



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Metodología Jurídica

Presentado por:

Roberto Jesús Lagartos Herrera

Tutelado por:

Alfonso Carlos Merchán Fernández

Valladolid, convocatoria ordinaria 2017

RESUMEN

Vivimos en un estado de derecho con libertades garantizadas en nuestro marco legal. Este éxito ocurre debido a una evolución constante en el tiempo, siempre relacionada con los cambios políticos, económicos y sociales. Como cualquier ciencia, el derecho encuentra su origen en el método. Su análisis es crucial para entender nuestras normas actuales. El método consiste en destacar principios obtenidos de la realidad, cuya interpretación se traduce posteriormente en leyes. En este recorrido histórico y filosófico, observaremos las corrientes de pensamiento de importantísimos filósofos y sociólogos: desde Santo Tomás de Aquino, el método científico de Descartes a los pensamientos más modernos de Max Weber.

ABSTRACT

We live in the rule of law with guaranteed freedoms in our legal framework. This success only happens because of a constant evolution, always related with political, economic and social changes. As any sort of science, law finds its origin in the method. Its analysis is crucial to understand our current regulations. The method is based on highlighting principles obtained from reality, whose interpretation subsequently turns into laws. On this historic journey, we will look through the underlying ways of thinking of tremendously important philosophers and sociologists: from Saint Tomas de Aquino, the scientific method of Descartes all the way to the much more modern thoughts of Max Weber.

PALABRAS CLAVE

Derecho positivo, método, derecho comparado, principios, jurisprudencia

KEY WORDS

Positive right, method, compared law, principles, jurisprudence

OBJETIVOS DEL TRABAJO

Conforme a la normativa impuesta por la Universidad de Valladolid, y a la Guía Docente del TFG de la Facultad de Derecho de la misma universidad, este trabajo pretende desarrollar el estudio de una materia en concreto relacionada con la asignatura de Historia del Derecho como es la Metodología Jurídica. Ni que decir tiene que poco o nada tiene ya que aportar un servidor a un tema bastante amplio, desarrollado y estudiado por los verdaderos conocedores de la materia, pero sin embargo, este trabajo sirve también para aplicar todos los conocimientos obtenidos a lo largo de estos años de Universidad.

Los pocos autores que han estudiado esta materia, servirán de guía básica y fundamental para poner en orden una serie de puntos concretos a los que atenerse.

Dado que la Metodología Jurídica expande su ámbito de actuación al total de las ramas del ordenamiento jurídico, el planteamiento del trabajo será de carácter general, pero en el afán de encontrar el paralelismo del “método” con aspectos actuales de nuestra jurisprudencia, pudiera resultar interesante para futuros estudiosos del tema.

Así pues, el objetivo primario y fundamental de este trabajo consiste en ayudar a este todavía estudiante del Grado en Derecho a poner en práctica sus conocimientos y por qué no, tratar de aportar un elemento a mayores sobre el estudio de la Metodología Jurídica.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
1.- LAS RAÍCES POSITIVISTAS.....	8
1.1.- Las orientaciones sociológicas de raíz positivista	8
1.2. Evolucionismo y organicismo sociológico	9
1.3.- La renovación metodológica de las ciencias sociales: Max Weber	12
2.- EL MÉTODO JURÍDICO.....	16
2.1.- El método instrumental.	16
2.1.1.- Introducción.....	16
2.1.2.- Un problema normativo	18
2.2.- Medios y técnicas de investigación del Derecho	19
2.2.1.- Introducción	20
2.2.2.- Métodos para establecer normas de derecho	23
2.2.2.1.- Los principios y su hallazgo	23
2.2.2.2.- La formación de las costumbres	25
2.2.3.- Métodos para captar los principios.....	28
2.2.4.- Método para formular las leyes humanas.....	31
2.2.4.1.- Requisitos estimados por San Isidoro de Sevilla y Santo Tomás de Aquino:	31
2.2.4.2.- El impacto cartesiano en la Escuela del derecho natural y de gentes. El intento de Montesquieu.....	33
2.2.5.- Métodos para establecer lo justo en concreto	36
2.2.5.1.- Finalidad y consideración de en qué consiste su determinación	36
2.2.6.- Métodos de la ciencia del derecho.....	39
3.- LAS ORIENTACIONES INNOVADORAS ACTUALES.....	42
3.1.- El Derecho comparado	42
3.2.- La sociología jurídica.....	44
3.3.- El cambio social y el Derecho	45
3.3.1.- Derecho y cambio social.	46
3.3.2.- Derecho y revolución.....	47
3.3.3.- Uso alternativo del Derecho.....	48
3.4.- Cambio social y cambio legislativo	50

3.4.1.- La tradición:	51
3.4.2.- La costumbre	52
3.4.3.- La originalidad	53
3.4.4.- Factores que impiden o retardan el proceso de adaptación .	55
CONCLUSIONES	58
BIBLIOGRAFÍA	60
WEBGRAFÍA	63

INTRODUCCIÓN

"En este lugar tropezamos con una cualidad desagradable de la jurisprudencia, con su 'manía de grandeza'. En ninguna ciencia teórica o práctica existe la creencia de que un día pudiera ser capaz, y mucho menos, que ya lo fuese, de resolver cualquier problema imaginable. El biólogo, el filólogo, el historiador, el esteta, el astrónomo, no niegan en ningún momento que sólo sabrían contestar a un número de cuestiones insignificantes en comparación con la totalidad de interrogantes... Sólo la jurisprudencia se atreve a causa de su puesta plenitud hermética a poder resolver cualquier problema real o imaginable y exige esta capacidad inclusive del último de sus novatos".

Estas palabras no son mías, pertenecen al profesor Kantorowicz, de su obra *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Pero sirven como muestra para contextualizar el ejercicio recopilatorio que se va a traducir en este trabajo. De alguna manera, en la ecuación que plantea la Metodología Jurídica, el resultado ha sido, y es, nuestra jurisprudencia. El elemento básico que conforma cualquier ordenamiento jurídico y que por ende, regula un estado soberano. Porque no hay estado sin ley, y la ley, como cualquier otro producto científico, es el resultado de poner en la balanza una serie de variables, lo que en su conjunto, conocemos simplemente como método.

Es esa búsqueda del conocimiento lo que nos ha traído hasta este estudio, a mí en particular para profundizar sobre ello. El resultado puede que no sea satisfactorio ni revolucionario, ni siquiera exacto, me atrevería decir, pero sí resulta estimulante, analizar y entender los derroteros que nos han traído hasta este momento actual en el que las leyes son puestas en solfa, y la jurisprudencia es el arma arrojadiza utilizada para atacar o justificar comportamientos.

Lo bueno, es que para saber dónde estamos, tenemos inexorablemente que saber de dónde venimos. Y para ello la historia es implacable, por eso es la punta de lanza de estudio, que también coquetea en gran medida con la filosofía, como si del cuerpo base se tratara. De alguna manera, filosofía e historia van unidas de la mano para entender este fenómeno, el de las normas jurídicas, que tiene fecha aproximada de inicio en el Derecho Romano, del cual bebe hasta nuestros días.

