a ciertas cualidades que posee, es calificado positiva o negativamente por el sujeto valorante. Empero, consideradas en sí mismas, estas cualidades no constituyen ningún valor, pues es únicamente en la relación entre el sujeto valorante y el objeto valorable donde adquieren categoría de valores.

Sin embargo, como observa *Verdross*, para estos dos autores los valores no son de naturaleza puramente subjetiva sino que, según *Reininger*, ocurre, por una parte, que de «la generalidad de ciertas predisposiciones comunes a los hombres, de la semejante manera de ser, de las condiciones de vida y de la comunidad de destino de grandes núcleos urbanos», se desprenden ciertas maneras de valorar comunes, creadoras de una validez supra individual, si bien con-

⁵ *Alfred Verdross*, op. cit., pp. 309 y ss.

dicionada, de determinados valores; y, de otra parte, el hombre se encuentra al nacer con un sistema preestablecido de valores, que se erige en juez de las valoraciones de cada persona, de modo que en el seno de las comunidades humanas se forman círculos valorativos más o menos amplios. Esta doctrina apriorística de los valores la combina *Kraft* con una concepción empírica de la misma; pues, ciertas valoraciones, previamente dadas por supuestas, pueden, revelarse adecuadas o inadecuadas, y porque de la organización social de los hombres se desprenden determinadas valoraciones con necesidad absoluta, y, entre ellas, la del orden jurídico, que es un valor, como instrumento de actualización de los valores que deriven de la organización social. Pero aquí —concluye *Verdross*—, la tesis de *Kraft*, no descansa en una concepción metafísica, sino «en una hipótesis: los valores *presuponen* que la voluntad de lograr una vida humana integral es, ella misma, un valor».

b) La fenomenología trajo otra concepción de los valores, que tuvo su precedente, en siglo pasado, en el austriaco *Franz Brentano* (1836-1917), quien —como he explicado *Elías de Tejada*⁶— trató de escapar al dilema entre los extremismos del *positivismo científico*, que rechaza la experiencia interior, y del *postulado idalista*, según el cual la razón dicta sus leyes a la naturaleza mediante una psicología descriptiva referida a los fenómenos de la conciencia, una vez purificada de influjos fisiológicos y genéticos. Entre las representaciones obtenidas con su método se hallan los *juicios valorativos*.

Discípulo de *Brentano* fue *Husserl* (1859-1938). Según él, la filosofía no debe partir de la experiencia sino de las evidencias apodícticas, captadas por *intuición eidética depuradora*, entre las que se hallan las *esenciales* y los *valores* y no —como creía *Kant*— sólo las formas.

Creo que aquí viene como anillo al dedo traer a colación un ensayo de un admirado y estimadísimo compañero, académico de esta casa, *Leopoldo Eulogio Palacios*⁷. En ese ensayo, descubre «una analogía de proporcionalidad entre la «ideología pura» de *Balmes* y la «fenomenología pura» de *Husserl*. La de *Balmes* pensada para impugnar el empirismo y el sensualismo del siglo XVIII, y la de *Husserl* para impugnar el empirismo y el psicologismo del siglo XIX. Ambos, para ello, se pusieron en el terreno del adversario y, ya en él, el primero aceptó

⁶ *Francisco Elías de Tejada, Tratado de filosofía del derecho*, vol. I, Sevilla, Universidad Hispalense 19, lec. 5.ª glosa 34, p. 312 y ss.

⁷ *Leopoldo Eulogio Palacios, Ideología pura y fenomenología (De Balmes a Husserl)*, en *El juicio y el ingenio y otros ensayos*, Madrid, Ed. Prensa Española 1967, p. 185 y ss.

la ciencia fundamental del siglo XVIII, «la ideología, pero con el calificativo de “pura”»; y, el segundo, aceptó que la ciencia es fenomenológica, pero, también, «con el calificativo de “pura”».

Creía *L.E. Palacios*⁸ que *Balmes* tuvo clara conciencia de lo que significaba llamar a las ideas fenómenos no sensibles y constituir «una ciencia especial dedicada al estudio del orden de los fenómenos no sensibles, que *Balmes* bautizó con el nombre, grandemente revelador, de *ideología pura*, relegando a otra ciencia, la *estética*, el estudio de los fenómenos sensibles».

A la par, observaría el mismo *L. E. Palacios*⁹: «Los positivistas confunden lo dado con los fenómenos físicos o psíquicos. *Husserl*, sigue de verdad el procedimiento invocado por los positivistas titulares, y descubre que hay otra clase de fenómenos que ya no son sensibles, ni psíquicos ni físicos: las esencias, ofrecidas ellas mismas a nuestra conciencia como fenómenos, pero no como fenómenos sensibles sino puros.

«Para *Balmes*, las ideas al igual que las sensaciones, se ofrecían a la conciencia como fenómenos: unos eran sensibles, otros no sensibles o puros. Para *Husserl* las esencias, al igual que los hechos, se dan en la conciencia como fenómenos, si bien todo su empeño consiste en diferenciar unos de otros, por su carácter sensible y no sensible».

Y sigue explicando¹⁰: «*Balmes* admitió la ideología, disciplina del siglo XVIII de origen empirista; *Husserl*, acepto la fenomenología, designación del siglo XIX, para una ciencia que no trascendía de los fenómenos. Pero, ambos descubrieron que los fenómenos sensibles no agotan la esfera de lo dado intuitivamente; que había por encima de ellos fenómenos puros y que, por tanto, debían guardar la denominación de ideología y de fenomenología, respectivamente, por cuanto su ciencia trataba, como la de los empiristas, de fenómenos; pero que debían extenderla a un orden de fenómenos irreductibles al cultivado por éstos, y llamarlos entonces ideología pura y fenomenología pura».

No obstante lo expuesto, *L.E. Palacios*¹¹ concluyó por observar que veía «una dificultad no pequeña en el uso que se hace [por *Balmes* y *Husserl*] de

⁸ *Ibid*, III, p. 193.

⁹ *Ibid*, V, p. 200.

¹⁰ *Ibid*, VI, p. 201.

¹¹ *Ibid*, pp. 203 y s.

la palabra fenómeno»; pues, entendía «que los fenómenos dados a la intuición son todos físicos o psíquicos. No hay, hablando con propiedad, un orden de fenómenos que, sin ser superiores a los sensibles, sean distintos, esto es, sean otra clase de fenómenos». Y, por ello, creía que el uso «desmesurado» de la palabra fenómenos «en un contexto filosófico conduce a las mayores confusiones, y acaso es hoy la causa del marasmo en que yacé la metafísica, y de las vacilaciones de ésta ante los ataques de neopositivismo.

«Tampoco es lícito este uso cuando se trata de objetos que son representaciones intuitibles, aunque no sean ni fenómenos físicos y psíquicos ni conceptos abstractos. Es lo que sucede con las ideas (platónicas), que a diferencia de los conceptos dados por abstracción, son intuitibles, pero no por eso puede llamarse fenómenos».

