

# EN TORNO A LA NOCIÓN DE «TIPO». UNA PROYECCIÓN METODOLÓGICA DEL CONCEPTO DE DERECHO DE ARTHUR KAUFMANN\*

---

José Antonio Seoane

A juicio de Winfried Hassemer, desde comienzos de los años sesenta hasta aproximadamente mediados de los ochenta del siglo pasado escribe Arthur Kaufmann sus obras principales<sup>1</sup>. Esto es cierto en relación al tema que nos ocupa, la noción de tipo. En esta etapa intermedia hallamos la monografía más relevante a tales efectos: *Analogía y "naturaleza de la cosa"* (1965, reeditada con un epílogo en 1982)<sup>2</sup>. Con anterioridad no se ocupa

\* Versiones previas de este trabajo fueron presentadas a sendos seminarios sobre la obra científica de Arthur Kaufmann (*Derecho e historicidad y Derecho y lenguaje*) coordinados por el Prof. Andrés Ollero y celebrados en Madrid el 7 de marzo y el 13 de junio de 2002, respectivamente. Agradezco al Prof. Ollero la invitación a participar en los mencionados seminarios, y a Susana Blanco, Pedro Rivas y, en especial, Pedro Serna los comentarios y sugerencias a dichas versiones previas.

1. Cfr. Winfried HASSEMER, "Strafgerechtigkeit. Versuch über das wissenschaftliche Werk Arthur Kaufmanns", en Fritjof HAFT, Winfried HASSEMER, Ulfrid NEUMANN, Wolfgang SCHILD, Ulrich SCHROTH (Hrsg.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, Müller, 1993, pp. 1-22, 9.

2. Arthur KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 1965, 2. verbesserte und durch ein Nachwort ergänzte Auflage, Heidelberg, Müller, 1982. Traducción de la primera edición

Kaufmann de esta categoría, si bien en algunas obras tempranas aborda ya cuestiones metodológicas y epistemológicas que cimentarán su obra iusfilosófica posterior<sup>3</sup>. En adelante, en cambio, Kaufmann no abandonará el pensamiento analógico o tipológico, si bien la presencia de la perspectiva hermenéutica será mayor y más explícita. En cuanto al tipo como categoría teórico-jurídica o metodológica apenas varía su posición, limitándose a introducir ligeras precisiones y aclaraciones que completan y permiten interpretar mejor ciertas argumentaciones insuficientemente desarrolladas. Así, siempre al hilo de la dicotomía concepto-tipo, arroja algo de luz sobre la eventual conceptualización del tipo y, subsiguientemente, sobre la existencia y necesidad de los conceptos legales. La conexión entre el tipo (normativo) y el concepto (legal) contribuye a no malinterpretar algunos pasajes de *Analogía y "naturaleza de la cosa"* y a percibir una mayor coherencia en su esquema del proceso de realización del Derecho. Otras cuestiones problemáticas, por el contrario, permanecen sin respuesta. En esta etapa final o hermenéutica la aportación más relevante a nuestros efectos es la atención prestada a la operatividad del tipo, esto es, a su lugar y función en el proceso de determinación o realización del Derecho. Será precisamente una interpretación dinámica del tipo la que permita desvelar algunas incógnitas y oscuridades anteriores.

El tipo es el eje del modelo de conocimiento, o si se prefiere, del proceso de hallazgo o realización del Derecho que propone Kaufmann, un realismo/idealismo moderado. Es, junto a la "naturaleza de la cosa", el medio o intermediario que hace posible

de Enrique Barros Bourier, *Analogía y "naturaleza de la cosa"*. *Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Santiago de Chile, 1976.

3. En esta etapa destaca Arthur KAUFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, Mohr, 1957. Luego en Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, 2. überarbeitete Auflage, München, Carl Heymanns, 1984, pp. 1-21. Traducción de Emilio Eiranova Encinas, "Derecho natural e historicidad", en Arthur KAUFMANN, *Derecho, moral e historicidad*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 15-44.

poner en correspondencia el ser y el deber ser, la norma y la situación de hecho, la justicia normativa (*Normgerechtigkeit*) y la justicia real (*Sachgerechtigkeit*)<sup>4</sup>. Una adecuada y comprensible caracterización del tipo exige, de antemano, exponer el proceso cognoscitivo de determinación del Derecho, en el que cobra sentido como categoría. Junto a éste, y para confirmar una constante en su pensamiento, prestaremos atención brevemente a la estructura ontológica del Derecho. Tanto la *configuratio entis* como la *configuratio rationis* del Derecho presentan un rasgo reiterado, que explica la noción de tipo: la búsqueda de un término medio moderado y realista. Cabría decir, en otras palabras, que la polaridad a la que en ocasiones alude Kaufmann se resuelve en una combinación o mezcla adecuada (*krasis*) de los elementos del Derecho<sup>5</sup>. En un segundo momento nos ocuparemos de la caracterización del tipo en la obra de Kaufmann, intentando sistematizar sus rasgos principales, procediendo después a detenernos con más detalle en algunos aspectos de dicha caracterización, con la finalidad de interpretar en todo su alcance y de poner de relieve algunas de las insuficiencias o contradicciones de su propuesta.

## 1. LA ESTRUCTURA ONTOLÓGICA Y EL PROCESO DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO

Para Kaufmann conocer es comparar. El conocimiento del Derecho supone comparar y poner en relación o en correspon-

4. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit. pp. 94 ss.

5. Cfr. Ángeles LÓPEZ MORENO, "El topos de la *Krasis*. Su aplicación a categorías del pensamiento actual", en *Problemas de la Ciencia jurídica. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Puy Muñoz*, tomo I, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pp. 359-384; "La idea de 'mezcla adecuada' en el proceso de aplicación e interpretación del Derecho", en Ángeles LÓPEZ MORENO (dir. y coord.), *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho*, Madrid, Colex, 1999, pp. 17-36.

dencia<sup>6</sup>. Por ello no se siente satisfecho con la respuesta del realismo conceptual o ultrarrealismo, según el cual el ser o lo general se encuentran en la pura facticidad, *ante rem*; ni con la del idealismo subjetivo o nominalismo, para el que que el ser se halla en la pura irrealidad o abstracción, *post rem*. Ambas teorías extremas contradicen la realidad y nuestra experiencia. Entre ambas se sitúa el realismo moderado, o idealismo moderado, que sostiene que lo general aparece *in re*, como esencia que portan los individuos reales y que realizan de forma análoga los diferentes seres concretos<sup>7</sup>.

Su “concepción polar del Derecho”<sup>8</sup>, dualista y relacional, es asimismo la que sugiere como modelo de comprensión de la estructura ontológica del Derecho. El Derecho es una realidad dual; es polaridad, relación y tensión recíprocas entre esencia y existencia: aparece cuando su esencia, referida a contenidos concretos de justicia, se materializa y actualiza a través del Derecho positivo<sup>9</sup>. A su juicio “sólo queda a la Filosofía jurídica buscar una ‘tercera vía’ más allá del Derecho natural y del positivismo. Recorrer este camino corresponde en plena lógica a la Hermenéutica jurídica”<sup>10</sup>.

6. Cfr. por todos Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., pp. 56 ss.

7. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit*, Tübingen, Mohr, 1964. Traducción de Emilio Eiranova Encinas, “Derecho y moral”, en Arthur KAUFMANN, *Derecho, moral e historicidad*, cit., pp. 45-88, 76-77; *Analogía...*, cit., pp. 104-106.

8. Arthur KAUFMANN, “La struttura ontologica del diritto”, *RIFD* 39 (1962), pp. 549-582, 556. “Die ontologische Struktur des Rechts”, en Arthur KAUFMANN (Hrsg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965, pp. 470-508. Luego en Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, 2. überarbeitete Auflage, München, Carl Heymanns, 1984, pp. 101-129.

9. Cfr. Arthur KAUFMANN, “Derecho natural e historicidad”, cit., pp. 36 y 39 ss.

10. Arthur KAUFMANN, “Concepción hermenéutica del método jurídico”, traducción de José Zafra Valverde, *Persona y Derecho* 35 (1996/2), pp. 11-38.

11. Cfr. con anterioridad “Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juris-

El proceso de realización del Derecho adopta la forma de una “construcción escalonada”, dividida en tres escalones o etapas: 1) principio jurídico (idea de Derecho): principios jurídicos abstractos-generales, suprapositivos y suprahistóricos; 2) norma jurídica: reglas jurídicas concretas-generales, formal-positivas; y 3) decisión jurídica: Derecho concreto, material-positivo e histórico<sup>11</sup>. Entre ellos existe una sucesión lógica, si bien ontológicamente la relación es inversa. La correcta comprensión del proceso exige acoger dos tesis: 1ª) ningún escalón es prescindible (ninguna norma sin principio, y ninguna decisión sin norma); 2ª) ningún escalón puede ser deducido del inmediatamente superior lógicamente (ninguna norma exclusivamente a partir de los principios y ninguna decisión exclusivamente a partir de la norma jurídica). La primera tesis implica distanciarse de aquellas teorías que postulan la obtención del Derecho sin criterios valorativos; la segunda tesis rebate aquellas teorías que pretenden obtener el Derecho únicamente a partir de criterios valorativos<sup>12</sup>.