Pero el método está ha estado en constante evolución y desarrollo; su variabilidad, es sinónimo de los cambios sociales que afectan, nuevamente a lo largo de la historia, y que los expertos en leyes han desarrollado todos estos siglos. Su entendimiento, difícil a mi parecer no deja de ser sorpresivo, puesto que como bien argumenta el Profesor Kantorowicz, una vez puesto en práctica, en su resultado máximo como es la jurisprudencia parece dar

respuesta con total rotundidad; tal como puede contener una Sentencia del Tribunal Constitucional, a cuasi la mayoría de los problemas que tenemos en nuestro tiempo. Y lo hace, con el desahogo que supone tener como cobertura las leyes aprobadas en un parlamento/s que cuenta con la soberanía del pueblo.

1.- LAS RAÍCES POSITIVISTAS

1.1.- Las orientaciones sociológicas de raíz positivista

En su discurso *Puntualizaciones y correcciones al positivismo jurídico*, con el que Antonio Hernández Gil inauguró el curso 1982-1983 de la Real Academia de Jurisprudencia, después de exponer que el positivismo jurídico aparece en pugna dialéctica con el iusnaturalismo, ya sea significado la absoluta negación del derecho natural, o bien la indiferencia respecto de éste o su puesta entre paréntesis, señaló que “la pretensión actual de ese positivismo es la de proyectar todo el conocimiento científico en el derecho positivo, sin perjuicio de admitir la reflexión filosófica sobre el derecho ideal”¹.

El profesor Goytisolo parte de esta reflexión y abunda en el criterio. Dice que incluso la aceptación de una reflexión crítica la extienden algunos positivistas legalistas a la prensa y a la política. En cambio pretenden, como Danton y Robespierre, hacer a los jueces siervos de la ley: es decir, del último partido político o coalición que imponga su voluntad como ley en el Parlamento; y convertirnos a los juristas en meros leguleyos. Por eso mismo, se trata de desterrar el derecho romano de las universalidades. Este nos enseña a pensar jurídicamente; “los positivistas estiman que no debemos hacerlo, sino tal como lo haría una computadora bien programada al dictado del último legislador”².

Sin embargo, los positivismos legalistas no agotan el positivismo jurídico. En este género hay que catalogar, además, el positivismo historicista, el imperativista o analítico, los sociológicos, los judiciales.

Cobertta, sin embargo, delimita en dos vías solamente la extensión del positivismo: “por una parte, la versión original del siglo XIX, hoy probablemente en desuso incluso para los empiristas más perseverantes, y su reformulación, construida en el siglo XX para subsanar sus limitaciones evidentes. Hemos considerado oportuno presentar también el paradigma positivista original, por razones de carácter histórico por tratarse de la perspectiva que ha acompañado el nacimiento de las ciencias sociales, y en particular de la sociología, y porque a partir de su crítica se podrán comprender mejor las características de los otros dos paradigmas”³.

Todos tienen una característica común. La pone de relieve el profesor Juan Vallet de

¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 217

² *Ibidem*

³ CORBETTA, Piergiorgio, “*Metodología y Técnicas de investigación social*”, Madrid, 2003, p. 9

Goytisoló con el anteriormente referido discurso de Antonio Hernández Gil, en la Memoria del curso correspondiente de la misma Real Academia. Sin excepción, se cierran en una determinada perspectiva -sustancial o formal, normativa o sociológica- dentro del inmanetismo general, que es aceptado como dogma y fuera del cual no admiten otro modo de pensar ni de resolver jurídicamente. En estos positivismos, “las luces del firmamento son sustituidas por unos focos -cada positivismo tiene el suyo- proyectados en una sola dirección -cada cual en la suya-, ya hacia unos datos empíricos, sea a un formalismo metódico o bien a un juicio hipotético, rechazando en plena noche oscura sin estrellas, todo otro punto de vista y cualquier perspectiva que no coincida con la observada por los focos que sólo iluminan la suya”.⁴

Son perspectivas radicalmente incompatibles entre sí en aquella parte en que no coincidan sus respectivos focos. En cambio, la panorámica del derecho natural clásico no rechaza de ninguna sino su inmanencia y su exclusividad cerrada; en lo demás, reconocen sus respectivos aspectos positivos, aunque sólo en su lugar y medida adecuada y situadas dentro del ámbito que a todos les trasciende, del orden natural de los seres y las cosas.

1.2. Evolucionismo y organicismo sociológico

Las raíces positivistas fueron evolucionando en numerosas corrientes amparadas en el positivismo jurídico: positivismos historicistas, sociológicos y judiciales. En cada uno de ellos, el concepto de interpretación del derecho es diferente.

Si atendemos a la concepción sociologista del derecho, parte del entendimiento de éste no desde la consideración de la justicia o de la validez, sino exclusivamente desde su incidencia en la realidad en la que opera. Aunque se cita a Savigny y a la Escuela Histórica como precedentes, el punto de arranque del sociologismo en el Derecho es el alemán Rudolf Von Ihering, autor de obras tan emblemáticas como “*El fin del Derecho*”, “*La lucha por el Derecho*” o “*La jurisprudencia en broma o en serio*”, con las que combatió la doctrina del positivismo dogmático y conceptualista que aislaba el método jurídico de la realidad social. Ihering opone a la jurisprudencia de conceptos la jurisprudencia de intereses, que son precisamente los intereses colectivos, situados por encima de los parciales e individuales, intereses colectivos que protege coactivamente el Derecho⁵.

⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 218

⁵Sociologismo Jurídico. Guía Jurídica Wolters Kluwer [en línea]. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUNTS1MDtbLUouLM_DxbIwMDC0NDQwuQQGZapUt-

En este mismo sentido teoriza el profesor Goytisoló, al que seguimos refiriéndonos en este capítulo cuando dice que “el sociologismo se detiene en el camino de la historia y deja de mirar atrás para anclarse en el hoy”⁶. No es la única opinión semejante. Según ha explicado Michel Villey, se consagra al “examen de los hechos sociales contemporáneos y pretenden inducir de ellos el derecho. La historia ha quedado atrás: todo el pasado está concluido, desprovisto de interés práctico: es historia”⁷. Bajo el modelo de la física, el sociologismo “se circunscribe a la facticidad de los hechos y, por razón de principio, hace abstracción de los valores que existen en las cosas, para hacer una ciencia indiferente al bien y al mal, axiológicamente neutra”⁸.

Para Corbetta, la sociología nace dentro del pensamiento positivista: “En el momento en que, a mediados del siglo pasado el hombre empieza a plantearse preguntas de la realidad social como tal y a transformarla en objeto de estudio, la nueva disciplina adopta el modelo que era el paradigma de las ciencias naturales”⁹.