Husserl, para captar los valores, aplica primero la reducción fenomenológica, o suspensión, o sea el «poner entre paréntesis», todo lo que, en el contenido de la conciencia, se refiere al sujeto psicológico y a la existencia individual (exclusión de toda costumbre, de todo dato de hecho, de cuanto impide captar la esencia, el fundamento sólido de toda ciencia); y, después, con la *reducción trascendental* pone entre paréntesis lo que no es correlativo a la pura conciencia, para descubrir la condición que hace posible el efectuarse de todas las esencias¹².

El penúltimo *Husserl* estimó que, para entender o comprender, debía atenderse no sólo a una específica figura o estructura (*Gestalt*, *pattern*) sino también a su carácter *intencional* o entendimiento dirigido a un objeto con referencia a un presupuesto de valor en él representado, o por lo menos implícito que constituye la forma interior. *Betti*¹³ extrajo de ahí la idea de que la comprensión requiere la mutua identificación de espíritu acerca de esta intencionalidad entre autor e intérprete en la dirección de una objetividad en el entendimiento. Pero este último *Husserl* también entendería que la reflexión trascendental está obligada a pensarse a sí misma como circundada por el mundo vital¹⁴; y esa otra orientación la profundizaría *Heidegger*.

La subjetividad, dominante en el idealismo fenomenológico de *Husserl*, fue superada por el objetivismo ético de *Max Scheler* (1874-1928), según el

¹² Cfr. *Michele Federico Sciacca, La filosofía hoy*, cap. IV, 4.ª ed. en castellano, Madrid, Escelicer 1973, vol I, pp. 223 y ss.

¹³ *Emilio Betti, Teoría generale de la interpretazione*, Milán, Guiffre 1990, vol I, 9, pp. 205-224.

¹⁴ Cfr. *Paul Ricoeur, Du texte a l'action*, Paris, Ed. du Sueil 1986, vol II, III, II, pp. 288-302.

cual existe un mundo objetivo de *valores* o *esencias* en la vida real, que se captan por intuición emocional. Sin embargo, *Scheler*¹⁵ advierte que los «valores no están dados en nosotros mismos ni nunca lo estuvieron»; el yo «es objeto de la ciencia del valor, no empero su punto esencial y necesario de partida. Por lo mismo, se desmoronan con esto todas las teorías que reducen los valores a un «deber trascendental», a una «necesidad» íntima y sentimentalmente percibida, e igualmente las que reducen el valor moral a los «predicados» de la «conciencia moral». Así como la existencia de objetos (por ejemplo, los números) o la naturaleza no supone un «yo», mucho menos lo supone el ser de los valores. En ese sentido hemos de rechazar también la subjetividad de los valores». Además de existir en el hombre y en los animales, los valores «existen en la naturaleza —prescindiendo de su aprehensión».

En ciertos aspectos parece que *Scheler*¹⁶ retorna a *Aristóteles*: pero —como dice él mismo—, ambos presentan una diferencia metódica fundamental. El *Estagirita*, como el *Aquinatense*, abstrajo el universal del ser de las cosas; no así *Scheler*, que por intuición emocional capta sólo su valor. De ahí, la razón por lo cual la tesis de éste carece de una ordenación objetiva y concreta de los valores que sirva para la determinación del derecho¹⁷.

Nikolai Hartmann (1822-1950) efectuó un intento de jerarquizar los valores, con su ontología —que es fenomenológica en tanto histórica, pero no metafísica—, pero tampoco alcanzó una solución apta para conseguir un resultado útil para las aplicaciones concretas a las realidades prácticas, debido, sin duda, a la naturaleza idealista de su axiología.

Estas dificultades significaron el agotamiento de las posibilidades de la fenomenología en el campo del derecho. Sin embargo, es de destacar la evidente repercusión que ella ha tenido en la metodología de la determinación del derecho y en la hermenéutica en general.

*Wieacker*¹⁸ ha destacado, entre los intentos realizados para superar el formalismo ético, la ética material valorativa, de *Max Scheler* y *Nikolai Hart-*

¹⁵ *Max Scheler, Ética, Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, versión en castellano de la 3.ª ed. alemana, Madrid, Rev. de Occidente, 1941, sec. V, cap. I, 3-6, pp. 37 y ss.

¹⁶ *Ibid.*, Prólogo, a la 3.ª ed., p. 22.

¹⁷ Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, vol I, Madrid, Centro Cultural Ramón Areces 1994, 316, pp. 1196 y ss.

¹⁸ *Franz Wieacker, Historia del derecho privado en la Edad Moderna*, 30, 3, loc. cfr. ed. en castellano, Aguilar 1957, pp. 528 y s.

mann, que influye notablemente en la teoría del derecho —además de incidir sobre la teología moral —gracias a la crítica de *Erich Kaufmann* al neokantismo. De aquéllos dos filósofos dice el propio *Wieacker* que «definen la realidad de la idea del derecho como realidad de un valor», que, «como tal, es “contenido, materia y estructura, un *quale* específico en las cosas, relaciones o preformas” (*Hartmann*, 121); y, por cierto, como la realidad de un valor absoluto, en cuyas “modalidades de valor”, *Scheler* (*Der Formalismus in der Ethik*) ve también el *a priori* material del conocimiento del derecho. Con lo cual ha logrado alcanzar, como esencia de la justicia personal, el conocimiento valorativo de la persona en el derecho, esto es, la conciencia del derecho».

Pero ya antes de influir efectivamente en el derecho, el pensamiento del último *Husserl* había repercutido también en la hermenéutica general en dos direcciones contrapuestas entre sí, la de *Heidegger* y tras él, la de *Gadamer*, de una parte, y la de *Emilio Betti*, de otra, como hemos indicado antes.

Martín Heidegger de la *atmósfera vivencial* de *Husserl* pasó a ceñirse a lo *existencial condicionado* al «estar ahí», y al «*ver entorno*» con «*acceso a lo real*», interesado por las «*cosas mismas*», que le llevó a la *filosofía del lenguaje*¹⁹. En esa línea hablaría *Gadamer* del «lenguaje de las cosas»²⁰. Ambos fueron duramente criticados por *Betti*²¹, que les acusó de naturalismo y al primero de un radical relativismo histórico limitado a la comunión del «estar ahí».

A lo que atendía *Betti*²² es a la dialéctica: entre el espíritu personal y la atmósfera espiritual en la que se vive; entre el espíritu que objetiviza y aquél que la interpreta; y entre esta forma objetivizada y ambos espíritus; y tanto por lo que se refiere al autor como al intérprete. Esas atmósferas espirituales incluyen nociones, fines y valores.