En el proceso de realización o determinación del Derecho caso y norma son sólo la “materia prima” del proceso metódico<sup>13</sup>. El núcleo de dicho proceso es la analogía, mediante la cual el Derecho ha de ser determinado<sup>14</sup>. En el estadio de equiparación analógica entre el caso y el resultado, caso y norma son elaborados entre sí: la norma le hace justicia al caso y el caso le hace justicia

tischen Hermeneutik” (1975), en Arthur KAUFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Köln, Heymanns, 1984, pp. 79-88. Versión castellana de Andrés OLLERO, “Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 17 (1977), pp. 351-362. Luego cfr. *Rechtsphilosophie*, 2. Auflage, München, Beck, 1997, pp. 39 ss.

11. Kaufmann emplea la expresión “decisión jurídica” (*Rechtsentscheidung*) en el sentido de “decisión judicial” –o administrativa– relativa a una determinada situación concreta.

12. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., pp. 49-55; *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 84-85.

13. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 89.

14. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., pp. 58 ss.

a la norma. La norma se concreta y acerca a la realidad, delimita los contornos del caso. En suma, el pensamiento tipológico o análogo es el propio del Derecho: la legislación es la armonización de la idea de Derecho y de las posibles situaciones vitales futuras; la determinación del Derecho es la armonización de la norma legal y la situación vital real<sup>15</sup>.

## 2. CARACTERIZACIÓN DEL TIPO

En la línea de lo que se acaba de exponer, el tipo constituye un punto de aproximación entre lo particular y lo general; es la traducción jurídica de la estructura ontológica del Derecho; es, comparativamente, un concreto, un *universal in re*. Se diferencia, de una parte, de lo individual. Lo único no puede ser típico, y el tipo presupone lo comparable, lo diferenciable; esto es, presenta carácter análogo. De otra parte, se diferencia del concepto general-abstracto. Éste puede ser “definido”, (de)limitado mediante un número reducido de características aisladas, en tanto que el tipo no es definible; sólo puede ser descrito o “explicado”: tiene un núcleo fijo pero carece de límites determinados, de modo que puede apreciarse la tipicidad de una situación aun en ausencia de algunos de sus rasgos característicos<sup>16</sup>.

Es precisamente en la contraposición con el concepto (general y abstracto) donde Kaufmann decanta los rasgos propios del tipo. El concepto es definible y (de)limitable, es cerrado y rígido, divide, y sirve para la subsunción. El tipo, por el contrario, es sólo explicable; es abierto y flexible, une y sólo puede ser puesto en

15. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 126. En general sobre estos aspectos cfr. Andrés OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996, *passim*, por todas pp. 211-252, 327-335, 435 ss.

16. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., pp. 94-95; *Rechtsphilosophie*, cit., p. 127.

correspondencia. Así, el tipo no se acomoda al modelo de pensamiento lógico-formal, propio del concepto, sino más bien al pensamiento analógico<sup>17</sup>; a la *fuzzy logic*, a las transiciones graduales entre el “todavía no” y el “ya no”<sup>18</sup>. En otras palabras, el concepto es excluyente y aboca a un pensamiento disyuntivo (o lo uno o lo otro), en tanto que el tipo es incluyente y sirve para un pensamiento problemático o analógico.

El tipo se halla en estrecha conexión con la “naturaleza de la cosa”; ésta, desde la filosofía del Derecho, remite a aquél, cuyo contexto es el de la teoría del Derecho. La “naturaleza de la cosa” es el lugar metódico donde convergen ser y deber ser, hecho y norma, realidad y valor; expresa la identidad de la relación de sentido entre la idea de Derecho o la norma jurídica y la situación vital. Metodológicamente es el eje del procedimiento analógico; y es el medio entre la justicia normativa y la justicia real, y como tal portadora del sentido jurídico objetivo que busca el conocimiento jurídico<sup>19</sup>. La acomodación o puesta en correspondencia entre la idea o la norma de Derecho y las circunstancias de hecho, futuras o reales, exige un mediador entre ser y deber ser, un *tertium comparationis*: el sentido o *ratio iuris*, que designa la “naturaleza de la cosa”. “La *ratio iuris* es el *topos* en el que se encuentran ser y deber ser, es el lugar metódico de la conexión (‘correspondencia’) entre realidad y valor”<sup>20</sup>. El entrelazamiento entre el ser y el deber ser y la aparición de lo general en lo particular, de lo valorativo en lo fáctico, comunica la “naturaleza de la cosa” con el tipo. Es claro entonces que “la ‘naturaleza de la cosa’ remite al tipo. El pensamiento desde la ‘naturaleza de la cosa’ es pensamiento tipológico”<sup>21</sup>.

17. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., pp. 94-96.

18. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 127.

19. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., pp. 90-93.

20. Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 126-127.

21. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., p. 94. Kaufmann concluye que el pensamiento tipológico a partir de la “naturaleza de la cosa” no es lógico-

En el ámbito jurídico hablamos del tipo normativo, que es *el* medio entre la idea de Derecho y la situación vital, alrededor del cual gira el pensamiento jurídico: el medio entre la justicia normativa y la justicia real o fáctica<sup>22</sup>. Aunque es mudable, variable y no rígido, el tipo no está a nuestra disposición; no puede ser construido a nuestro arbitrio. El tipo, afirma Kaufmann, es la causa o fenómeno originario, y está dado de antemano a toda legislación y formación del Derecho<sup>23</sup>. La tarea del legislador es describir tipos, no de forma completamente libre, sino con ciertas sujeciones (por ejemplo, el tipo de asesinato como forma especialmente grave de homicidio doloso). En cuanto al juez, la justicia del pronunciamiento judicial —el ajustamiento de la situación vital y de la norma— exige comprender la situación vital en su tipicidad. De ahí que los “éxitos y fracasos de la legislación y la jurisprudencia dependen de la correcta comprensión de los tipos”<sup>24</sup>, que están tras los conceptos legales, y no tanto de una mala comprensión de éstos. Cabe inferir, por tanto, una nueva nota para la caracterización del tipo: detrás de cada concepto legal hay un tipo.

La tarea legislativa es, al menos en parte, la descripción de tipos. En la construcción de la ley los conceptos abstractos son importantes, ya que dan forma a la ley y garantizan la seguridad jurídica. El legislador puede, como se ha anticipado, definir “exactamente” un concepto pero no un tipo; éste tiene siempre un contenido más rico y expresivo, más gráfico que el del concepto abstracto. Aquí, a juicio de Kaufmann, se muestra nuevamente cómo el Derecho jamás es idéntico a la ley pues no se da a

formal; tampoco es un pensamiento no-lógico o confuso ni un pensamiento circular. Es un pensamiento pre-lógico, cuya conclusión, desde el punto de vista de la lógica, es un pre-juicio, sin el cual no existe el juicio lógico. (Cfr. *ibid.*, p. 108).

22. Cfr. *ibid.*, p. 96.

23. Cfr. *ibidem*; *Rechtsphilosophie*, cit., p. 128.

24. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., p. 97.

entender plenamente en los conceptos legales. “Por eso, tampoco puede haber un cerrado sistema jurídico ‘axiomático’, sino sólo un sistema abierto y ‘tópico’”<sup>25</sup>.

El tipo no puede ser definido o delimitado sino únicamente “descrito”; y, habría que añadir, descrito imperfectamente y por aproximación. En esta encrucijada el legislador dispone de las siguientes opciones: a) renunciar a la descripción del tipo y solamente enunciarlo, opción que otorga elasticidad en el manejo de la ley pero que, como contrapeso, genera inseguridad jurídica; b) describir lo más minuciosamente posible el tipo, lo que confiere mayor seguridad jurídica pero conduce a resultados ajenos o alejados de la vida real. Entre ambos extremos, la nuda enunciación de una cláusula general y la prolija descripción casuística, Kaufmann propone c) el “método ejemplificador”, que implica la descripción ejemplificativa del tipo y la consiguiente remisión —expresa— a la investigación analógica del juez. A partir de su concepción hermenéutica del método jurídico, Kaufmann señala que el legislador moderno se sirve cada vez más de la analogía, que es término medio entre la univocidad y la equivocidad, el ser y el deber ser, la esencia y la existencia<sup>26</sup>.

La tarea jurisprudencial es la concreción (“realización”: *Verwirklichung*) del tipo. En ella se reproduce de nuevo la bipolaridad del Derecho, ahora en el plano axiológico a través de la tensión irresoluble entre justicia y seguridad. La pregunta ¿tipo o concepto? está desenfocada. Ambos son necesarios: “los conceptos sin tipos son vacíos; los tipos sin conceptos son ciegos”<sup>27</sup>. La conceptualización total del tipo, propósito de la producción legislativa, es inalcanzable. De este modo el proceso de hallazgo o creación concreta del Derecho debe ser reconducido a los tipos o modelos que sirven de fundamento a la ley. La interpretación

25. *Ibid.*, pp. 97-98. Cfr. *Rechtsphilosophie*, cit., p. 128.

26. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., pp. 58 ss.; *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 17-18.

27. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., p. 99.

teleológica no ha de trabajar con los conceptos legales, definidos de forma abstracta y general, sino con los tipos ubicados tras ellos; argumenta, pues, a partir de la “naturaleza de la cosa”<sup>28</sup>.

Si la relación expuesta entre concepto y tipo es correcta, el concepto es también análogo. Inicialmente definido de forma abstracta y unívoca como resultado de una operación intelectual de abstracción, pierde tales caracteres al ser aplicado o puesto en contacto con la realidad. El proceso de realización del Derecho es un permanente abrirse y cerrarse de los conceptos legales, una dialéctica entre jurisprudencia conceptual y jurisprudencia teleológica. El legislador intenta comprender conceptualmente las circunstancias de hecho o situación vital típica con la mayor precisión posible. Sin embargo, los conceptos son demasiado limitados o definidos, de forma que la jurisprudencia ha de forzarlos para comprender justamente la realidad<sup>29</sup>. Desde este momento da comienzo un proceso en dirección contraria, presentándose una nueva definición “corregida” del concepto en cuestión, que a su vez será suficiente sólo durante un lapso de tiempo determinado<sup>30</sup>.

En relación con la aplicación del Derecho sostiene Kaufmann que el vacío de la ley, en contra de la concepción positivista, no es un defecto sino que es *a priori* y necesario. La ley no puede y no debe ser formulada en forma unívoca, pues se crea para todos

28. Cfr. *ibidem*; Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 128.

29. Por ello, por ejemplo, a juicio de Kaufmann el principio *nullum crimen sine lege* no puede implicar una prohibición estricta de la analogía, algo que sólo sería posible si el delito estuviese definido de forma exacta, precisa y concluyente mediante conceptos unívocos. Lo que enuncia el principio es que el tipo de acción punible está establecido por una ley penal formal, esto es, que ha de ser descrito de forma más o menos completa. La frontera de la analogía penal es el tipo de antijuridicidad o injusticia (*Unrecht*) que sirve de base al supuesto de hecho legal. (Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., p. 103; *Rechtsphilosophie*, cit., p. 129).

30. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 128.

los casos, cuya multiplicidad es infinita<sup>31</sup>. Los conceptos legales, al margen de los escasos conceptos numéricos, no son unívocos, no son conceptos abstracto-generales sino *conceptos tipo*, *conceptos de orden*, en los cuales no existe el “esto o lo otro” sino “el más o menos”<sup>32</sup>. Ante esta situación habrá que determinar en qué medida dichos conceptos tipo deben ser abiertos y en qué medida se deben fijar límites a los conceptos abstracto-generales<sup>33</sup>.

Si en el proceso de determinación del Derecho, éste, a partir de la norma jurídica formal, debe devenir realidad concreta, los conceptos abstractos de la norma deben abrirse hacia las situaciones vitales. Esto sucede en la decisión jurídica concreta, en la sentencia judicial. Estos conceptos concretados en la sentencia judicial ya no son unidimensionales, unívocos; y debe permitirse que no lo sean, pues de otra manera no podrían cumplir su función de equilibrar las tensiones dentro de la idea de Derecho –igualdad, seguridad jurídica, equidad–<sup>34</sup>. A través de los actos de la fijación normativa y de la decisión judicial el lenguaje crea el Derecho de doble manera: la norma requiere siempre la decisión, para poder ser eficaz como norma; la decisión requiere la norma o un principio para poder pretender la validez<sup>35</sup>.

Kaufmann aporta un cierto grado de claridad al admitir la conceptualización del tipo y la tipificación del concepto; en el caso de este último con rasgos o notas distintivas que difieren notablemente de los del concepto *proprio sensu* –o concepto abstracto general–. El lenguaje jurídico formula dos tipos de conceptos: el *concepto abstracto general* (concepto de clase o concepto en sentido estricto) abarca una esencia a través de un número fijo de notas distintivas cerradas y unívocas, que pueden darse o no darse. En sentido estricto sólo los conceptos numéricos

31. Cfr. *ibid.*, p. 91.

32. Cfr. *ibid.*, pp. 91-92.

33. Cfr. *ibid.*, p. 92.

34. Cfr. *ibid.*, pp. 123-124.

35. Cfr. *ibid.*, p. 124.

son unívocos. Los conceptos legales, para su aplicación, deben adoptar una forma distinta de la generalidad abstracta, y “deben devenir *conceptos de orden, conceptos de función, conceptos tipo*, que no ‘definen’ (y de ese modo delimitan) la esencia de un fenómeno sino que la ‘describen’ de forma más gráfica (pero no totalmente concreta, sino siempre en un determinado nivel de abstracción) y que, por tanto, no conocen el ‘esto o lo otro’ de los conceptos abstractos generales, sino el ‘más o menos’”<sup>36</sup>.

El tipo es, en suma, un término medio entre lo general o universal y lo particular, en estrecha relación con la “naturaleza de la cosa”. Presenta un núcleo fijo pero carece de límites determinados, y no es susceptible de definición exacta o unívoca, sino que únicamente puede ser descrito por aproximación, imperfectamente. Su determinación es dinámica. El tipo es impuro, pues contiene inexcusablemente elementos de realidad; abierto: nunca está terminado; variable o mudable, y graduable; incluyente, ya que une y no excluye; flexible, en la medida en que se acomoda al más o menos, en lugar del modelo disyuntivo (esto o lo otro) del concepto. Por ello es irreductible a un pensamiento exacto o lógico-formal, siendo su modelo el pensamiento problemático, analógico. Detrás de cada concepto hay un tipo, que constituye la base o fundamento de los conceptos legales. Además, está dado de antemano al proceso de legislación y determinación del Derecho, de modo que no puede ser construido arbitrariamente.

### 3. ALGUNAS PRECISIONES A LA CARACTERIZACIÓN DEL TIPO

El apartado anterior concluye con un intento de sistematización de los rasgos distintivos del tipo para Kaufmann. El examen de su caracterización del tipo, elaborado en lo esencial

36. *Ibid.*, p. 125.

por comparación con el concepto, deja algunos aspectos insuficientemente tratados o meramente esbozados. De ahí que ya en la relación conclusiva se haya intentado precisar la descripción de sus rasgos. Existen, además, otros aspectos merecedores de una reflexión ulterior, que abordaremos combinando dos perspectivas: una intrasistemática, desde los postulados del propio Kaufmann, con la finalidad de llevar hasta las últimas consecuencias sus argumentaciones; otra extrasistemática o integradora, procurando completar su propuesta con otras provenientes de otros autores, en particular las de Karl Engisch y Karl Larenz, y las más pormenorizadas de Detlef Leenen y Winfried Hassemer, discípulos de Larenz y Kaufmann, respectivamente. A lo anterior añadiremos un breve apunte de las semejanzas y diferencias entre la noción de tipo postulada por Kaufmann y las anteriores de Max Weber y Georg Jellinek, de las cuales aquélla ha gozado de mayor difusión y repercusión, siendo a la vez deudora de ésta.

### 3.1. *La flexible imprecisión del núcleo o de los elementos necesarios del tipo: ¿una “conceptualización” del tipo?*

Al contraponer la posibilidad de definir y delimitar el concepto frente a la imposibilidad del tipo, únicamente descriptible, Kaufmann afirma que la tipicidad de una situación de hecho puede apreciarse en ausencia de algunos de sus rasgos característicos<sup>37</sup>. Aunque no lo dice expresamente cabría entender que los rasgos característicos que no podrían, ni deberían, estar ausentes son los pertenecientes al llamado “núcleo fijo” o estable (*fester Kern*)<sup>38</sup>, y sí los accidentales o variables. De otro modo no parece que pueda apreciarse la tipicidad –además, si es fijo o estable no se comprende cómo podría estar ausente de la tipicidad

37. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., p. 95.

38. *Ibidem*.

de una situación; o es fijo o no lo es—. Esto es, el núcleo del tipo parece tener cierto carácter definido o delimitado y, en tal sentido, “conceptual”.

Una indefinición semejante se advierte en la más prolija caracterización del tipo de Karl Larenz, por lo demás similar a la de Kaufmann. Para Larenz el concepto está formado por notas distintivas irrenunciables o indispensables, de manera que “sólo cuando y siempre cuando” se aprecien todas las notas distintivas está fijado o definido el concepto<sup>39</sup>. Por el contrario, el tipo no está fijado definitivamente; ni todas las notas distintivas han de estar presentes, ni han de estarlo en la misma medida. Lo decisivo es que la unión de las notas distintivas “típicas” responda a la imagen fenoménica general; que los rasgos particulares ofrezcan una “imagen total”<sup>40</sup>. El tipo es, en formulación de Leenen, una “estructura elástica de notas distintivas”<sup>41</sup>, interdependientes entre sí. Con todo, Larenz afirma asimismo que ciertos rasgos característicos pueden ser irrenunciables para el tipo<sup>42</sup>, sin aclarar cómo cabe determinarlos<sup>43</sup>.