En el campo positivista, la antítesis del positivismo jurídico normativo es el positivismo sociológico. Nota Hernández Gil que el iusnaturalismo y el sociologismo -opuestos entre sí- son, sin embargo, “dos grandes gritos de combate contra el positivismo normativista. El iusnaturalismo esgrime la superioridad de la razón, bien con un mensaje divino o bien como simple secuela de la naturaleza humana. El sociologismo se pronuncia en nombre de los hechos o, si se quiere, de la razón de los hechos. Ambos se oponen a que un conjunto de normas positivas, autónomamente considerado -sin depender de un orden superior ni de la realidad social- pueda ser la expresión total y exclusiva del universo jurídico”¹⁰.

El positivismo sociológico abandona el normativismo y el formalismo para referirse a los hechos, a los fenómenos sociales en su realidad. De modo tal, “la sociología propicia un retorno al positivismo en su expresión originaria, que fue la de los hechos”. Ya en 1885 había observado Oskar Von Bülow que “una ley de la que todo el mundo supiera que los tribunales no la aplican perdería toda su importancia para la vida”¹¹.

Duguit escribió en el prefacio de su *Traité de droit constitutionnel* estas frases: “Yo soy de aquellos que piensan que el derecho es mucho menos la obra de un legislador que el producto

[ckhlQaptWmJOcSoAhC0p_zUAAAA=WKE](#). Consultado el 17 de Noviembre de 2017.

⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, pp. 254

⁷ VILLEY, Michel: “*Le droit naturel et l'histoire, en Seize essais de Philosophie du Droit...*”, Paris, 1969, pp. 82 y sigs

⁸ *Ibidem*

⁹ CORBETTA, Piergiorgio, “*Metodología y Técnicas de investigación social*”, Madrid, 2003, p. 9

¹⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, pp. 254

¹¹ VON BÜLOW, Óscar: *Los Presupuestos Procesales*, 1985, p. 34

constante y espontáneo de los hechos. Las leyes positivas, los Códigos, pueden subsistir intactos en sus textos rígidos, poco importa; por la fuerza de las cosas, por la presión de los hechos y de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas. El texto es siempre el mismo, mas queda sin fuerza y sin vida; o bien, mediante una exégesis sutil, se le da un sentido y un contenido en los cuales no había pensado el legislador cuando lo escribió".¹²

Con más amplia perspectiva, en la tercera década de este siglo Gustav Radbruch escribiría que, si bien "ciertamente el legislador puede dar a sus exigencias cualquier contenido que prefiera, validez jurídica sólo puede proporcionársela si no se aparta demasiado de la realidad fáctica de la vida del pueblo. En otro caso, la vida del pueblo le negaría la obediencia; pero una ley sólo vale cuando, en la absoluta mayoría de su casos de aplicación, puede estimarse realmente observada. Ciertamente al derecho le es esencial, so sólo un querer y un deber, sino una fuerza realmente operante en la vida del pueblo".¹³

Eugen Ehrlich había llegado más allá, pues entendió que únicamente la sociología puede desempeñar el cometido de una ciencia jurídica propiamente dicha e independiente. Por lo cual estimó que la dogmática propiamente dicha e independiente no es según le ha resumido Hernández Gil- una ciencia capaz de un descriptivismo objetivo, sino como una técnica movida por intereses prácticos, y de ahí que, negada de sus pretensiones científicas y entregarlas a la sociología, única ciencia del derecho, a su juicio, posible.

No todos los sociologismos tienen la misma intensidad.

Auguste Comte, conocido como el padre del positivismo consideró la sociología "como una física social e, incluso, estimó que las sociedades deben tratarse del mismo modo que la biología hace con los seres vivos"¹⁴. Herbert Spencer llegaría hasta considerar "toda la conducta moral como una necesidad biológica, como consecuencia de la adaptación al medio, de modo que los actos rechazados por la moral o el derecho son los contrarios al organismo social"¹⁵.

En cambio, Max Weber no apoyó el predominio de la sociología en un biologismo social, al modo de Comte, sino en su escepticismo acerca de la razón humana, que consideraba importante para resolver los conflictos entre los valores esenciales.

En una u otra posición se dice que el derecho tiene su origen en los hechos sociales. Es un

¹² DUGUIT, Léon: *Traité de droit constitutionnel*, París, 3ª Edición, 1927, pp. 7-13

¹³ RADBRUCH, Gustav: *Introducción a la ciencia del derecho*, Revista de Derecho Privado, 1930, pp. 9-10

¹⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: "Manuales de Metodología Jurídica", Madrid, 2004, p. 256

¹⁵ *Ibidem*

producto de fuerzas reales, sea la resultante de fenómenos biológicos (Darwin, Gabineau), económicos (Marx), políticos (Gentile) o, en términos más genéricos, sociológicos (Durkheim).

En opinión de Goytisoló, el sociologismo, por otra parte, no es sólo nominalista, sino que rechaza las enseñanzas de la historia, pues considera que la evolución social impide referir a una época las experiencias de la otra, considerando que no existe la historia ni la civilización, sino unos estadios o civilizaciones dotado de entidad propia distinta, como organismos vivos diferentes, cerrados en sí mismos.

De este modo, el sociologismo orientado al estudio del derecho se dedica al mundo de los hechos jurídicos, que trata de estudiar tal como son, y ni siquiera se plantea cómo deben ser. Busca las causas sociales de los fenómenos jurídicos y trata de conocer el hecho objetivo social, dándole prioridad sobre el individual.

Al jurista, en su acepción clásica, nada le quedaría por hacer con esa consideración del derecho como un hecho, al que debería encararse del modo como se examinan los hechos naturales en las ciencias físicas. Estas corrientes fiscalistas o cientifistas llevan a un determinado ajeno a todo debe ser. La justicia deja de tener sentido verdadero. De ese modo, el arte del derecho resultaría -como ha advertido Esser- suplido por un intento parecido al del barón Münchhausen para salir del pantano tirando de su propia coleta, si es que no se optara por creer utópicamente que el mismo pantano nos irá elevando hasta sacarnos de su fango.

El sociologismo jurídico -ha dicho el citado Villey- es el "término", la "punta extrema del historicismo". Si todo fuese llevado por el curso de la evolución, todo el pasado carecería "de interés práctico" -"el historicismo mata la historia"- . Sólo "nos interesa el presente". A él se consagra el sociologismo; el cual, bajo el modelo de la física, "se circunscribe a la facticidad de los hechos y, por razón de principio, hace abstracción de los valores que existen en las cosas para hacer una ciencia indiferente al bien y al mal, aciológicamente neutra".¹⁶

1.3.- La renovación metodológica de las ciencias sociales: Max Weber

Es importante destacar la entrada en el campo de la sociología de Max Weber. Piergiorgio Corbetta establece una teoría en torno a la figura a de los primeros pensadores de esta metodología de las ciencias sociales, planteada como contraposición al pensamiento

¹⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: "*Manuales de Metodología Jurídica*", Madrid, 2004, p. 257

positivista. Uno de sus precursores fue Wilhelm Dilthey, que había hablado genéricamente de las "ciencias del espíritu", concediendo un papel privilegiado a la historiografía. Weber lleva el concepto de *Verstehen*¹⁷ a la sociología, revisando el planteamiento original de Dilthey. La preocupación de Weber es no caer en el individualismo subjetivista y psicologismo al adoptar el principio del *Verstehen*; quiere salvar la objetividad de la ciencia social en los aspectos de "neutralidad valorativa", es decir, independencia de los juicios de valor, y posibilidad de formular enunciados con un cierto carácter general, aun partiendo de una "orientación hacia lo particular".