Paul Ricoeur, que trata de sobrepasar la hermenéutica de *Gadamer* con su *hermenéutica crítica*, en ésta, juntamente con las palabras, señales y símbolos, apreciados en su contexto real y en el cultural de autor e intérprete, toma en cuenta, en ese contexto cultural, ideas, sentimientos, aspiraciones y valores²³.

¹⁹ *Martín Heidegger*, *El ser y el tiempo*, 34, cfr. 8.^a reimpresión en castellano, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, pp. 179 y ss.

²⁰ *H. G. Gadamer*, *La naturaleza de la cosa y el lenguaje de las cosas* (1960) (recogido en *Verdad y método* II; cfr. ed. castellano, Salamanca, Sígueme 1992, pp. 71-80.

²¹ *Emilio Betti*, op. cit., vol I, cap. I, 2, pp. 104 y ss., y vol II, 10, b, pp. 241 y ss.

²² *Ibid*, vol I, 4 c, pp. 136 y ss.

²³ *Paul Ricoeur*, op. cit. III, III, II, pp. 262 y ss.

En definitiva, *Ricoeur* trata de fundir en el contexto real el contexto cultural, subsumiendo éste en aquél, mientras el idealismo los sitúa en mundo separados.

PENETRACION DE LOS VALORES EN EL CAMPO DEL DERECHO. EL DEFECTO DE LA RELATIVIDAD POR SU FALTA EFECTIVA DE JERARQUIA

Aparte del ensayo teórico de *Adolf Reinach*²⁴, que llevó a la ciencia del derecho la fenomenología husserliana de las esencias y los valores, considerados como objetos ideales, tan reales como las casas y los árboles, pero a los que no dió beligerancia para la determinación concreta del derecho, pues no abandonó el positivismo legalista²⁵, la influencia de los valores y de la atmósfera valorativa en el campo del derecho, sobrepasando el positivismo legalista, la hallamos recogida en la década de los años veinte por *Wilhelm Sauer*, quien afirmó²⁶: que «derecho son las mónadas de valor que, dentro del Estado, se afanan por realizar y acercarse a la ley jurídica fundamental»; que «el sentido de toda norma sólo se capta en su aplicación, y, como quiera que en cada objeto por juzgar, posee [la tendencia valorativa] carácter diverso, también la norma y, en general, el orden jurídico, adquieren diversidad de sentido en cada caso...».

Gustav Radbruch, en la última fase de su pensamiento, definió²⁷: «El derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea del derecho». Como valores, además de la «idea del derecho» o justicia, señala: la «*adecuación a un fin o finalidad*» de «*ordenación a la vida común*», cómo «*un orden*»; y la «*seguridad jurídica*». Reconoce que no logra resolverse el problema de la concurrencia entre estos valores, aunque —según concluyó años después²⁸—

²⁴ *Adolf Reinach, Los fundamentos apriorísticos del derecho*, ed. en castellano, Barcelona, Libr. Bosch, 1934.

²⁵ Cfr. mi *Metodología* y vol. I cits. 314, p. 1191.

²⁶ *Wilhelm Sauer, Filosofía jurídica y social*, 36, II; cfr. en castellano, traducida y anotada por *Legaz Lacambra*, Barcelona, Labor, 1933, pp. 238 y s.

²⁷ *Gustav Radbruch, Filosofía del derecho*, 4, cfr., 3.^a ed. traducida al castellano, Madrid, Ed. R.D.P. 1952, p. 44.

²⁸ *Ibid*, *Le but du droit*, en An. del Institut de Ph. du Dr. 1937-1938, recogido en *Propedéutica alle filosofia del diritto*, ed. cuidada por *Dino Passini*, Torino, G. Giappichelli, ed. 1958, p. 117.

«cuando la injusticia del derecho positivo alcanza una tal medida que la certeza del derecho positivo ya no tiene más peso que esta injusticia, en tal caso, el derecho positivo injusto debe ceder ante la justicia».

El dualismo de *Stammler*, entre derecho positivo e idea del derecho, intentó superarlo *Radbruch* con su *trialismo*, efectuando un examen cultural de la realidad con referencia a los valores. «La consideración del valor y la consideración del ser —dice²⁹, refiriéndose a la posición de *Stammler*— nos aparecen una junto a otra, como círculos independientes y cerrados. Esta es la esencia del *dualismo metódico*». Y añade en nota: «este dualismo metódico se entiende aquí en oposición al monismo metódico, pero incluyendo el trialismo metódico». A su juicio³⁰, «frente a la naturaleza surge el reino de los valores, cuando el espíritu, en actitud valorativa consciente, alcanza consciencia de las medidas de esa estimación, sus normas y sus conexiones». Esa actitud valorativa, «proseguida de modo sistemático», caracteriza —dice— la filosofía de los valores en sus tres ramas: «lógica, ética y estética».

A este respecto, observando realidad y valor, *Radbruch* distingue cuatro actitudes: Dos extremas:

- 1.^a, la «ciega para el valor», y
- 2.^a, la «estimativa del valor».

Y, entre ambas, «con función mediadora», de «modo diverso», otras dos:

- 3.^a, la que contiene «una referencia a valores»; y,
- 4.^a, la que constituye «una superación de los valores».

La primera es la posición del etnólogo o la del historiador que sólo narra; la tercera es la del cultivador de las ciencias culturales. La que supera el valor es la religiosa³¹.

«*Stammler* —dice *Radbruch*³²— cree poder separar de modo tajante el concepto del derecho de la idea del derecho, derivando el concepto del derecho sin referencia alguna a la idea del derecho. Ya hemos visto que ninguna obra

²⁹ *Ibid*, *Filosofía del derecho*, 2, 1, p. 14.

³⁰ *Ibid*, 1, p. 8.

³¹ *Ibid*, pp. 9 y ss. donde explica estas cuatro posiciones.

³² *Ibid*, 3, 8, pp. 38 y s.

humana puede ser comprendida sin relación a una idea; si ni siquiera una mesa, mucho menos el derecho». Por ello —«en contra de la oposición stammleriana entre el ser y el deber ser», qué consideró «no puede satisfacerse con la existente entre realidad y valor»— estimó que, «entre juicio de realidad y juicio de valor», «entre la naturaleza y el ideal», ha de tener su puesto «la cultura»: «la idea del derecho es un valor, empero, el derecho es una manera referida a valores, un fenómeno cultural. De esta manera se realiza un tránsito del dualismo a un trialismo en los modos de consideración del derecho (cuando se hace caso omiso del cuarto, el religioso). Este tránsito convierte la filosofía del derecho en una filosofía cultural del derecho».