Aunque de puntillas, Kaufmann y Larenz aluden a algo semejante a la distinción entre “núcleo” y “halo” de la noción de tipo que, siguiendo a Philipp Heck, propone Karl Engisch: el “núcleo” contiene precisamente los casos correspondientes consi-

39. Cfr. Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, vierte, ergänzte Auflage, Berlin, Springer, 1979. Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 205-210, 299.

40. Cfr. *ibid.*, pp. 204-212.

41. Detlef LEENEN, *Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*, Berlin, Duncker & Humblot, 1971, p. 34.

42. Cfr. Karl LARENZ, *Metodología...*, cit., p. 299.

43. Sin precisar tampoco en demasía, Hassemer opta por un proceso de configuración abierto o dinámico del tipo dentro de un espacio o ámbito de notas distintivas, en el que puede tener lugar la interpretación. Winfried HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, Carl Heymanns, 1968, pp. 132-133.

derados por el legislador como típicos, esto es, frecuentes y representativos, y el “halo” abarca también los casos que quedan en la periferia, los casos “límite”, que sólo en sentido atenuado corresponden al tipo e incluso, desde el núcleo, resultan atípicos<sup>44</sup>. Parece que Kaufmann, y del mismo modo Larenz, no quieren profundizar en la cuestión por cuanto el reconocimiento de un núcleo invariable en el tipo podría equivaler a una cierta conceptualización (parcial) del tipo. El tipo no es, en suma, tan elástico, o todo él elástico, pues contiene elementos fijos e irrenunciables sin cuya concurrencia no puede apreciarse la tipicidad. En todo caso, quizás el núcleo no haya de ser tanto definido —en el sentido del concepto— cuanto *reconocido en el caso concreto*, que siempre presentará aspectos o dimensiones novedosas que hacen imposible su definición previa<sup>45</sup>.

44. Cfr. Karl ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, Carl Winter, 1953, 2. Auflage, 1968. Traducción de Juan José Gil Cremades, *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1968, pp. 484-485. A la luz de la variabilidad de los elementos que configuran los tipos Larenz ha acuñado la categoría “series de tipos” para referirse a aquellos tipos, afines pero distintos entre sí, que pueden transformarse unos en otros, de modo que algunos elementos desaparecen totalmente, aparecen otros nuevos o pasan al primer plano, propiciando una transición fluida entre los tipos. (Cfr. Karl LARENZ, *Metodología...*, cit., pp. 461-465).

45. La situación vital típica puede reconocerse o identificarse pero no precisarse; no es tampoco susceptible de conceptualización. El tipo evoca, pues, la noción de *arquetipo* acuñada por Ortega en contraposición a la noción de ideal: “Arquetipo, no ideal. No debiéramos confundir lo uno con lo otro. [...] Los ideales son las cosas según estimamos que debieran ser. Los arquetipos son las cosas según su ineluctable realidad. Si nos habituásemos a buscar de cada cosa su arquetipo, la estructura esencial que la Naturaleza, por lo visto, ha querido darles, evitaríamos formarnos de esa misma cosa un ideal absurdo que contradice sus condiciones más elementales”. (José ORTEGA Y GASSET, *Mirabeau o el político* (1927), en *Obras completas*, tomo III, Madrid, Alianza, 1983, pp. 601-637, 603).

### 3.2. *La sujeción al tipo preexistente*

Según Kaufmann el tipo “es aquello que está dado de antemano a toda legislación y formación del Derecho”<sup>46</sup>. La misión del legislador es describir tipos, y la del juez comprender la situación vital en su tipicidad<sup>47</sup>. No existe, entonces, libre disposición para la configuración del tipo. Esta afirmación parece remitir el tipo existencial o empírico a un momento –lógica y ontológicamente– previo a la norma jurídica y a la decisión. En cuanto a la idea de Derecho, habría que decir que el tipo normativo es posterior. Kaufmann lo sitúa entre la idea de Derecho y la situación vital (posible): es *el* medio entre ambas<sup>48</sup>. Amén de esta relativa indeterminación de la ubicación del tipo en el proceso de realización del Derecho, Kaufmann no precisa en exceso el grado de sujeción del legislador y del juez<sup>49</sup>.

Alguna orientación al respecto puede extraerse de la representación esquemática del proceso hermenéutico de realización del Derecho incorporado como apéndice a la segunda edición alemana de *Analogía y naturaleza de la cosa* (1982)<sup>50</sup> –ausente en la

46. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, p. 96.

47. Cfr. *ibid.*, pp. 96-97.

48. Cfr. *ibid.*, p. 96.

49. Un ejemplo de razonamiento tipológico o analógico, que pone de manifiesto la indisponibilidad de algunos elementos o notas distintivas del tipo a la que alude Kaufmann es el concepto y el tipo de “donación”, tenidos en cuenta por el legislador y el intérprete o juzgador de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y sus normas de desarrollo, al considerar si las denominadas donaciones de semen u ovocitos son actos susceptibles de caracterizarse como tales o no lo son, por infringir el requisito de gratuidad y carácter no lucrativo o comercial, (Debo este ejemplo a una sugerencia de Pedro Serna). Sirve asimismo como ejemplo de dicho razonamiento el concepto y el tipo de “domicilio”, examinados al hilo de la jurisprudencia constitucional sobre el significado y alcance de la protección derivada del art. 18.2 CE. (Para un examen más detallado de ambos supuestos cfr. *infra* apartado 3.3 *in fine*).

50. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”...*, cit., p. 59.

versión en lengua española (1976)–. No obstante, en dicho proceso el tipo aparece en dos lugares o momentos, con sendas caracterizaciones: 1) la “construcción típica ideal” como elemento del proceso legislativo, que permite poner en correspondencia la idea de Derecho con la situación vital posible, y que desemboca en la norma jurídica; 2) la “argumentación en el marco del tipo (subsunción)” como elemento del proceso de determinación del Derecho, que permite poner en correspondencia la norma con la situación vital real, y que tiene como resultado la decisión judicial. En este sentido habría que analizar si existen diferencias, y en caso afirmativo cuáles, en la configuración del tipo a lo largo del proceso de realización del Derecho. En primer lugar, ¿dónde aparece el tipo como “aquello dado de antemano a toda legislación y formación del derecho”<sup>51</sup>? ¿Qué relación tiene con la idea de Derecho ese tipo dado de antemano al proceso legislativo? A continuación surgen nuevos interrogantes: ¿con qué manifestación del tipo se identifica el “tipo normativo”? Puede ser con el tipo dado de antemano que acabamos de enunciar y que no aparece en la representación esquemática del proceso de realización del Derecho. No obstante, en la medida en que la positividad es condición indispensable –aunque no suficiente– para la cualidad jurídica<sup>52</sup>, y el tipo normativo nos remite al campo del Derecho<sup>53</sup>, podría ser identificado con la “construcción ideal típica” del momento legislativo. Sin embargo, si “la tarea del legislador es describir tipos”<sup>54</sup> –más bien recreación o reconstrucción de tipos–, parece que éstos serían el resultado del proceso legislativo, y que la “construcción ideal típica”

51. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., p. 96.

52. Cfr., entre otros lugares, Arthur KAUFMANN, “Derecho natural e historicidad”, cit., p. 40; “La struttura ontologica del diritto”, cit., p. 559; *Analogía...*, cit., pp. 46-47.

53. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., p. 96: “Transmitamos lo dicho al campo del Derecho. Aquí el tipo –entendido como tipo normativo [...]–”.

54. *Ibidem*.

sería previa e impulsora del “tipo normativo”, pero no podría identificarse con él. En suma, ¿cuál es el resultado de la legislación: el tipo normativo, una concreción del tipo normativo o un nuevo tipo normativo? Finalmente, en cuanto al sentido del adjetivo “ideal” de la construcción ideal típica, rechazada la conexión del tipo normativo con el tipo ideal weberiano<sup>55</sup>, una interpretación sistemática de Kaufmann nos ha de conducir a una noción “idealista-realista moderada” de tipo.

De una parte, el legislador encuentra sujeción en la situación vital, en la realidad<sup>56</sup>. El tipo, y sus notas distintivas, no son comprensibles sin la situación vital<sup>57</sup>. Los tipos no se inventan sino que se descubren<sup>58</sup>. El denominado tipo empírico ofrece una imagen de la realidad y sirve de base para la elaboración del tipo normativo<sup>59</sup>. El otro punto de anclaje, de naturaleza axiológica, del proceso legislativo se halla en la idea de Derecho —en el

55. Cfr. *ibidem*. Sobre el tipo ideal en Max Weber cfr. *infra* 3.2.1.

56. “Con frecuencia, lo jurídicamente típico, antes o después de la tipificación, se ha dado en la realidad como acontecimiento ‘típico’; lo que quiere decir que al concepto jurídico de tipo corresponde en mayor o menor escala, según los casos, un tipo empírico, un tipo frecuente. [...] Y allí donde la vida jurídica crea nuevos tipos, allí, por tanto, donde surge la paradoja de contratos ‘atípicos’ típicos, el legislador sigue las huellas de la vida, como también, a la inversa, el legislador puede suprimir un tipo de su catálogo cuando la vida no lo sigue o ha dejado de seguirlo”. (Karl ENGISCH, *La idea de concreción...*, cit., pp. 465-466). En cualquier caso, Engisch admite a continuación la existencia de tipos jurídicos, con estabilidad propia, aunque nunca o raras veces se hayan realizado como el legislador haya imaginado, relativizando la dependencia del tipo normativo respecto del tipo empírico.