En relación con el primer aspecto, Weber insistió durante toda su vida en la necesidad de "que las ciencias histórico-sociales estén libres de todo juicio de valor"¹⁸. Hay que decir, sin embargo, que en Weber destaca más la conciencia del problema, agudizada por su intensa actividad política y replanteada en sus últimos años de vida por las cuestiones éticas derivadas de la amenaza de conflicto mundial, que su capacidad para encontrar una respuesta unívoca para el mismo. La *neutralidad valorativa* de las ciencias histórico-sociales sigue siendo un fundamento ineludible. "La capacidad de distinguir entre conocer y valorar, es decir, entre el cumplimiento del deber científico de percibir la realidad de los hechos y el cumplimiento del deber práctico de defender los ideales propios. Éste es el principio que debemos observar con más firmeza"¹⁹. Aunque las ciencias histórico-sociales no pueden admitir supuestos de valor, según Weber, es inevitable que éstos intervengan en la elección de los problemas a estudiar, asumiendo su papel orientador en la investigación. Incluso privados de su función de valoración, los valores siguen estando presentes, realizando lo que podríamos llamar una "función de selección". Weber se adhiere en este punto a la distinción de Rickert entre "juicio de valor" y "relación de valor". Esta última "no es un principio de valoración, sino un principio de elección: sirve para establecer un campo de investigación, en el que la búsqueda se realiza de manera objetiva para lograr la explicación causal de los fenómenos. La relación de valor viene a designar la dirección particular del interés cognitivo que motiva la investigación, es decir, el punto de vista específico en el que ésta se sitúa, delimitando su propio campo"²⁰.

¹⁷ Término utilizado en alemán y en inglés y desde finales del siglo XIX, en el contexto de la filosofía alemana y las ciencias sociales en general, en el sentido específico de una **sociología interpretativa**, un análisis "interpretativo o participativo" de los fenómenos sociales. Su uso fue divulgado por Max Weber. También se denomina **comprensivismo**.

¹⁸ CORBETTA, Piergiorgio: "Metodología y Técnicas de investigación social", Madrid, 2003, p. 20

¹⁹ Weber, Max: *Über die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*. Reeditado en Weber, 1904.

²⁰ Rossi, P.H., Wright, G.D. y Anderson A.B.: *Handbook of Survey Research*, San Diego, Academic Press, 1983, pp. 24-25

Una vez establecida la neutralidad valorativa como primera condición para la objetividad de las ciencias sociales, quedan por definir los términos de la segunda condición, entendida como capacidad de formular principios dotados de un cierto carácter de generalidad. Las ciencias sociales, según Weber, se distinguen de las ciencias naturales no por el objeto, ni porque su fin sea estudiar los fenómenos sociales aisladamente, pues también buscan formas de generalización, sino por su "orientación hacia el individuo"²¹.

Esta orientación afecta, en primer lugar, al método. Y para Weber el método es el de "comprender". Pero al definir lo que él entiende por *Verstehen*, Weber rechaza toda relación con la psicología. No se trata de perspicacia psicológica ni de iluminación repentina, sino de comprensión racional de las motivaciones para los actos; no se trata de intuición, sino de "interpretación": entender el objetivo de los actos, la magnitud del propósito y la intención de la acción humana. El componente de identificación con el otro, presente en el concepto de *Verstehen*, también tiene como fin la interpretación racional: identificarse con el otro "para comprender". Comprender las motivaciones de sus actos, el significado subjetivo atribuido por el individuo a su conducta, porque toda conducta, hasta la que parece más ilógica, tiene una racionalidad propia, un "sentido" interior. En palabras de Raymond Boudon:

“Para Weber, comprender un acto de un individuo significa hacerse con medios de información suficientes para analizar las motivaciones que lo inspiraron. El observador comprende el acto del sujeto observado en el momento en que se puede llegar a la conclusión de que, en la misma situación, él habría actuado sin duda del mismo modo. Como puede verse, la comprensión en el sentido weberiano supone que el observador pueda ponerse en el lugar del que actúa, pero de ningún modo implica que la subjetividad del segundo sea evidente para el primero. En realidad la noción weberiana de comprensión representa una actitud muy cercana a la que los manuales de lógica designan con la expresión "inducción policial", que consiste en buscar motivaciones que no son directamente accesibles con el método de reconstrucción de los hechos a partir de información procedente de varias fuentes, con el efecto de cruzarlos entre sí”²².

A partir de aquí, ¿cómo se puede conseguir la objetividad con este enfoque individualista? Si el punto de partida está representado por el individuo y por el sentido subjetivo de sus actos, ¿cómo es posible llegar a un conocimiento objetivo con carácter de generalidad? Corbetta

²¹ Rossi, P.H., Wright, G.D. y Anderson A.B, p. 21

²² Boudon, R.: *La place du désordre*, Cambridge, Polity Press, 1986, pp. 31-51

entiende que estamos ante la segunda condición para la objetividad de las ciencias histórico-sociales enunciada más arriba.

La concepción weberiana del tipo ideal es la solución a este problema. Para Weber “los tipos ideales son formas de actuación social que pueden encontrarse de modo recurrente en la conducta de los individuos. Esas formas se reconstruyen mediante un proceso de abstracción que, aislando ciertos elementos presentes en los datos empíricos, los coordina dentro de un marco coherente. El tipo ideal es, por tanto, una abstracción que nace de los reconocimientos empíricos, los coordina dentro de un marco coherente. El tipo es, por tanto, una abstracción que nace del reconocimiento empírico de la uniformidad”²³.

“El concepto tipo-ideal, escribe Weber, se obtiene mediante la acentuación unilateral de uno o de varios puntos de vista, y la conexión de una serie de fenómenos particulares conocidos y comunes, presentes en mayor o menor medida, dentro de un marco conceptual unitario. Dada su pureza conceptual, este marco nunca puede encontrarse empíricamente en la realidad; se trata de una utopía, y la labor histórica debe encargarse de determinar en cada caso la mayor o menor distancia entre la realidad y ese marco ideal. Éste tiene el significado de un concepto, límite ideal puro, con el que la realidad se debe medir y comparar, a fin de ilustrar determinados elementos significativos de su contenido empírico”²⁴.

El tipo ideal weberiano se extiende a todos los campos de lo social y puede situarse a diversos niveles de generalidad en la escala que abarca desde el individuo hasta el conjunto de la sociedad. Weber ofreció ejemplos formulando "tipos ideales" en relación con estructuras sociales, como el capitalismo, instituciones, como la burocracia, la iglesia, la secta, las formas del poder, y el comportamiento del individuo, por ejemplo, la conducta racional.