Años después, *Helmut Coing*³³ admitió «que la intelección moral no puede nunca despojarse totalmente de la vivencia subjetiva (pues esta vivencia es la única vía de acceso que tenemos para llegar al mundo de lo moral)» y, consiguientemente, estima que «una proposición acerca del contenido de los valores morales no alcanzará nunca la exactitud del conocimiento científico-natural y que la importancia de la «ecuación personal» será siempre considerable». No obstante, lo cual, añade que «siempre será posible enunciar un grado de verdad sobre el contenido de los diferentes valores morales. En otro caso, sería completamente imposible e inimaginable una comprensión entre hombres, especialmente de diversas culturas». Pero, sigue considerando «inquietante fenómeno» que «en diversos momentos de la historia y en diversas culturas encontremos diversos valores proclamados supremos, o el fenómeno de que, también en el mundo presente, nos encontremos ante diversos valores que exigen que los sigamos poder satisfacerlos todos».

No obstante advierte que los valores no son meros fenómenos de conciencia, sino que son independientes de la conciencia que los apresa³⁴.

También observa la dificultad de fijar la jerarquía de esos valores con *criterio lógicos*, y termina por creer en la imposibilidad de fijarlos³⁵.

El mismo³⁶ presenta como dramática la lucha entre los valores de justicia y de seguridad: «el derecho asegura por de pronto una situación existente. Esto estrecha el marco de la justicia. La justicia del derecho se mueve siempre en

³³ *Helmut Coing, Fundamentos de filosofía del derecho*, II, I, 2, ed. en castellano, Barcelona, Aries, 1961, p. 121 y s.

³⁴ *Ibid.*, p. 120.

³⁵ *Ibid.*, V, I, 3, p. 143.

³⁶ *Ibid.*, p. 145.

el marco de un determinado marco del poder y de la propiedad, orden aceptado tal cual y cuya transformación en el sentido de las exigencias de la justicia tropieza siempre con tenaz resistencia. Aquí se abre el profundo abismo entre justicia del derecho [positivo] y justicia social»... «La exigencia de justicia no descansa, mientras que, el orden social exige calma y tranquilidad»... «Siempre que la idea de equidad triunfa sobre el derecho estricto, la idea de justicia libre rompe las ataduras que le pone el orden de la seguridad. Cada vez que el derecho natural se levanta contra el orden positivo se lanza a la lucha contra las ataduras del rígido orden de paz social».

Es de notar que *Coing* fue de los más notables propugnadores de retornar la atención a la *Natur der Sache*, la naturaleza de la cosa; pero advirtió³⁷ que ésta «nos ofrece elementos de ordenación, pero no un orden como tal»; nos muestra que «la vida social no es una masa plenamente informe, sino que tiene ya ciertas estructuras propias en las que tiene que basarse el orden jurídico. Pero el reconocimiento de esas estructuras no nos exime de la tarea de intervenir nosotros mismos valorando y ordenando este mundo estructurado».

Tal vez, ha sido *Heinrich Henkel*³⁸ uno de los juristas que mayor esfuerzo ha hecho para encajar la contemplación y las estructuras valorativas en la vida del derecho. Después de examinar la teoría material de los valores de *Scheler* y *Hartmann*; el subjetivismo valorativo, que llega al *nihilismo valorativo* y, como reacción, a la *vigencia fáctica de modelos sociales de comportamiento*³⁹, expone su propio punto de vista⁴⁰, que atiende a: a) un *sujeto valorativo*, que los puede vivenciar; b) una ulterior relación esencial que «vincula el valor con un *sustentador valorativo*, pues los valores «tienen por «sustentador» al ser vivo», las cosas, las relaciones humanas, de modo que aparecen, p.e., en un paisaje, en una relación económica, es una obra de arte; c) una relación esencial de los valores con una *situación de la vida*, pues los valores están *referidos a la realidad*; d) que al hombre, en base a la relación valorativa dada, toma *decisiones valorativas* sobre el ser valorativo o desvalorativo y sobre el orden jerárquico de valores; e) que se forman en cada grupo social unas *relaciones valorativas típicas*, supraindividuales, del *collectivum*, un *sistema de valores* y una *jerarquía u orden colectivo de valores* dominante, que constituyen *criterios* para el enjuiciamiento del comportamiento; y f) y que, junto a este orden de valores colectivo, que «no es «ab-

³⁷ *Ibid*, V, II, p. 159.

³⁸ *Heinrich Henkel, Einföhrung in die Rechtsphilosophie*, §22, (1964); cfr. en castellano, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Taurus 1968, pp. 389-426.

³⁹ *Ibid*, II, pp. 401 y ss.

⁴⁰ *Ibid*, III, pp. 404 y ss.

soluto» —pues viene determinado «para» el grupo «dentro de la situación vital de éste y con sus inabarcablemente variados entretregidos ontológicos»— tiene que actuar un *factor real en la convivencia humana*.

Con esta perspectiva trata *Henkel* de aproximarse a la *relación valorativa del derecho*⁴¹, diferenciando: los *ordenes colectivos de valores*, en «un número inabarcable», profesionales, estamentales, de comunidades religiosas, asociaciones de intereses, de estirpe, familiares, etc.; las unidades políticas representadas por los partidos; los que son estimados *valores sociales* y los no incluidos en ese orden, aunque lo estén en el orden moral. Ante este «inabarcable pluralismo de valores», *Henkel* plantea como puede surgir algo «tan comparativamente *unitario*» como es el orden social de valores, en una «superación parcial» de ese pluralismo, y formar un *acervo común de contenidos valorativos*. Reconoce que no se trata, ni siquiera dentro de una sociedad, de un «sistema estático y «absoluto»»; pues se produce una *mutabilidad del orden social de valores en la transformación del orden de la sociedad*. Por otra parte, advierte que «el orden social de valores básicos de la vida social no afecta al pluralismo valorativo existente en la sociedad», que requiere la *tolerancia* de su coexistencia, que a su vez se convierte en un valor que, se estima, debe ser garantizado por el derecho.

Penetrando, en la *relación del orden social de valores con el derecho*, indica que en el *derecho constitucional* se *reflejan los valores principales y rectores de la sociedad* y, con ellos, la orientación valorativa general, que se refleja de manera muy especial en el derecho penal en sus tipos delictivos.

Las tareas que ha de cumplir el derecho respecto de los valores sociales, las considera muy diferenciadas, comenzando por reconocer que, en general, los *contenidos valorativos* «le vienen ya *previamente dados* al derecho», pero es cometido de quienes establecen el derecho «tomar determinadas decisiones donde el proceso social de controversia sobre lo común valorativo no ha quedado cerrado aún o ha llegado a un resultado dudoso». En estos casos es preciso un *proceso crítico de examen y de selección*, aparte del cual corresponde al derecho una tarea de *protección de los valores sociales*, con los medios adecuados preventivos y represivos, y otra tarea de *atribución y distribución de bienes materiales* «como sustentadores de valores vitales y de utilidad», tanto legislativamente como en juicio.

⁴¹ *Ibid*, IV, pp. 409 y ss.

⁴² *Ibid*, V, 417 ss.