57. Cfr. Winfried HASSEMER, *Tatbestand und Typus...*, cit., por todas, p. 104. Hassemer denomina a esto el problema de la relación con la realidad (*Wirklichkeitsbezug*).

58. Cfr. Karl LARENZ, *Metodología...*, cit., p. 457.

59. El tipo normativo puede también apoyarse en el tipo ideal, que no ofrece una imagen sino un modelo o arquetipo. (Cfr. *ibid.*, pp. 453-454). La analogía entre tipo ideal y arquetipo que apunta Larenz resulta ajena al sentido orteguiano de arquetipo que antes hemos señalado (cfr. *supra* n. 45).

sentido de Radbruch<sup>60</sup>. El legislador añade a la base empírica un punto de vista normativo: selecciona los fenómenos decisivos del tipo –desatendiendo o añadiendo otros, en su caso– desde la perspectiva directiva e incorpora reglas que estima adecuadas, a la luz del fin de la norma y la idea de Derecho<sup>61</sup>, y confiere así al tipo relevancia jurídica. Ello implica que el tipo normativo no puede ser pensado sin el punto de vista valorativo directivo que impulsó al legislador<sup>62</sup>; sin la referencia a la *ratio legis* serían meros *topoi*, síntomas o indicios fácticos<sup>63</sup>.

El tipo empírico nos describe una porción de realidad; desempeña una función informativa o indicativa de la tipicidad. Con posterioridad, al poner en correspondencia la situación vital con la idea de Derecho se añade una dimensión axiológica y normativa a la configuración del tipo normativo, que pertenece a un nivel hermenéutico superior, y que es la respuesta a una pregunta: ¿para qué?<sup>64</sup>. Tras el ajustamiento teleológico de la situación vital a la idea de Derecho –o, en el proceso de hallazgo del Derecho, a la norma jurídica– no obtenemos únicamente información sobre la realidad, sino sobre todo un determinado punto de vista directivo sobre la realidad, constituido hermenéuticamente. Éste no reproduce la situación vital o la cosa regulada como hecho bruto

60. Cfr. Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (3. Auflage, 1932), en *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, volumen 2. *Rechtsphilosophie II*, Arthur KAUFMANN (Hg.), Heidelberg, Müller, 1993, pp. 206-450; precisiones posteriores en *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), en *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, volumen 3. *Rechtsphilosophie III*, Arthur Kaufmann (Hg.), Winfried Hassemer (bearbeitet von), Heidelberg, Müller, 1990, pp. 121-227.

61. Cfr. Karl LARENZ, *Metodología...*, cit., pp. 456-459.

62. Cfr. Detlef LEENEN, *Typus und Rechtsfindung...*, cit., pp. 42 ss. y 62 ss.

63. Cfr. Karl LARENZ, *Metodología...*, cit., p. 212.

64. Cfr. Winfried HASSEMER, *Tatbestand und Typus...*, cit., p. 152.

sino el significado que tiene para el Derecho la situación vital en su relevancia jurídica<sup>65</sup>.

La configuración del tipo, en el proceso legislativo, y la argumentación en el marco del tipo, en el proceso de determinación del Derecho, son procedimientos teleológicos, guiados y limitados por el sentido<sup>66</sup>. En ellos existe un margen más o menos amplio de libertad para el legislador y el intérprete, cuyos elementos de sujeción son los dos polos del proceso de realización del Derecho: la situación vital y la idea de Derecho o la norma jurídica. Estos elementos de sujeción impiden la transformación de la libertad de configuración y de argumentación en arbitrariedad, pues es posible determinar si existe o no el ajustamiento requerido a la luz del *tertium* teleológico del sentido<sup>67</sup>.

65. Cfr. *ibid.*, pp. 109-110. Si bien en estas páginas Hassemer centra su argumentación en el ámbito penal, sus afirmaciones resultan extensivas al Derecho en general, como él mismo hace a lo largo de la obra.

66. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., en particular pp. 90-91.

67. En clave hermenéutica, la sujeción del legislador y del juez al tipo, o a la realidad mediante el tipo, hallan su equivalente en la fundamentación ontológica del proceso hermenéutico de determinación del Derecho. El referente ontológico, al igual que el tipo, es indispensable para la comprensión y determinación del Derecho, evitando el decisionismo irracional y arbitrario; y, de nuevo igual que el tipo, es indisponible. Cfr. Arthur KAUFMANN, "Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik", en *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1982, I, pp. 537-548. Luego en Arthur KAUFMANN, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, cit., pp. 89-99, 96. Del significado y alcance del referente ontológico en la propuesta hermenéutica de Kaufmann se ha ocupado recientemente Pedro SERNA, "Hermenéutica jurídica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", en Pedro SERNA (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2003, pp. 211-247, en especial 233 ss.

### 3.2.1. «Excursus». *Tipo empírico, tipo ideal y tipo normativo*

Kaufmann rechaza explícitamente emparentar su noción de tipo (en el sentido de construcción ideal típica) con la de Max Weber (tipo ideal)<sup>68</sup>. Ciertamente no es lo mismo el tipo para el uno y para el otro; y tampoco para Georg Jellinek, cuya noción de tipo influye en la formulación de Weber e ilustra la comparación entre aquéllos.

El “tipo ideal” es una de las aportaciones metodológicas fundamentales de Weber. Weber considera absurdo que las ciencias sociales acudan a una “definición”, según el esquema *genus proximum, differentia specifica*. “Esta forma de comprobación del significado de las palabras sólo existe en el campo de las disciplinas dogmáticas, las cuales trabajan con silogismos”<sup>69</sup>. El contenido de los conceptos generales y abstractos es tan vasto que resulta inútil. Por ello, frente al concepto científico-natural, elabora el “tipo ideal”, que pretende destacar la singularidad de los fenómenos históricos y contribuir a la explicación causal de las ciencias histórico-sociales.

La denominación “tipo ideal” no es originaria de Weber sino de Georg Jellinek<sup>70</sup>, quien distingue entre tipo ideal y tipo empírico. Weber adopta la denominación del primero y, en buena medida, el contenido del segundo: al igual que el tipo empírico de Jellinek, el tipo ideal de Weber tiene carácter empírico y carece

68. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., p. 96.

69. Max WEBER, *Die “Objektivität” sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis* (1904), en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, Mohr, 1980, pp. 146-214. Traducción de Michael Faber-Kaiser, revisada por Salvador Giner, “La objetividad del conocimiento en las ciencias y la política sociales”, en *La acción social: ensayos metodológicos*, Barcelona, Península, 1984, pp. 112-190, 166-167.

70. Cfr. Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Auflage, Berlin, Häring, 1905. Traducción de Fernando de los Ríos Urruti, *Teoría general del Estado*, Granada, Comares, 2000, pp. 27-38.

de elementos normativos o valorativos –a diferencia del carácter normativo del tipo ideal de Jellinek–.

*El tipo en Georg Jellinek.* Las cosas humanas, junto a los elementos individuales o singulares, presentan caracteres comunes. Este conocimiento de lo común es el que orienta la investigación de las ciencias sociales. “En los fenómenos de orden natural el interés que prevalece para el científico es el de los elementos idénticos; pero en los fenómenos sociales no existe lo idéntico sino lo análogo”<sup>71</sup>. Las ciencias naturales pueden ocuparse de lo idéntico en la variedad de fenómenos; pueden explicar la realidad y los casos particulares por medio de leyes generales. Las ciencias sociales no, pues escasamente ofrecen identidades; sí se interesan, en cambio, por las analogías. La complejidad de la vida no se deja aprisionar en moldes estrechos ni de modo definitivo; “el conocimiento así adquirido no es definitivo, sino que siempre necesita estar corrigiéndose mediante la unión con los demás órdenes de los cuales hemos abstraído teóricamente el objeto”<sup>72</sup>. En suma, en las investigaciones sociales “no hay identidades absolutas, sino fenómenos análogos; las formaciones de índole real, vital, no son iguales, se asemejan simplemente”<sup>73</sup>.

El problema de una ciencia del Estado, afirma Jellinek, es “buscar los elementos típicos en los fenómenos del Estado y las relaciones en que se encuentran”<sup>74</sup>. Dos son las modalidades de tipos. El *tipo ideal*, al modo platónico, como idea del más allá que sólo puede realizarse de forma imperfecta en el individuo, o al modo aristotélico, como fuerza activa que crea y da forma a los ejemplos individuales de un género, “tiene un valor esencialmente teleológico; [...] no es algo que es sino que debe ser; y por ésto es al mismo tiempo medida de valor de lo dado”<sup>75</sup>. El tipo

71. *Ibid.*, p. 28.

72. *Ibid.*, p. 29.

73. *Ibid.*, p. 30.

74. *Ibid.*, p. 31.