Los "tipos ideales", escribe Weber, no se deben "confundir con la realidad (...). Han sido contruidos de un modo ideal heurístico”²⁵; son "ideales" en el sentido de que son construcciones mentales del hombre, y cumplen una función "heurística" en el sentido de que orientan su conocimiento. Son cáscaras vacías, "ficciones exentas de vida", como los definió Schutz; no tienen un equivalente concreto en la realidad, sin embargo, son modelos teóricos que ayudan al investigador a interpretarla. Por ejemplo, es probable que ninguno de los tres tipos ideales de poder identificados por Weber, poder carismático, tradicional y

²³ CORBETTA, Piergiorgio, “*Metodología y Técnicas de investigación social*”, Madrid, 2003, p. 22

²⁴ Rossi, P.H., Wright, G.D. y Anderson A.B.: *Handbook of Survey Research*, San Diego, Academic Press, 1983, pp. 124-125

²⁵ Weber, Max: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922.

racional-legal, haya existido nunca de forma pura. El tipo ideal es una construcción racional clara, coherente, exenta de ambigüedad. En cambio la realidad es mucho más compleja, contradictoria y desordenada: todas las formas de poder carismático que han existido en la historia, aunque se podrían clasificar bajo uno de los tres “tipos” weberianos, no representan de manera plena y exclusiva a ninguno de ellos, y tienen también elementos y aspectos de los otros dos.

Las regularidades que el investigador busca y encuentra en su interpretación de la realidad social no son las “leyes”, en el sentido que les da la sociología positiva. Para Weber, “el número y el tipo de causas que han determinado un hecho concreto cualquiera, es siempre *infinito*, y la cuestión causal, cuando se trata de la *individualidad* de un fenómeno, no es una cuestión de leyes, sino una cuestión de conexiones causales concretas, la posibilidad de seleccionar entre la infinidad de elementos determinante”. Por tanto, no debemos hablar de leyes, sino de conexiones causales, o, utilizando una expresión de Boudon, de enunciados de posibilidad. (“Si sucede A, entonces, en la mayoría de los casos, se produce también B”²⁶). En definitiva, opina Corbetta, “el objetivo de establecer los factores determinantes de un hecho social o una conducta individual concretos resulta inalcanzable; en cambio, sí se puede conseguir el objetivo de determinar las condiciones que lo hacen posibles”²⁷.

Del mismo modo, a las leyes causales positivistas dotadas de generalidad y obligatoriedad (si bien atenuada por el aspecto probabilístico en la interpretación neopositivista), “se contraponen enunciados y conexiones, marcados por las características de *especificidad y posibilidad*”.²⁸

2.- EL MÉTODO JURÍDICO

2.1.- El método instrumental.

2.1.1.- Introducción

En la ciencia jurídica al hablar de metodología nos estamos refiriendo a un nivel en el que se establecen las distintas corrientes del pensamiento jurídico, que finalmente determinarán posiciones doctrinarias, por ejemplo, el iusnaturalismo, el iusnormativismo, el

²⁶ Boudon, R.: *La place du désordre*, Cambridge, Polity Press, 1986, p. 75

²⁷ CORBETTA, Piergiorgio, “*Metodología y Técnicas de investigación social*”, Madrid, 2003, p. 22

²⁸ CORBETTA, Piergiorgio, p. 23

iusociologismo y el iusmarxismo, entre otros. Se refiere a los métodos de investigación en una ciencia. Aun cuando el término puede ser aplicado a las artes cuando es necesario efectuar una observación o análisis más riguroso o explicar una forma de interpretar la obra de arte. Del mismo modo, al hablar de método, nos referimos a concepto general que tiene relación directa con el proceso cognoscitivo teórico del ser humano. El cuál, se caracteriza por ser claro, preciso, ordenado, sistematizado, etc²⁹.

El propósito inmediato, por tanto, es explicar el concepto de sistema normativo para luego analizar las propiedades formales de tales sistemas: completitud, coherencia e independencia. “La explicación o reconstrucción racional de un concepto es el método por medio del cual un concepto inexacto y vago -que puede pertenecer al lenguaje ordinario o a una etapa preliminar en el desarrollo de un lenguaje científico- es transformado en un concepto exacto o, por lo menos, más exacto que el primitivo. En lugar de la transformación sería más correcto hablar aquí de la sustitución de un concepto más o menos vago por otro más riguroso”.³⁰

Esto es en resumen la idea del profesor Alchurrón para dar origen al sistema normativo por medio del método. En su explicación delimita el concepto que se quiere explicar que denomina explicandum y el nuevo concepto que lo ha de sustituir, explicatum. El proceso de explicación abarca dos etapas: “1. La elucidación informal del explicandum, y 2. La construcción del explicatum”³¹. La importancia de la primera etapa no siempre es apreciada suficientemente; pero para poder sustituir un concepto por otro, capaz de realizar con ventajas las tareas del primero, es necesario clarificar al máximo el alcance del explicandum, es decir, el significado del término que se usa para designarlo. Esto puede lograrse mediante diversos procedimientos, tales como la ejemplificación y la descripción de los usos de ese término en situaciones típicas.

La segunda etapa consiste en la construcción, es decir, la formulación de un concepto más preciso que el anterior. El explicatum debe cumplir con ciertos requisitos, como:

A) debe ser lo más exacto posible, es decir, las reglas de su uso deben estar formuladas explícitamente en la forma más exacta posible (por ejemplo, por medio de definiciones

²⁹ METODOLOGÍA JURÍDICA [en línea]. Disponible en: <http://iure0.galeon.com/aficiones1583795.html>. Consultado el 18 de Noviembre de 2017.

³⁰ ALCHOURRON, Carlos: “*Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*”, Buenos Aires, 2002, p. 29

³¹ *Ibidem*

explícitas).

B) debe tener el máximo de fecundidad, es decir, ser útil para la formulación del mayor número posible de enunciados universales (leyes empíricas o teoremas lógicos).

C) el explicatum debe, en lo posible, ser similar al explicandum, en el sentido de que se lo pueda usar en la mayoría de las ocasiones que se usa este último. En otras palabras, la extensión del explicatum debe acercarse lo posible a la del explicandum. Desde luego, esa similitud no puede ser total: los dos conceptos no puede ser idénticos y ni siquiera coextensivos, ya que entonces el explicatum no sería más exacto que el explicandum.

D) por último, cabe mencionar el requisito de la simplicidad, aunque su papel es más restringido que el de los tres anteriores. En condiciones similares, cuando la exactitud, la fecundidad y la similitud con el explicandum corren parejas, es preferible un concepto más simple a otro más complicado. Pero la simplicidad puede ser sacrificada en aras de una mayor exactitud o fecundidad.³²

2.1.2.- Un problema normativo

En ese intento de construcción de un modelo Alchourrón ha elegido un típico problema normativo, muy debatido en el Derecho Civil argentino, de donde procede el profesor. Es el problema de la reivindicación de cosas inmuebles contra terceros poseedores. El problema surge cuando una persona que posee un inmueble -cuya propiedad no le pertenece- lo transfiere -a título oneroso o gratuito- a un tercero. La cuestión que se plantea entonces es: ¿en qué circunstancias el propietario del inmueble puede reivindicarlo contra el tercero poseedor? O, para plantear la pregunta en otros términos, ¿en qué circunstancias el tercero adquirente está obligado a restituir el inmueble a su propietario y cuándo le está permitido retenerlo?