En fin, trata *Henkel*⁴³ del *modo de actuar* el orden social de valores, como *factor real*, en la *formación del derecho*, concretamente como «*elemento de construcción para el establecimiento y la aplicación del derecho*». Es decir, de «la complejísima cuestión de cuáles son las modalidades de situaciones vitales y de comportamientos humanos y cuáles los medios jurídicos que pueden alcanzar la mejor satisfacción de los valores y el modo más efectivo de evitar los desvalores».

Cómo es natural se le plantea el *conflicto de valores*, ante el cual, advierte que «la contemplación jurídica no puede tomar por base el orden jerárquico abstracto de los valores», que nunca podría justificar los estados de necesidad en las relaciones de obligaciones y deberes, y otros semejantes en los que deben ponderarse muchas circunstancias y grados de menoscabo. El que aplica el derecho «puede atenerse por lo general, a las valoraciones positivadas en la ley, las cuales, si no son cognoscibles en base a la norma concreta aplicable, habrán de ser averiguadas, si ello es posible, en base a la conexión total de las valoraciones y criterios valorativos immanentes al orden jurídico. Por ello, toda *interpretación de la ley*, en una buena parte, es interpretación valorativa».

Henkel, como vemos, se ha dado perfecta cuenta de que los criterios valorativos dependen del sujeto valorante, del objeto valorado (cosa, conducta, hecho), de los criterios valorativos sociales, con sus tipos valorativos, y de las circunstancias concretas subjetivas y objetivas del caso valorado. Pero, por esa conjunta dependencia de todos estos elementos que integran la naturaleza de las cosas y de la cosa de que se trata, creo yo, es preciso contemplar los valores en relación con la naturaleza de la cosa por mediación de la cual se enjuicia cada caso concreto con todas sus particularidades y circunstancias concurrentes. Creo que a *Henkel* le faltó aceptar esto para haber dado el paso decisivo que él estimaba necesario y trató de dar, pero no lo dio por concebir separados *Sein* y *Sollen*.

Un año después de publicado este libro de *H. Henkel*, apareció el que, acerca de la analogía, escribió *Arthur Kaufmann*⁴⁴. Este estimó que la relación entre ser y deber ser es analógica o de correspondencia y, en ella, la naturaleza de las cosas viene a ser un *tertium* mediador entre la idea —con la norma que la expresa— y el hecho real, el topos entre el ser y deber ser, el punto metódico de unión entre realidad y valor. Concepción mediadora criticada por

⁴³ *Ibid.*, VI, 420 y ss.

⁴⁴ *Arthur Kaufmann, Analogie und Natur der Sache* (1965); cfr. en castellano, *Analogía y naturaleza de la cosa*, IV, cfr. en castellano, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1976, pp. 80 y s.

*Jan Schapp*⁴⁵ considerando que supone una separación entre lo que une, siendo así que el mundo «nunca es un puro mundo de hechos sino siempre un mundo de vida».

En fin, para concluir ese repaso preliminar que hacemos, recordaré que, todavía, en la edición definitiva de su *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1979), *Karl Larenz*⁴⁶ se detuvo ante unas preguntas de *Zippelius*: ¿«hasta qué punto puede hallarse una pauta objetiva también para las propias cuestiones de valoración y dónde residen los límites tratándose de cuestiones de valoración en orden a una posible orientación a normas objetivas»?; ¿«...existe un orden de valores objetivos y un orden objetivo de valores, que son parte del mundo espiritual que nos es común? ¿De qué modo y hasta qué punto es cognoscible por nosotros un tal orden de valores?» *Larenz* contesta —con el propio *Zippelius*— que «la pauta para las decisiones valorativas» se halla particularmente «en la moral jurídica dominante», en el «ethos jurídico vigente».

¿Podemos, en nuestro campo, los juristas, aspirar a soluciones más objetivamente concretas? Este es el objeto de estas reflexiones.

LA CAPTACIÓN DE LOS VALORES, APLICACIÓN A ELLA DE LA ABSTRACCIÓN OBTENIDA POR EL MÉTODO REALISTA ARISTOTÉLICO-TOMISTA, EN UN SEGUNDO PASO

En mi comunicación del pasado año⁴⁷, traté de la abstracción integrativa del universal de las cosas, efectuada por el método realista aristotélico-tomista. Pero esta abstracción constituye, conforme este método, sólo un primer paso en el conocimiento intelectual.

⁴⁵ *Jan Schapp, Problemas fundamentales de la metodología jurídica*, cfr. en portugués, Porto Alegre (Brasil), Sergio Antonio Faloris Ed. 1985, pp. 36 y s.

⁴⁶ *Karl Larenz, Metodología de la ciencia del derecho*, 2.ª ed. definitiva I, V, 1, vers. en castellano, Barcelona, Ariel 1980, p. 145.

⁴⁷ *En torno a los modos de conocer y de explicar lo conocido y su reflejo en el razonar (abstracción integrativa y abstracción sustractiva)*, A.R.A.C.M. y P., 74, 1997, pp. 36-99.

Un segundo paso intelectual, permite abstraer, además, cantidades, cualidades, valores, causas y efectos, medios y fines, asencias y existencias, potencia y acto, ser, estar y devenir; y, de modo parecido, cabe captar los principios de la razón teórica —mediante el *intellectum principiorum*— y de la razón práctica —mediante el hábito de la *synderesim*.

Es decir, por abstracción, además de obtener el conocimiento intelectual directo de las cosas, alcanzamos en otros pasos un conocimiento reflejo de los entes que sólo son cognoscibles intelectualmente, así como el conocimiento del mismo acto de conocer. Veamos estos pasos subsiguientes, volviendo a empezar por el primero.

Acerca de éste, el *Estagirita*⁴⁸ escribió: «No está el en alma la piedra sino la imagen de la piedra»; y el *Aquinatense*⁴⁹, después de decir: «El objeto entendido no está por sí mismo en el entendimiento, sino por una representación suya», repitió la transcrita frase de *Aristóteles* y la explicó así: «Y, sin embargo, lo entendido es la piedra y no la imagen de la piedra si no es en acto reflejo del entendimiento sobre sí mismo; de lo contrario la ciencia no versaría sobre las cosas sino sobre las especies inteligibles».

Después, el mismo *Santo Tomás* comenta que sí bien, según la doctrina de *Aristóteles*⁵⁰, «entre el entendimiento y el sentido existe la sola diferencia de que las cosas se sienten según la disposición individual [su singularidad] que tienen fuera del alma», advierte que, si bien «la naturaleza del objeto entendido está indudablemente fuera del alma, en cambio no tiene fuera de ella el modo de ser según es entendida; pues, lo que se entiende es la naturaleza común, excluidos los principios individuales, y fuera del alma no se tiene este modo de ser. En cambio, según la doctrina de *Platón*, los objetos que se entienden existen fuera del alma del mismo modo que son entendidos, pues afirmaba que las naturalezas de las cosas están separadas de la materia».