75. *Ibid.*, p. 32.

ideal no se encuentra en el camino de las investigaciones científicas sino en la pura especulación. Por muy grande que sea su significado práctico, tiene un valor insignificante para el conocimiento teórico-científico, pues el objeto de la ciencia teórica es el ser y no el deber ser, el mundo dado y no el mundo a crear. “La especulación acerca del ‘tipo ideal’, como toda especulación, descansa, en último término, en convicciones subjetivas y un acuerdo entre sujetos individuales es a menudo imposible. Los ‘tipos ideales’ son objeto no ya del saber, sino del creer”<sup>76</sup>.

Frente al tipo ideal se opone el *tipo empírico*: desde un punto de vista determinado se compara lo que es común a un gran número de individuos, y así se obtiene una imagen típica. Mediante estos tipos se ordena y comprende gran parte de la vida social. Del tipo empírico “no surge la exigencia de expresar un ser objetivo que trascienda la experiencia; significa tan sólo la unificación de notas de los fenómenos, unificación que depende del punto de vista que adopte el investigador. Mediante él ordenamos la variedad de los fenómenos al extraer de ellos lo que les es común lógicamente. Este ‘tipo’ es una abstracción que en la mente del investigador se perfecciona y que frente a la pluralidad indefinida de fenómenos permanece como lo real”<sup>77</sup>. Los tipos empíricos habrán de hallarse por vía inductiva, mediante la comparación de los fenómenos particulares objeto de estudio. No obstante, la labor de comparación ha de hacerse con cautela y no llevarse demasiado lejos: “cuanto más lejos se lleve la comparación, tanto más se descuidarán los elementos individuales, y por consiguiente, tanto menor será el conocimiento que llegue a lograrse del ‘tipo’”<sup>78</sup>.

Los tipos empíricos pueden, y deben, variar y modificarse: están sometidos al fluir histórico y varían según las circunstancias. Un elemento tenido por típico hasta el momento se revela

76. *Ibid.*, p. 33.

77. *Ibidem.*

78. *Ibid.*, p. 34.

como individual y no esencial al tipo. Hay, por tanto, que conocer cómo se forman y deforman los tipos particulares, para lo que se necesitarán dos clases de tipo: el tipo evolutivo y el tipo permanente o quiescente<sup>79</sup>. Además, el tipo empírico, obtenido mediante la extracción de notas comunes presentes en una gran variedad de casos particulares, no se muestra con claridad absoluta, a causa de los elementos individualizadores de los fenómenos particulares; se hallan desviaciones, deformaciones o degeneraciones, casos *atípicos* o patológicos, a la vista de los cuales se pueden corregir los tipos antes establecidos. A pesar de las desviaciones o contradicciones parciales con el tipo, se obtiene un conocimiento del caso particular, no al modo del tipo ideal, o prototipo<sup>80</sup>.

Finalmente, señala Jellinek, desde un punto de vista teórico el tipo empírico da satisfacción a la necesidad sintética de resolver en una unidad la pluralidad de los fenómenos. Pero su único objetivo no es establecer claridad y unidad en la variedad, sino además comprender en sus fundamentos el fenómeno particular y otorgarle un lugar en el contexto social. Al precisar los elementos típicos se muestran también las propiedades individuales de cada fenómeno, no contenidas en el tipo. Desde este punto de vista el tipo aparece como un principio heurístico<sup>81</sup>.

*La categoría de "tipo ideal" en Max Weber.* Jellinek coincide con Weber en la objetividad del conocimiento social y político, en cuanto se considere el tipo empírico como "un ideal del ser y no del deber ser, un ideal lógico y no ético"<sup>82</sup>. Para Weber el tipo ideal se obtiene "mediante la acentuación unilateral de uno o varios puntos de vista y mediante la reunión de gran cantidad de fenómenos individuales, difusos y discretos, que pueden darse en mayor o menor número o bien faltar por completo, y que se

79. Cfr. *ibid.*, p. 36.

80. Cfr. *ibid.*, pp. 36-37.

81. Cfr. *ibid.*, p. 38.

82. *Ibid.*, p. 36, n. 15.

suman a los puntos de vista unilateralmente acentuados a fin de formar un cuadro homogéneo de ideas. Resulta imposible encontrar empíricamente en la realidad este cuadro de ideas en su pureza conceptual, ya que es una utopía. Para la investigación histórica se plantea la tarea de determinar en cada caso particular la proximidad o lejanía entre la realidad y la imagen ideal”<sup>83</sup>. El tipo ideal “es un cuadro mental. No es la realidad histórica y muchos menos la realidad ‘auténtica’, como tampoco es en modo alguno una especie de esquema en el cual se pudiera incluir la realidad a modo de ejemplar. Tiene más bien el significado de un concepto límite puramente ideal, con el cual se mide la realidad a fin de esclarecer determinados elementos importantes de su contenido empírico, con el cual se la compara”<sup>84</sup>.

El tipo ideal weberiano tiene carácter instrumental. No es un fin científico sino un instrumento metodológico para comprender, interpretar y ordenar la realidad histórico-social, a la que accedemos con dificultad y parcialmente. No tiene contenido normativo o valorativo sino únicamente un sentido lógico, que nos permite medir la realidad pero no evaluarla. Asimismo, el tipo ideal es una imagen conceptual, una construcción mental, algo que uno no puede encontrarse empíricamente en la realidad. Los tipos ideales son conceptuales o lógicos, y no empíricos. No obstante, sirven para comprender la realidad.

El tipo ideal no es un concepto general, genérico-abstracto, sino algo típico-abstracto, que intenta destacar un aspecto original de un fenómeno. El tipo (ideal) no es igual que el concepto (general)<sup>85</sup>; es ideal o imaginario, una categoría subjetiva que intenta comprender la intencionalidad de la acción del agente social. Al igual que el tipo empírico de Jellinek, su construcción se determina exclusivamente por el interés del investigador, por el punto de vista que éste adopte. El tipo ideal es un momento de la selec-

83. Max WEBER, “La objetividad...”, cit., p. 163.

84. *Ibid.*, p. 167.

85. Cfr. *ibid.*, p. 175.

ción que realiza el investigador al abordar la realidad, eliminando lo residual en beneficio de sus rasgos esenciales; es, en este sentido, la acentuación de un punto de vista sobre un fenómeno. En consecuencia, puede haber distintos puntos de vista e intereses y diversos principios de selección. Sobre un mismo fenómeno se pueden elaborar varios y diversos ‘tipos ideales’, según el punto de vista adoptado y los elementos o características significativas que se han acentuado. Es, además, provisional: cuando disponga de una herramienta mejor o deje de ser útil para la investigación científica el científico puede abandonarlo y construir otros tipos ideales en sustitución del anterior.

Weber elabora la noción de tipo para las ciencias sociales; antes, Jellinek lo había hecho con referencia a la teoría (general) del Estado; Kaufmann, por su parte, está pensando en el Derecho. La reelaboración weberiana tiene como resultado un “tipo ideal lógico”<sup>86</sup>, sin referencia axiológica alguna. La propuesta de Jellinek recogida por Weber, la del tipo empírico, es más fenoménica, carente también de referencias axiológicas o al plano del deber, que sí aparecen en su noción de tipo ideal. A diferencia de ambos, Kaufmann opta por “un tratamiento ontológico del tipo”<sup>87</sup>; y, añadiríamos, un tratamiento normativo del tipo, que incluye necesariamente elementos valorativos, y en el que cabe apreciar, una vez más, la búsqueda de una vía intermedia que trata de poner en correspondencia el ser y el deber ser, la realidad y el valor, lo empírico y lo ideal del Derecho.

### 3.3. *La existencia y necesidad de los conceptos (legales)*

La doctrina del tipo como categoría teórico-jurídica se articula en torno a la contraposición entre las categorías de “concepto” y

86. Cfr. Karl ENGISCH, *La idea de concreción...*, p. 453.

87. Juan José GIL CREMADES, “Estudio preliminar” en Karl ENGISCH, *La idea de concreción...*, cit., pp. 9-67, 60.

“tipo”; aquél se ubica en el pensamiento lógico formal y éste en el pensamiento analógico o problemático. No obstante, Kaufmann dista de ser claro. En ocasiones alude a los conceptos como propios del pensamiento analógico: no como conceptos abstractos sino como conceptos de sentido, funcionales, analógicos<sup>88</sup>. El concepto analógico es un punto medio entre la univalencia del concepto unívoco y la plurivalencia del concepto equívoco: presenta un elemento de unidad o núcleo fijo, pero también está en condiciones de aceptar diversos significados<sup>89</sup>. Ello exige distinguir, de antemano, un doble tratamiento del concepto en la obra de Kaufmann: su punto de partida teórico, donde el *concepto (abstracto-general)* es opuesto al tipo y rechazado como modelo de conocimiento y de hallazgo o realización del Derecho —aunque también afirme la importancia de los conceptos abstractos en la construcción de la ley—<sup>90</sup>; y la aplicación práctica o la inserción en la realidad jurídica de su propuesta, donde aparece y se acepta el *concepto legal*, subordinado al tipo y considerado analógicamente en el seno del proceso de realización del Derecho. El concepto legal no es un concepto abstracto-general, inequívoco y disyuntivo sino, afirma Kaufmann, un concepto tipo<sup>91</sup>.