Para responder a este interrogante tenemos que saber si una cierta acción (es decir, la conducta que consiste en la restitución del inmueble) es obligatoria o no. Nos preocupa, pues, lo que podemos llamar el status normativo o deóntico de una acción. Esta acción puede realizarse dentro de un conjunto de situaciones o estados de cosas que llamaremos Universo de Discurso (UD)³³

Con esta definición que nos aporta Alchourrón, los estados de cosas que pertenecen al UD

³² ALCHOURRON, Carlos: *“Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales”*, Buenos Aires, 2002, p. 30

³³ALCHOURRON, Carlos, p. 32

comparten una cierta propiedad común que es la propiedad definitoria del UD. El Universo de Discurso puede describirse, pues, como el conjunto de todos los elementos (estados de cosas) identificados por una determinada propiedad.

En nuestro modelo, la propiedad definitoria del UD es la de ser una enajenación (transferencia) de un inmueble que pertenece a un tercero. Por lo tanto, todo elemento del UD del modelo es un estado de cosas o situación en que una cierta persona (el enajenante) transfiere a otra persona (el adquirente) la posesión de un bien inmueble que pertenece a una tercera persona. El Universo de Discurso del modelo es el conjunto de todas esas situaciones. Un problema normativo puede ser considerado como una pregunta acerca del status como una pregunta acerca del status deóntico de ciertas acciones o conductas, es decir, su permisión, prohibición u obligatoriedad. Algunas de esas acciones son básicas, en el sentido de que todas las demás son compuestos veritativo-funcionales de ellas. Todo conjunto finito de acciones básicas constituye lo que llamaremos Universo de Acciones (UA).

En nuestro modelo hay una sola acción básica: la acción del tercero adquirente que consiste en la restitución del inmueble a su propietario. Para abreviar, llamaremos a esa acción Restitución (R). De tal manera resulta que el UA del modelo es un conjunto unitario que posee sólo un elemento R.

Los dos Universos que hemos caracterizado, el UD y el UA, delimitan el ámbito del problema. Toda variación del UD y también toda variación del UA conducen a un cambio del problema. Por ejemplo, si cambiando el UA nos preguntáramos, no ya por la reivindicación, sino acerca de la apropiación de los frutos y productos o acerca del pago del impuesto inmobiliario, el problema sería obviamente distinto, aun cuando no variara el UD. Del mismo modo, toda variación introducida en este último -por ejemplo, si la cosa enajenada fuese mueble o si en vez de la enajenación se tratara de locación- tendría por efecto una alteración del problema. En todos esos casos diríamos que se trataba de un problema diferente.

Si el Universo de Discurso permanece constante -cosa que acaecerá en los análisis siguientes- entonces la identidad del problema estará determinado por el Universo de Acciones³⁴.

2.2.- Medios y técnicas de investigación del Derecho

³⁴ ALCHOURRON, Carlos, pp. 32-33

2.2.1.- Introducción

“El concepto de derecho podría centrarse en lo justo, en el arte que los discierne, en la norma de derecho -sea legal o consuetudinaria- en la sentencia que lo reconoce, o en la facultad de cada uno en lo suyo o le es debido; y, también, que los saberes jurídicos pueden diferenciarse en comunes, técnicos científicos y filosóficos”³⁵.

Hemos de tener en cuenta que, tanto la norma de derecho como el juicio concreto de lo justo, pueden ser obtenidos, en unos casos, por el mero sentido común o requerir, en otros, un conocimiento más profundo y experimentado; y que lo justo concreto, así como la determinación de lo que es de cada cual o lo es debido, es lo que toda sentencia trata de decidir. Para eso existe el arte de lo justo, y en éste, al igual que la captación de las normas de derecho -iluminada, sin duda, por la ciencia y la filosofía del derecho- podemos diferenciar, por su diversa finalidad, unos métodos para captar y establecer normas; otros para determinar lo que en cada caso es lo justo, y, en fin, los adecuados para alcanzar el conocimiento científico y el conocimiento filosófico del derecho. Y si consideramos que el derecho positivo y el derecho natural deben ser complementarios, los saberes científico y filosófico resultan inseparables para todo juriconsulto que -conforme la definición de Ulpiano- pretenda alcanzar *divinarum atque humanarum rerum notitiae, iusti atque iniusti scientia*.

Siguiendo esta teoría, el profesor Goytisolo determina un plan de exposición de los métodos jurídicos, refiriéndolos:

- 1º A los más adecuados para establecer normas de derecho, incluyendo en éstas tanto las más generales, o principios, como las legisladas y las constituidas consuetudinariamente.
- 2º Al más adecuado para establecer lo justo concreto -sea judicial o extrajudicialmente-³⁶.

Para diferenciar inicialmente la diversificación metódica de esos dos primeros términos de esta clasificación, Goytisolo recurre al art 1 de la cuestión 57 de la 2ª-2ª de Santo Tomás de Aquino.

“Artículo 1: El derecho, ¿es el objeto de la justicia?:

Objeciones por las que parece que el derecho no es el objeto de la justicia:

1. Dice, en efecto, el jurisperito Celso que el derecho es el arte de lo bueno y de lo

³⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 103

³⁶ *Ibidem*

equitativo. Ahora bien: el arte no es objeto de la justicia, sino que, por sí mismo, es una virtud intelectual. Luego el derecho no es el objeto de la justicia.

2. Como dice Isidoro, en el libro *Etymol.*, la ley es una especie de derecho. Mas la ley no es objeto de la justicia, sino, más bien, de la prudencia; de aquí que el Filósofo ponga el arte de legislar como parte de la prudencia. Luego el derecho no es el objeto de la justicia.

3. La justicia somete principalmente el hombre a Dios; pues dice Agustín, en el libro *De mor. Eccl. Cathol.*, que la justicia es un amor que sólo sirve a Dios y que, por eso, rige bien las demás cosas que están sometidas al hombre. Pero el derecho no pertenece a las cosas divinas, sino únicamente a las humanas, porque afirma Isidoro, en el libro *Etymol.*, que lo sagrado es ley divina; en cambio, el derecho es ley humana. Por lo cual, el derecho no es objeto de la justicia. Contra esto: está Isidoro, que dice en el mismo libro que el derecho se ha llamado así porque es justo. Pero lo justo es objeto de la justicia; pues afirma el Filósofo, en *V Ethic.*, que todos deciden llamar justicia a semejante hábito, mediante el cual realizan cosas justas. Luego el derecho es objeto de la justicia.