Vuelve a explicar el *Doctor común*, más adelante⁵¹, que «el objeto propio del entendimiento humano, que está unido a un cuerpo, es la esencia o naturaleza existente en la materia corporal, y, mediante la naturaleza de las «cosas visibles», alcanza algún conocimiento de las invisibles. Ahora bien, es esen-

⁴⁸ *Aristóteles, De anima*, 3, 8, 2, (Bk 341 b 29).

⁴⁹ *Santo Tomás de Aquino, S. Th.* 1.^a, 76 2, *ad* 4.

⁵⁰ *Aristóteles*, loc. ult. cit. 3, (Bk. 432 a 2).

⁵¹ *Santo Tomás, S. Th.* 1.^a, 84, 7, *resp.*

cial a la naturaleza visible el existir en un individuo que no es tal sin materia corporal, como es esencial a la naturaleza de la piedra el existir en esta piedra, y a la del caballo en este caballo, etc. Por tanto, no se pueden conocer verdadera y completamente la naturaleza de la piedra o la de cualquier otro objeto material si no se le conoce como existente en concreto. Sin embargo, lo particular lo percibimos por los sentidos y por la imaginativa. Por esto, para que el entendimiento entienda en acto su objeto propio, es necesario que recurra a las imágenes de la imaginación —*ad phantasmata*— a fin de descubrir la naturaleza universal existente en un objeto singular».

El conocimiento intelectual de un objeto singular no se logra si mentalmente no lo situamos en nuestra imagen mental de su universal correspondiente; pero, a su vez, este conocimiento intelectual de cada singular concreto no es completo si no rellenos esa imagen general con todas las particularidades que le caractericen.

Después de estos conocimientos, avanzamos —en sucesivos pasos— y llegamos al conocimiento de las ideas y del mismo acto de entender, según refiere el mismo *Aquinatense*⁵²: «El objeto del entendimiento es algo universal, el ser y la verdad, bajo el cual se incluye el mismo acto de entender, pudiéndose, por tanto, conocer también este acto. Pero no inmediatamente, porque el objeto primero de nuestro entendimiento, durante la vida presente, no es cualquier ente o verdad, sino únicamente, como hemos dicho (84.7), el ser y la verdad considerados en las cosas materiales, a través de las cuales se llega al conocimiento de todas las demás».

Contrariamente a *Aristóteles*, creía *Platón* —vuelve a explicarlo *Santo Tomás*⁵³— «que no sólo conocemos las sustancias inmateriales sino que son ellas lo primero que nuestro entendimiento conoce, porque suponía que las formas inmateriales subsistentes, que llamaba “ideas”, eran los objetos propios de nuestro entendimiento, por lo cual pensaba que son su objeto directo y primario». En cambio, él, de acuerdo con el criterio de *Aristóteles*, «más conforme a la experiencia», creía que «nuestro entendimiento, durante la vida presente, está naturalmente ordenado a las esencias de las cosas materiales, por lo cual no entiende nada sin recurrir a las imágenes»; razón por la cual «las [esencias] que no caen en el dominio de los sentidos y de la imaginación», «no pueden ser entendidas primaria y directamente».

⁵² *Ibid*, 87, 3, *ad* 1.

⁵³ *Ibid*, 88, 1, *resp*.

Es decir, en relación con el conocimiento intelectual humano, el realismo parte de que —como *Juan de Santo Tomás*⁵⁴ explica lo dicho por el *Aquinatense*⁵⁵—, «nuestro intelecto y su acto no son objetivamente inteligibles en esta vida, a no ser dependientemente de las cosas sensibles». Sin embargo, advierte que, además, de modo reflejo el intelecto humano efectúa varios pasos sucesivos para conocerse. El objeto primero de su entender es «la naturaleza material de la cosa, y, por ello, lo que primero es conocido por el intelecto humano es tal objeto, y secundariamente se conoce el mismo acto con el que se conoce el objeto, y por el acto, se conoce el intelecto mismo». Y, como sigue explicando el mismo *Juan de Santo Tomás*⁵⁶, «en la memoria permanece la especie que no sólo representa el objeto, sino que también representa lo que había sido conocido, y de esta relación de lo conocido, el intelecto se regresa al mismo conocimiento de los principios. De donde, también del mismo modo, la misma especie puede ser alcanzada de manera refleja, no inmediatamente en sí, sino en cuanto es algo del objeto conocido. Además, no repugna que el intelecto configure aparte la especie del concepto y de la facultad y de otras cosas semejantes, del mismo modo como de las especies preconcebidas se forman otras».

Ahora bien, en virtud de esos pasos intelectivos, en cuanto se refiere a la abstracción del universal, ésta puede ser —tal como distinguió el *Aquinatense*⁵⁷— de dos clases: la de aquellos universales genéricamente integrativos de clases o especies de seres (hombre, animal, gato, manzana, meteorito, etc.); y la de aquellos otros que son representativos o expresivos de cualidades, como los colores, la materia (la carne, los huesos, no esta carne o estos huesos que son materia sensible individual de este hombre o de este animal, del cual no puede abstraerse ni separarse); así como los universales de las especies matemáticas (números, cantidades, dimensiones, figuras que son sus límites) que podemos abstraer de la materia inteligible individual, y, en fin, los de las diversas esencias, como la potencia, el acto y otras similares, las cualidades morales, los valores, etc., que se obtienen por división o composición. Volveremos a esto.

⁵⁴ *Juan de Santo Tomás, Ars logica-Secunda pars super libros perihermeneias; Circa libros priorum*; cfr. en castellano con el título *De los signos y los conceptos*, México U.N.A.M. 1989, quaest XXXII, art III, pp. 200 y ss.

⁵⁵ *Santo Tomás de Aquino, S. Tb*, 1, 12, 1.^a, ad 2, y 1, 87, 3, ad 2. y *De memoria et reminiscentia*, 3.^a.

⁵⁶ *Juan de Santo Tomás*, op. y libr. cit. *quaest*, XXIII, art. III, pp. 203 y ss.

⁵⁷

LA ABSTRACCIÓN POR DIVISIÓN O COMPOSICIÓN EN CONTRAPOSICIÓN A LA INTUICIÓN EIDÉTICA DE CUALIDADES Y VALORES

He indicado que *Santo Tomás de Aquino* distinguió la abstracción integrativa y la abstracción por división o composición. Después de distinguirlas, él mismo advirtió⁵⁸ que esta segunda abstracción efectuada en «cosas que en la realidad no están abstraídas no puede hacerse sin error»; pero, añadiendo que cabe un modo «de consideración simple y absoluta» de una cosa «sin pensar en ninguna otra», por lo cual no hay error en abstraer de este modo. «Si, en efecto, pensamos o decimos que el color de un cuerpo no le es inherente o está separado de él, hay falsedad en el juicio o en la aprehensión. En cambio si consideramos el color y sus propiedades sin hacer referencia a la fruta, en que se encuentra, o expresamos de palabra lo que de este modo entendemos, no habrá error ni en el juicio ni en la expresión; pues la manzana, no pertenece a la esencia del color, y, por tanto, ningún inconveniente hay en que consideramos ésta sin atender para nada a aquélla».