Kaufmann pone en relación los conceptos legales con el tipo, subrayando la inaprehensibilidad o labilidad de éste, y derivando una serie de conclusiones acertadas. El Derecho jamás es idéntico a la ley: el sistema jurídico no puede ser cerrado y axiomático sino que ha de ser abierto y tópico<sup>92</sup>, analógico o tipológico<sup>93</sup>. Únicamente con los conceptos legales no podemos descubrir o conocer el Derecho, pues “la ley no es nunca la realidad del

88. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., p. 85.

89. Cfr. *ibid.*, p. 74.

90. Cfr. *ibid.*, p. 97.

91. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 91-92, 124-125.

92. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., pp. 97-98.

93. Cfr. *ibid.*, p. 108.

derecho sino su mera posibilidad”<sup>94</sup>. El Derecho no puede ser idéntico a la ley, pues no es posible que los conceptos legales puedan aprehenderlo plenamente en la plenitud de su contenido concreto<sup>95</sup>. De ahí que el Derecho no pueda consistir en un sistema cerrado o axiomático, sino que ha de ser un sistema abierto o “tópico”<sup>96</sup>.

No obstante, aunque rechaza el concepto como vía de expresión o de conocimiento y realización del Derecho, no lo destierra definitivamente. Si bien no lo enuncia así, Kaufmann da a entender que el concepto *legal*, al que atribuye carácter analógico, actúa como expresión lingüística y positiva del tipo. De ahí que la disyuntiva entre concepto y tipo carezca de sentido para él. Todo concepto (legal) reposa o tiene tras de sí un tipo, que orienta la tarea hermenéutica del juez y conduce a la realización del Derecho y a la decisión judicial<sup>97</sup>. Ambos se necesitan: “los conceptos sin tipos son vacíos; los tipos sin conceptos son ciegos”<sup>98</sup>. ¿Qué significa este lema?

El permanente abrirse y cerrarse<sup>99</sup> y el carácter definitivamente analógico inundan de contenido empírico los conceptos legales, que son, además, resultado de una labor de puesta en correspondencia del legislador entre la situación vital posible y la idea de Derecho. La profusión de rasgos particulares interrelacionados del tipo determina que su contenido sea más rico que el del concepto<sup>100</sup>. El tipo es una descripción o explicación, por vía de inducción, de la situación “típica” de la realidad. En la formulación típica, porosa y abierta, se escapa parte de la inabarcable

94. *Ibid.*, p. 47. Cfr. en sentido semejante, pp. 87-88 y 97-98.

95. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 128.

96. Cfr. *ibidem*. Sobre la idea de sistema abierto, con mayor detalle, cfr. p. 47.

97. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., pp. 99 ss.

98. *Ibid.*, p. 99.

99. Cfr. *ibid.*, p. 100.

100. Cfr. *ibid.*, p. 97. Cfr. asimismo Karl LARENZ, *Metodología...*, cit., p. 299.

riqueza de la realidad empírica. Por ello la “imagen total” del tipo empírico es, a pesar de todo, más pobre que la propia realidad: pierde realidad; a cambio, gana en precisión al configurar la situación típica<sup>101</sup>. El proceso depauperador de lo empírico prosigue en el tránsito del tipo empírico al tipo normativo, cuya contrapartida es un nuevo incremento en precisión y la novedosa y relevante incorporación de la normatividad<sup>102</sup>. Aun así el tipo normativo resulta con frecuencia demasiado amplio para la ley; su concreción la realiza el legislador seleccionando una serie de notas distintivas y definitivas en el caso del concepto legal —¿o elásticas y lábiles como las del tipo?—. En cualquier caso, si el concepto legal proviene y se apoya inevitablemente en el tipo, no puede no estar contaminado de contenidos “típicos” de realidad; el concepto legal es impuro y pleno de contenidos “típicos”<sup>103</sup>.

El tipo guía el proceso teleológico de interpretación y hallazgo del Derecho: “La esencia de la ‘interpretación teleológica’ consiste no en trabajar con los conceptos legales abstractamente definidos, sino con los tipos que se ubican tras ellos. Ella argumenta a partir de la ‘naturaleza de la cosa’[...] la conclusión no se sigue del *concepto* [...] sino del *tipo* [...]”<sup>104</sup>. El tipo *normativo* parece ser el lazarillo del proceso de interpretación. El concepto resulta útil en cuanto vía de aproximación a la ley y concreción del tipo, pero eso no equivale a ceguera del tipo normativo, sino, a lo sumo, a atribuirle una visión panóptica o excesivamente panorá-

101. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, p. 97.

102. Cfr. Karl LARENZ, *Metodología...*, pp. 212-213.

103. Para Engisch el tipo es más concreto que el concepto: los tipos encierran un sentido específico, en la medida en que se hallan, al ser relativamente concretos, dentro de conceptos generales. (Cfr. Karl ENGISCH, *La idea de concreción...*, cit., pp. 452, 463-464). La afirmación de Engisch cobra sentido identificando el concepto con el concepto general y abstracto, propio del pensamiento lógico-formal, y el tipo con el tipo normativo, pero no con el concepto legal resultado del momento legislativo del proceso de realización del Derecho al que se refiere Kaufmann.

104. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., pp. 99-100.

mica, y como tal incapaz de dar respuesta por sí mismo a la situación concreta. El concepto legal sirve, en el proceso de legislación, para dar expresión jurídica a la situación vital típica<sup>105</sup>.

El concepto legal, al igual que el tipo normativo, responden en última instancia a una necesidad de compensación o descarga, a la necesidad de delimitar –si bien tentativamente o *prima facie*– una desbordante realidad, y convertir esa “carga” de realidad en posibilidad u oportunidad para la vida y para el Derecho. La fijación conceptual no exime de la necesidad de interpretar. En este sentido se han manifestado Kaufmann y Hassemer, afirmando el carácter tipológico y analógico del Derecho, y la inevitable interpretación aparejada a cada aplicación del Derecho en el contexto del proceso hermenéutico de realización del Derecho<sup>106</sup>. En sentido contrario parecen decantarse Larenz y Leenen, admitiendo –al menos en el plano ideal– la subsunción del concepto y prescindir en tal caso de valoraciones: “al aplicar el concepto, la pregunta sobre la presencia de las notas distintivas conceptuales es capaz de sustituir a la pregunta valorativa”<sup>107</sup>. “La subsunción bajo el concepto es, al menos en el ‘caso ideal’, un proceso de pensamiento libre de valoración. De este modo aquel que aplica la ley quedará liberado de la molestia de la ‘ponderación’ valorativa”<sup>108</sup>. Aun admitiendo una subsunción ideal libre de valoración, la previa determinación y elección de

105. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*..., cit., p. 58.

106. Cfr. Arthur KAUFMANN, “Wozu Rechtsphilosophie heute?”. Traducción de Andrés Ollero, “Sentido actual de la filosofía del derecho”, *ACFS* 12 (1972/1), pp. 7-36, 34-35.

107. Detlef LEENEN, *Typus und Rechtsfindung*..., cit., p. 97. Cfr. Karl LARENZ, *Metodología*..., cit., p. 212.

108. Karl LARENZ, *Metodología*..., cit., p. 212. En el caso de fijación conceptual por parte del legislador Larenz reconoce al intérprete “las posibilidades de una interpretación teleológica (dentro de los límites del posible sentido literal y de la coherencia significativa de la regulación) y, además de ellos, las de la analogía o de la reducción teleológica” (p. 213), con lo que atenúa notablemente la rotunda afirmación de la página anterior.

ese concepto implica una actividad no neutral a la valoración, una operación valorativa del intérprete. ¿Es posible acaso desarrollar la imprescindible referencia al tipo o al sentido de la regulación en el proceso de realización del Derecho excluyendo las valoraciones? Además, si el concepto legal es poroso y nunca se cierra de forma definitiva, ¿cómo excluir dichas valoraciones?

La praxis jurídica desmiente la posición de Larenz y Leenen. La donación de gametos y ovocitos para las técnicas de reproducción asistida sirve para ilustrar la necesidad de valoraciones e interpretación en todo proceso de determinación del Derecho. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, establece la gratuidad de dichas donaciones (art. 5.1), excluyendo expresamente su “carácter lucrativo o comercial” (art. 5.3). El Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana, confirma lo anterior al establecer que los actos de donación señalados son “voluntarios, altruistas, gratuitos y desinteresados”, y que “en ningún caso existirá retribución económica para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por los gametos o preembriones donados” (art. 5). Sin embargo, en la práctica es frecuente, y suele admitirse, la existencia de compensaciones económicas o de otra índole por las donaciones. Se trata, en suma, de determinar si dichas compensaciones incumplen o, por el contrario, satisfacen, entre otros, el requisito de gratuidad, que constituye un rasgo o nota distintiva de la donación. Esto sólo será posible ajustando norma y caso a partir del tipo “donación”, valorando si la existencia de una cantidad determinada en concepto de compensación implica quiebra del principio de gratuidad exigible para apreciar la existencia de donación, o no. A finales de la década de los noventa se estimaba que 5.000 pesetas para la donación de semen y 100.000 pesetas para la donación de ovocitos eran cantidades justificadas, proporcionadas a las molestias o los daños producidos y que no vulneraban el principio de gratuidad. No obstante, un incremento progresivo de las cantidades compensatorias desvirtuaría el procedimiento de compensación e implicaría un acto contrario a la ley y al principio de gratuidad, en la medida en que el lucro constituiría el motivo fundamental de la donación y no cabría apreciar, en rigor, la existencia de tal donación. La solución que admite la existencia de compensaciones modestas en concepto de donación se alcanza como re-

sultado de un procedimiento analógico, en el que el rasgo típico de la gratuidad se considera respetado, en nuestro contexto social, en los supuestos de compensaciones como las indicadas; pero no si las cantidades fuesen superiores<sup>109</sup>.