Respondo: Lo primero de la justicia, dentro de las demás virtudes, es ordenar al hombre en las cosas que están en relación con el otro. Implica, en efecto, cierta igualdad, como su propio nombre manifiesta. Vulgarmente se dice que las cosas que se igualan se ajustan. Ahora bien: la igualdad se establece en relación a otro. Pero las demás virtudes perfeccionan al hombre solamente en aquellas cosas que le convienen a él mismo.

Así, pues, aquello que es recto en las acciones de las demás virtudes, hacia lo que tiende la intención de la virtud, como a su propio objeto, no se determina sino por relación al agente. En cambio, lo recto que hay en el acto de la justicia, aun exceptuada la relación al agente, se distribuye por relación a otro sujeto; pues en nuestras acciones se llama justo a aquello que, según alguna igualdad, corresponde a otro, como la retribución del salario debido por un servicio prestado.

Por consiguiente, se llama justo a algo, es decir, con la nota de la rectitud de la justicia, al término de un acto de justicia, aun sin la consideración de cómo se hace por el agente. Pero en las otras virtudes no se define algo como recto a no ser considerado cómo se hace por el agente. Y, por eso, el objeto de la justicia, a diferencia de las demás virtudes, es el objeto específico que se llama lo justo. Ciertamente, esto es el derecho. Luego es manifiesto que el derecho es el objeto de la justicia.

A las objeciones:

1. Es frecuente que los nombres se desvíen de su primera acepción, para designar otras cosas, como el nombre de medicina se asignó, en un principio, para designar el remedio que se

aplica al enfermo para curarlo. Luego pasó a significar el arte por el que se hacía esto. Así también sucede con el nombre de derecho, que se asignó primero para significar la misma cosa justa. Pero, después, derivó hacia el arte con el que se discierne qué es justo; y, ulteriormente, a designar el lugar en el que se otorga el derecho; así, por ejemplo, se dice que alguien comparece ante el derecho; finalmente, también se denomina derecho a la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo.

2. Del mismo modo que de las acciones que se hacen exteriormente por el arte, una cierta idea, que se llama la regla del arte, preexiste en la mente del artista, así también, de la acción justa, que la razón determina, preexiste en la mente cierta razón, a modo de determinada regla de prudencia. Y esto, si se formula por escrito, se denomina ley; pues la ley es, según Isidoro, una constitución escrita. Por lo cual, la ley no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho.

3. Ya que la justicia conlleva la igualdad y a Dios no le podemos recompensar equitativamente, se deduce que no podemos dar a Dios lo justo, en su sentido estricto; y, por este motivo, la ley divina no se llama propiamente derecho, sino norma sagrada, porque a Dios le es suficiente que cumplamos lo que podamos. La justicia, en cambio, tiende a que el hombre, en cuanto puede, rinda tributo a Dios, sometiéndole su alma totalmente”³⁷.

La interpretación que hace del texto el profesor Goytisoló se basa en que “así como las obras externas que se realizan por parte del arte preexiste en el mente del artista cierta idea que es la regla del arte, así también la razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento, como cierta regla de prudencia. Y de ahí que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho (*aliaqualis ratio iuris*)”³⁸.

De este modo, aunque Santo Tomás se refiere concretamente a la ley humana en el texto, lo que dice es aplicable también al derecho natural. Así lo confirma el hecho de que de ésta se ocupa en la cuestión 94, del Tratado de las leyes, en la 1ª de la 2ª, y del derecho natural en el Tratado de la justicia, cuestiones 57 y sigs. De la 2ª de la 2ª.

³⁷ Santo Tomás de Aquino, *SUMA TEOLÓGICA, II – IIª, Q. 57* [en línea]. Disponible en internet: <http://hjjg.com.ar/sumat/c/c57.html>. Consultado el 19 de Noviembre de 2017.

³⁸ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 104

3º Y, finalmente, deberemos referirnos a los métodos para alcanzar un saber tanto científico como filosófico acerca del derecho³⁹.

2.2.2.- Métodos para establecer normas de derecho

2.2.2.1.- Los principios y su hallazgo

Siguiendo con el esquema planteado por el profesor Goytisolo de distintos métodos jurídicos, en el primero de ellos, en la determinación de las normas de derecho, se incluye tanto a las más generales, o principios, como las de derecho positivo establecidas, sea por un legislador humano, o bien directamente por el pueblo por medio de costumbres.

Distingue primeramente acerca de la distinción filosófica-jurídica entre los principios y las otras normas propiamente del derecho humano, y de la diversificación sociológica-jurídica entre la producción de leyes y la formación de costumbres.

La acepción de la palabra principio -según leemos en el Diccionario de Filosofía de Ferrater Mora- no ha sido ni es unívoca.

- Para los jonios fue una realidad primordial o cósmica, o mejor dicho un elemento.
- Según Aristóteles, el carácter común de todos los principios es el de "constituir la fuente de que se derivan el ser, la generación o el conocimiento".
- Los escolásticos recogieron esta doctrina aristotélica, centrándola en primas cuestiones
- Entre los modernos Ledger Wood dice que un principio es "una proposición no fáctica, básica para un sistema de proposiciones, porque sirve como primera premisa del sistema o como una regla de acuerdo con la cual el sistema puede ser elaborado"⁴⁰.

Señala Ferrater Mora que, para un racionalismo más o menos ontologista, serían aquellas proposiciones de las cuales derivan o en cuyo marco se formulan las demás; que una teoría más conceptualista niega el principio carácter de prius lógico absoluto, considerándolo como un *primum inter pares*; un realismo completo hace de los principios un constitutivo de lo real; un nominalismo completo los mira como reglas o convenciones sustituibles y desde luego plurales; un realismo moderado, los definirían como instancias de naturaleza proposicional, no absolutas pero tampoco no exclusivamente regulativas, o sea, constitutivas de cualquier sistema de proposiciones relativo a la realidad.

Respecto de la ley natural -o sea de las reglas del derecho natural-, Santo Tomás de Aquino señala que los primeros preceptos de la ley natural son, respecto de la razón práctica, lo

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ *Ibidem*

mismo que los primeros principios de la demostración son en la razón especulativa. Unos y otros son evidentes en sí mismos; aunque unos lo sean para todo el mundo y otros únicamente para los sabios.

Según, en 1962, escribió Elías de Tejada, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", la noción de principios generales de derecho surgió en la segunda mitad del siglo XIX como un inconfesado sustitutivo que el positivismo jurídico buscó a la teoría del derecho natural, como expresión de la búsqueda de una estructura general de lo jurídico, averiguada más allá de los sistemas particulares, a que adquiriese la generalidad más próxima posible a la universalidad que había caracterizado al derecho natural. El mismo autor, en 1977, trajo a colación la distinción que Francesco Orestano observa entre principios generales de derecho, que contienen la entraña de una institución determinada, y principios generales del derecho que corresponden a los del derecho natural. Para Elías de Tejada los primeros son de saber científico y los segundos del filosófico del derecho, y excluye que puedan brotar del mero saber común -en lo que se separa de Santo Tomás de Aquino- por entender, Elías de Tejada, que los principios generales del derecho "corresponden a un conocimiento depurado, sistematizado, razonado en suma, que no es el atañente al conocer propio del saber jurídico común"⁴¹.