El *Doctor común*⁵⁹ no admitió que, en la definición de los seres o cosas naturales, pueda de este segundo modo abstraerse la forma sin la materia común; pero si admitió que «las cantidades —como los números, las dimensiones y las figuras, que son sus límites— pueden ser consideradas sin las cualidades sensibles, lo cual es abstraerlas de la materia sensible; pero no pueden concebirse sin la referencia a la sustancia medida por la cantidad; lo que sería abstraerlas de la materia inteligible común. Sin embargo, no es precisa la referencia a esta o aquella sustancia: que equivale a abstraerlas de la materia inteligible individual.

«Por último, hay esencias que pueden ser abstraídas hasta de la materia inteligible común, como son el ser, la unidad, la potencia y el acto y otras similares que también pueden existir sin materia alguna como sucede con las sustancias inmateriales».

Como se ve, el *Aquinatense* distinguió tres clases de universales abstraibles en pasos intelectuales sucesivos, a los cuales *Francisco Suárez*⁶⁰ deno-

⁵⁸ *Santo Tomás de Aquino, S. Tb. 1.^a, 85, 1, ad, 1.*

⁵⁹ *Ibid, ad 2.*

⁶⁰ *Francisco Suárez, De anima, 4, 3, 22.*

minó: *físico o parte rei*; *metafísico o ex parte intellectus*, considerándolo abstracción del entendimiento; y *lógico*, mero ente de razón, «*circa id quod conceptitur*».

Entre los universales abstraídos sin hacer referencia a la cosa ni al bien concreto en que se encuentra, cabe incluir los valores. Pero, trasladando al valor lo que del color dice *Santo Tomás*, hay falsedad tanto si concebimos el valor de una cosa o de una clase de cosas separado de ellas, como si abstraemos la cosa sin consideración al valor insito en ella. A la inversa, si abstraemos el valor sin referencia a cosa o clase de cosas alguna, la abstracción del valor será correcta, pero, en ese caso, su concreción no lo sería si se tratase de referir el valor a otra cosa distinta de aquella de la cual se ha abstraído específicamente ese valor. En ese caso, tal operación valorativa se efectuaría ideológicamente, cuando no utópicamente, al tratar de identificar una cualidad que, si bien puede concebirse como *ex parte intellectus* y no como *ex parte rei* de una cosa, en cambio sólo puede ser concretada en aquella cosa de la cual se abstraigo; ni tampoco puede concretarse ésta si no es integrada on sus propias cualidades y valores. Ninguna cosa determinada puede concretarse correctamente si no se le asigna el mismo valor que *ex parte rei* le corresponde; y no cabe, pues, aplicarle valor abstracto alguno, conforme cualquier escala idealmente formulada de valores.

Este defecto lo padecen las modernas teorías neokantiana y fenomenológica de los valores. En efecto, como hemos visto:

— Los valores fueron considerados por el neokantismo de la segunda mitad del siglo XIX (*Windelband* y *Rickert* principalmente) como unos *a priori* ideales y subjetivos⁶¹; por lo tanto —según ella— no podían ser atendibles por el derecho sino los valores que fueron tenidos en cuenta por el legislador al establecer la norma jurídica, en la cual quedaron positivizados y, por tanto, cristalizados. Pero, de ese modo, se pierde la relación directa entre la cosa y el valor inherente, por interponerse el juicio efectuado de modo general, *in abstracto*, por el poder político, y no en relación concreta con la cosa o el bien *in concreto* de que se trate.

— Según la fenomenología, los valores, obtenidos por intuición eidética, emocional y trascendentalmente⁶², se conciben como cosas ideales, separadas del bien o cosa al cual, luego, se quiere referir el juicio de valor. De ahí que *Welzel*⁶³

⁶¹ Cfr. *Perspectiva histórica*, 312, pp. 1177 y ss.

⁶² *Ibid*, 314, pp. 1188 y ss.; y 315, b, pp. 1192 y s. y nota 108, p. 1202.

⁶³ *Hans Welzel, Derecho natural y justicia material*, IV, 4; cfr. ed. en castellano, Madrid, Aguilar 1957, pp. 235 y ss.

podiera decir, con toda justeza: «En la ética de *Scheler* y *Hartmann* se cumple también el destino que se hizo evidente en *Platón* y *Leibniz*, y que alcanza a toda la ideología idealista, no hay ninguna ley de preferencia que permita, partiendo de valores generales *a priori*, extraer idealmente la recta decisión para el aquí y ahora de la situación real».

Como había comentado *Antonio de Luna*⁶⁴ «una tópica de los valores»: «no puede tener la pretensión de ser sino una de tantas»; pues, «convertido el hombre en medida de todas las cosas», y al poseer cada cual su propia medida de estimación, «habría que admitir tantos contenidos posibles en justicia como hombres. Semejante medida de justicia equivale, pues, a la negación de toda medida». En semejantes sentido, *Sciaccia*⁶⁵ hablaba de la «antinomía de la preferencia axiológica», a pesar de la jerarquía de valores que *Hartmann*, en su *ontología* pretendía determinar⁶⁶. A ésta le aplicó *Gómez Robledo*⁶⁷ el atributo de «piélago axiológico».

En la segunda mitad de este siglo xx, se han intentado aproximaciones de los valores a la realidad viva de las cosas. Entre ellas me parece muy especialmente valiosa la de *Grzegorzzyk*⁶⁸, quien partió de estas dos proposiciones de *L. Wittgenstein*⁶⁹: «El mundo se disuelve en hechos»; «el mundo es el conjunto de hechos y/o de las cosas», que —averte— «se refieren no sólo al mundo físico sino también al mundo social, en el cual situamos el derecho». A su juicio, se trata de no confundir los niveles de la realidad y de las categorías ontológicamente distintas. Así, observa⁷⁰ que la acción jurisdiccional dirigida, si fuese preciso, por las normas legales en cuestión debe operar de modo que, de una parte, corresponda a su finalidad objetiva, superior a ella, y, de otra, permita consecuentemente, en el caso enjuiciado, modificar toda «consecuencia artificial». Así debe ocurrir cuando ese caso enjuiciado incluya «comportamientos diversos de los previstos por el legislador», o, por el contrario, los debe excluir si

⁶⁴ *A. de Luna, Nota crítica a la Introducción de la ciencia del derecho* de *Gustav Radbruch*, R.D.P. XVII, 1930, p. 286.

⁶⁵ *Michele Federico Sciaccia, La filosofía hoy*, cap. IV, cfr. ed. Madrid, Escelicer 1973, p. 263.