Otro ejemplo de razonamiento tipológico o analógico y de la necesidad de ponderaciones valorativas lo hallamos en torno al tipo y concepto de “domicilio”, al que se alude en el artículo 18.2 de la Constitución. La STC 22/1984, de 17 de febrero, comienza a dibujar el concepto constitucional de domicilio, diferente de los conceptos jurídico-privado y jurídico-administrativo, y que hace posible delimitar el contenido y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio *ex art.* 18.2 CE: “la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado, y en especial en el artículo 40 del Código civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones. Como se ha dicho acertadamente en los alegatos que en este proceso se han realizado, la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1 de la Constitución). Todo ello obliga a mantener, por lo menos ‘prima facie’, un concepto constitucional de domicilio en mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo”<sup>110</sup>. Esto es, los conceptos jurídicos existentes son inadecuados, pues no hacen justicia a esta realidad.

Más adelante precisa el Tribunal el alcance de la garantía constitucional del domicilio: “El artículo 18, apartado 2, de la Constitución, contiene dos reglas distintas; una tiene carácter genérico o principal, mientras la otra supone una aplicación concreta de la primera y su con-

109. Sobre estos aspectos cfr. COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA, *I Informe Anual. Diciembre 1998*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1999, pp. 82-95. La Comisión llega a una conclusión semejante: cfr. pp. 87-89, 94-95.

110. STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2. El artículo 40 CC afirma: “Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil. [...]”. El artículo 18.2 CE, por su parte, dice: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. [...]”.

tenido es por ello más reducido. La regla primera define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido, según hemos dicho, para garantizar un ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. [...]”<sup>111</sup>. La “idea de domicilio” a la que alude el juez constitucional en el comienzo del fundamento jurídico citado en primer lugar remite a la situación típica de la realidad, a la “situación vital posible” que constituye la dimensión fáctica que, tras ser puesta en correspondencia con la “idea de Derecho”, propia de la dimensión del deber ser, desembocará en el tipo normativo y en el concepto legal. La naturaleza teleológica del proceso de interpretación y determinación del Derecho guiado por el pensamiento tipológico se muestra asimismo en la argumentación del juez constitucional, cuando hace depender la noción constitucional de la finalidad perseguida con la protección.

La jurisprudencia constitucional posterior en la materia ha servido para perfilar el concepto constitucional de domicilio, destacando aquellas notas o rasgos distintivos que configuran el tipo empírico, y que puestas en conexión con la dimensión normativa darán lugar al tipo normativo y al concepto constitucional de domicilio. La evolución de dicha noción constitucional y el acento en determinados rasgos típicos al configurar el tipo normativo se aprecian en la STC 10/2002, de 17 de enero, en la que se examina si las habitaciones de los hoteles han de considerarse domicilio a los efectos constitucionales<sup>112</sup>. “Si domicilio es cualquier espacio físico cerrado en el que se despliega el ámbito de privacidad de las personas, con independencia de que tenga carácter habitual, permanente o estable, o, transitorio, temporal o accidental, las habitaciones de los hoteles y demás alojamientos de hostelería han de

111. STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5.

112. Entre las dos sentencias analizadas en el texto, cfr. también el desarrollo de la doctrina constitucional indicada en ATC 171/1989, de 3 de abril, ATC 58/1992, de 2 de marzo, STC 76/1992, de 14 de mayo, STC 228/1997, de 16 de diciembre, STC 94/1999, de 31 de mayo, STC 283/2000, de 27 de noviembre.

considerarse domicilio, por cuanto la accidentalidad o temporalidad de su uso no excluye que en las mismas se desarrolle vida privada con ánimo de exclusión de terceros”<sup>113</sup>. La noción constitucional de domicilio de la persona física se refiere a “un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada”<sup>114</sup>.

En su argumentación el Tribunal Constitucional explora los distintos rasgos propios del domicilio y concluye que “el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad o periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo.[...]”<sup>115</sup>. Esto es, ha seleccionado entre los rasgos típicos aquél que estima decisivo para apreciar la existencia de domicilio; una decisión valorativa ha determinado el *tertium comparationis*, que es la aptitud para el desarrollo y disfrute de la vida privada de un espacio físico (esta opción teleológica contrasta con la del legislador civil, quien parece enfatizar más otras notas típicas, como las espaciales o temporales).

El ejemplo característico empleado por Kaufmann para ilustrar el proceso analógico de realización del Derecho es la consideración del ácido clorhídrico como arma, a los efectos de apreciar la comisión de un delito de hurto peligroso (§ 250 StGB en una redacción anterior). El momento decisivo es la determinación y elección del *tertium comparationis*, que permite la equiparación o comparación de caso, norma y resultado —y no únicamente de casos—, y que no es resultado sólo de un proceso racional sino también de una decisión, un acto de voluntad; no es nuda fuerza ni tampoco pura racionalidad<sup>116</sup>.

113. STC 10/2002, de 17 de enero, FJ 4.

114. *Ibid.*, FJ 6.

115. *Ibid.*, FJ 7; cfr. también FJ 8.

116. Una exposición detallada en Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 86 ss. Kaufmann estima que cuando el Tribunal Supremo Federal alemán conoció de este caso y alcanzó el resultado de considerar el ácido clo-

### 3.4. *La remisión de la “naturaleza de la cosa” al tipo y sus relaciones*

A juicio de Kaufmann el tipo es, en buen medida, el trasunto de la “naturaleza de la cosa” en el plano de la teoría del Derecho. Sin embargo, no está tan equidistante del ser y el deber ser, del hecho y de la norma, de la realidad y del valor como la “naturaleza de la cosa”, término medio y catalizador por el que ha de pasar siempre el proceso de conocimiento para desembocar en la norma jurídica y en la decisión jurídica<sup>117</sup>. Kaufmann señala las semejanzas entre ambas figuras, pero apenas presta atención a las diferencias, más allá del contexto en el que, a su juicio, operan: el tipo en la teoría del Derecho y la “naturaleza de la cosa” en la Filosofía del Derecho<sup>118</sup>.

Si examinamos la representación esquemática del proceso hermenéutico de realización del Derecho antes mencionada<sup>119</sup>, comprobamos que la “naturaleza de la cosa” ocupa una posición intermedia entre la idea de Derecho o la norma jurídica y la

rhídrico como arma, lo hizo únicamente con base en una *interpretación extensiva de carácter objetivo-teleológico* extrema, que penetra más allá de la *analogía*. En consecuencia, la pregunta correctamente formulada sería si se trata de una analogía permitida o prohibida. A ella responde, con la doctrina penal dominante, que se trata de un caso de analogía prohibida. (Cfr. *ibid.*, p. 90).

117. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., p. 91. Kaufmann se refiere en ocasiones a Josef ESSER, quien ha afirmado: “Cada ‘aplicación’ de la ley es ya interpretación, pues ya el decidir que el tenor literal de un texto es tan inequívoco que hace superflua toda interpretación (doctrina del ‘sentido claro’) descansa sobre una interpretación”. (Josef ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr, 1953. Traducción de Eduardo Valentí Fiol, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 323). En otras palabras: “Actuar jurídicamente es siempre interpretar”. (Andrés OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el derecho?...*, cit., p. 474).

118. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., p. 94.

119. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”...*, cit., p. 58.

situación vital –posible o real, respectivamente–, e inmediatamente anterior al resultado del proceso legislativo (la norma jurídica) y del proceso de hallazgo o creación del Derecho (la decisión jurídica). En cambio, las manifestaciones del tipo en el proceso de realización del Derecho, la “construcción ideal típica” y la “argumentación en el marco del tipo” están claramente decantadas hacia el plano del ser, del hecho, de la situación vital. Kaufmann señala, asimismo, el mayor realismo o proximidad a la realidad (*Wirklichkeitsnähe*) del tipo en relación con el concepto<sup>120</sup>. He aquí razones adicionales para repensar la ubicación del denominado “tipo normativo”, que en última instancia parece una categoría distinta de sus manifestaciones concretas en el proceso de realización del Derecho, y que tal vez pueda ser la auténtica traducción en el universo fenomenológico o práctico del Derecho de la más abstracta –aunque a Kaufmann le disguste tal adjetivación– noción de “naturaleza de la cosa”. Y esto es algo que Kaufmann no deja claro.

120. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Analogía...*, cit., p. 95.