⁶⁶ Cfr. *Perspectiva*, 316, pp. 1198 y s.

⁶⁷ *Antonio Gómez Robledo, Meditaciones sobre la justicia*, VIII, V, México, Fondo de Cultura Económica 1963, p. 168.

⁶⁸ *Christophe Gzregorczyk, La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris, Libr. Gral. de Droit et Jurisprudence 1982, III, parte, Observaciones preliminares, pp. 217 y ss.

⁶⁹ *L. Wittgenstein, Tractatus logicus philosophicus*, Paris, N. R. F., Gallimard 1961, p. 29, prop. 2, 1 y 1, 1 (cita de *Grzegorzzyk*).

⁷⁰ *Chr. Grzegorzzyk*, op. cit., III, IV, pp. 265 y ss.

ese modelo se limita sólo a regular «un cierto tipo de acción» en el que no encaja el caso.

Como había observado *Wieacker*⁷¹, la determinación del derecho, puesto que ha de efectuarse en cada situación peculiar y original, requiere «una *relación* del saber valorativo referida a la situación real, según lo que en efecto, decide la “naturaleza de las cosas”».

A esa finalidad responden las tendencias que pretenden encarnar existencialmente el valor en las cosas, como en cierto modo ha intentado el existencialismo, o bien, como hacen el realismo metódico y aquéllas tendencias que tratan de conectar el valor con la *Natur der Sache* en singular. Sin embargo, este último intento, efectuado por los juristas alemanes de *Wertungsjurisprudenz*, mantiene —como hemos visto— el dualismo *Sein-Sollen*, y, partiendo de él, en el ámbito del «deber ser» atiende a los principios supraleales, hallados por intuición, mientras que en el ámbito del «ser» considera la naturaleza de la cosa como pre-estructura en la cual han de concretarse aquéllos principios mediante valoraciones ideales⁷².

Heidegger en su existencialismo radical, al no creer en la posibilidad del conocimiento intelectual⁷³, rechazó la *aedequatio rei et intellectus*, contentándose con el conocimiento existencial, del sentido (*Sinn*) de las cosas singulares. Y *Gadamer* ha tratado de suplir la «naturaleza de las cosas» con el «lenguaje de las cosas»⁷⁴. Así, ambos, pretenden tan sólo que se descubra el sentido, *Sinn*, de las cosas⁷⁵.

En cambio, según la explicación tomista de la concreción de una cualidad o valor abstraído por división o composición de una cosa determinada —como hemos visto—, no es un modo correcto de efectuar la concreción el de aplicar, a una cosa, una cualidad o un valor ideales y abstractos, sino que el único modo correcto es reintegrarle el valor que, según su propio ser, le corresponde a ella misma. Recordemos el ejemplo del color, puesto por *Santo Tomás* —al que, antes nos hemos referido— y su advertencia de que «si pensamos que el color de

⁷¹ *Franz Wieacker*, op. cit., 30, 3, b; cfr. ed. Madrid, Aguilar 1957, p. 529, nota 24.

⁷² Cfr. *Perspectiva*, 319, pp. 1212 y ss.

⁷³ Cfr. *Parte sistemática*, 22, párrafos que corresponden a las notas 43 a 50, pp. 97 y ss.

⁷⁴ Cfr. *supra* nota 20.

⁷⁵ Cfr. *Eusebi Colomer*, *El pensamiento alemán de Kant a Heidegger* vol. III, Barcelona, Ed. Herder, 1990, cap. IX y X, pp. 509-650 y *Juan Peguerols*, *El lenguaje en la hermenéutica de Gadamer*, Espíritu, 111, 1995, pp. 65-70.

un cuerpo no es inherente a él, o está separado de él, hay falsedad en el juicio o en la aprehensión». Pues bien, del mismo modo, no podemos referir correctamente un valor a cosa, acto o relación alguno, aplicándole un *valor* ideal, sino que tan sólo resulta correcto aplicarle aquel valor que adecuadamente corresponda a su ser.

Así como sería incorrecto asignar a la manzana un rosado o un amarillento que no sea el suyo propio, sino el prototípico de un libro de colores, de igual modo tampoco es correcto referir a un león el valor de un hombre mártir o a éste el de aquél, o aplicárselo a una gallina.

Por lo tanto, si debemos concretar algún valor jurídico, en un caso que se nos plantee o bien aplicarlo a un negocio determinado, debemos repetir, en orden inverso, los dos pasos dados para abstraer, primero, el universal y, después, el valor genérico correspondiente. Así deberemos, primero, orientarnos para efectuar la concreción con referencia, a la pauta de valor correspondiente al arquetipo del acto o negocio en el que se integre el caso, acto o negocio enjuiciado, y, después, aún, deberemos adecuar, además, el valor de ese arquetipo a las particulares circunstancias que se den, ya sea en el supuesto genérico que contempla el legislador, en el caso-tipo al que trate de dar forma de ley, o bien al de quien ejucie un caso específico con la mediación de este caso-tipo legal.

En efecto, según esta concepción realista, al género o especie abstraído integrativamente —mediante el cuál conocemos intelectivamente, la cosa de que se trata (sea ésta una cosa en sentido restringido, o bien una relación o un hecho)—, le corresponden unas cualidades o valores, abstraídos por división o representación, que son asignables al arquetipo de su clase o especie —v. gr. moral profesional, diligencia de un buen padre de familia o de un buen comerciante, etc.— y que nos sirven de pauta general y de orientación provisional para enjuiciar el singular de que se trate. Es decir, nos son útiles para señalar las líneas generales de su estimación, partiendo como referencia de la cualidad o valor correspondiente al tipo de cosa que se enjuicia. Pero, además, debemos observar, aquello que es peculiar y específico en la cosa o el hecho que, en concreto, se trata de valorar o calificar. Por ejemplo, si ha habido buena o mala fe, culpa, dolo, caso fortuito o fuerza mayor, estado de necesidad, abuso del derecho, actos propios, etc.

Es decir, aquella abstracción por representación o división nos sirve como primera orientación y guía para configurar las líneas generales arquetípicas, pero, luego, debe precisarse si éstas, singularmente en cada caso, atienden

a todas las particularidades específicas de la persona —si es menor, incapaz, débil mental o de voluntad, etc.—, al objeto de que se trata y a las circunstancias de la relación concreta que se valora. Es decir, en ese proceso de concreción, deben atenderse todos los matices particulares relevantes de la persona, cosa y hecho que se den en el caso de que se trate.

En suma: la pauta del arquetipo de valor propio de la naturaleza de la cosa objeto de estimación, constituye un primer criterio objetivo (del que prescindan las concepciones neokantianas y fenomenológicas de los valores) que, al efectuar su concreción a un caso determinado, debe completarse, atendiendo a las características y circunstancias específicas que se dan en la persona, cosa o caso concreto enjuiciado.