“Es bien sabido que Federico de Castro distinguió tres tipos fundamentales de principios jurídicos generales: los de derecho natural, los tradicionales y los políticos. Pero, en general, los autores los han circunscrito a los mostrados por la filosofía o los recibidos de la historia, estimando éstos con criterio más o menos positivista”⁴².

Del mismo modo, entiende el profesor Goytisoló que “es evidente que la aspiración de todos los que fundamentalmente somos iusprivatistas es que los principios políticos no afecten al derecho privado. Pero ya Santo Tomás de Aquino había observado que las leyes humanas se dividen según las diversas formas de gobierno; y, casi cinco siglos después, Montesquieu en el dossier de su obra principal, pretendió haber sido el primero en mostrar la relación que las leyes civiles tienen con las políticas. He repetido muchas veces el famoso párrafo de Tocqueville donde muestra cómo, a través del derecho de sucesiones, puede modificarse la sociedad, según como se organice aquél, a tenor de los principios del gobierno establecido; Napoleón se percató de ello y así lo explicaría a su hermano José, siendo éste rey de Nápoles, y lo haría aplicar en su Code civil, al abolir los feudos y fideicomisos e imponer la legítima larga. Claro que esto se halla en plena oposición con lo que Ihering estimó primera condición

⁴¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 105

⁴² VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, p. 106

necesaria del que denominó principio de espontaneidad del derecho romano, y que Fritz Schulz denominó, en el mismo derecho, principio del aislamiento, es especial respeto del poder político y de la administración pública en general. Principio básico para la tarea que realizó el pueblo romano en el ámbito del derecho”⁴³.

Elías de Tejada, en el primero de sus citados estudios acerca del tema, diferenció los principios del iusnaturalismo aferrado a la historia y a la "idea del hombre isidorianamente concreto", como el español de nuestros clásicos del siglo de oro, y el protestante "despectivo para la concreción de la realidad histórica", orgulloso para los criterios de pura razón abstracta". A su juicio, no puede prescindirse de la dimensión histórica del ser humano (como prescinde el derecho natural protestante) ni de sus raíces metafísicas (como hace el positivismo jurídico), "siendo la primera tarea de rehacer la unidad del hombre, en la forzada libertad de su quehacer ineludible fabricando la historia o construyendo el derecho".

2.2.2.2.- La formación de las costumbres

El segundo punto introductorio, en el que conviene aquí detenernos, se refiere a la diversidad sociológico-jurídica entre la producción de leyes y la formación de costumbres.

Goytisolo toma esta vez de ejemplo para ilustrar su teoría las obras de Joaquín Costa según lo expuesto en *La vida del derecho* y, en especial, en la *Teoría del hecho jurídico*.

Para Goytisolo, Costa parte “de la esencial diferencia entre la sociedad y el cuerpo humano, compuesto todo él de células”⁴⁴; y el principal representante del regeneracionismo razona, "no existiendo continuidad, adherencia de partes, masa plena y continua, tejidos, en el cuerpo social; no siendo la sociedad a modo de una individualidad gigante -no tiene un cerebro para pensar, ni una voluntad simple e indivisa para querer, ni una fantasía para dar forma sensible e indivisa para querer, ni una fantasía para dar forma sensible a lo pensado y querido, ni un brazo para encarnar y traducir en formas sensibles lo ideado e informado interiormente-: no puede ser agente directo de sus hechos, no puede crear reglas consuetudinarias colectivamente, es un organismo compuesto de elementos sustantivos de células discontinuas, que son seres acabados, incondicionados, racionales y libres, y tiene que valerse del pensamiento, de la voluntad, de la fantasía, del brazo de estos individuos, para concebir y dar vida exterior a sus concepciones jurídicas: le es forzoso, en suma, obrar por representación. El individuo es, por tanto, órgano necesario de la vida colectiva, así en el

⁴³ *Ibidem*

⁴⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 107

derecho escrito como en el consuetudinario"... "la vida social es siempre mediata, se realiza mediante órganos individuales"⁴⁵. En el funcionamiento de la que denomina biología-jurídica o más propiamente fisiología social, distingue Costa tres modos de realizar las funciones sociales: anergálica, sinérgica y sinanérgica, según la sociedad de que se trate actúe, sea a través de órganos, sea directamente, o bien, en parte de uno de estos modos y en parte del otro. Y también según cuál de las tres formas normativas -ideal, espontánea y artística- lo haga; así como de qué combinación efectúe entre aquellos tres modos y estas tres formas.

A juicio de Costa no existe contraposición entre el derecho creado directamente por el pueblo, que denomina derecho popular, y el que es elaborado por los "legisladores subjetivos", que podríamos denominar -dice- "derecho erudito"; pues "el derecho popular no es tal porque sea parto directo del pueblo, ni se circunscribe tampoco a las formas inferiores del derecho positivo; es popular, porque está inspirado en el sentimiento jurídico del pueblo, porque su autor se impersonaliza, se despoja de su individualidad para absorberse en el espíritu del todo, y abraza lo mismo la costumbre que la ley y el Código"⁴⁶.

La diferencia está en la clase de representación de los individuos que formulan el derecho, según sea adventicia y espontánea -fundamento de la costumbre o bien oficial y reflexiva.

"Es espontánea la representación cuando uno cualquiera de los miembros que componen la sociedad, sin delegación tácita ni expresa, obra como obrarían en su caso todos los demás; cuando su propósito responde al propósito de la generalidad; cuando la regla que informa en sus hechos interpreta y traduce, a la par que su convicción personal jurídica en aquella relación, la convicción común de la sociedad; cuando en esos hechos se ve ésta retratada, y pueden decirse hechos sociales porque se declaran todos y cada uno solidarios de ellos y reconocen su justicia, y siempre que se les presente la ocasión o la necesidad de contraer el mismo género de relaciones, procederán de idéntica manera"⁴⁷.

Cree Costa que, aun cuando parezca una imperfección de la sociedad que ésta, no pudiendo actuar directamente sino sólo por representantes, no lo haga sólo por órganos oficiales, sino que también actúe espontáneamente, por órganos adventicios; sin embargo, es ésta una de las condiciones que más favorecen el progreso en la humanidad. "Aquella parte del cuerpo social donde primeramente se manifiesta una necesidad" o "aquel individuo que primeramente, la sintió, ejecuta todas las funciones que conducen a su satisfacción,

⁴⁵ Costa, Joaquín: "*Teoría del hecho jurídico*", pp. 132 y ss

⁴⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: "*Manuales de Metodología Jurídica*", Madrid, 2004, p. 108

⁴⁷ *Ibidem*

adaptando y apropiando al fin los medios que le son adecuados”⁴⁸. “Al revés de lo que se cree ordinariamente, de los dos géneros de órganos, los adventicios son los más esenciales: sin órganos oficiales, hay Estados (en el sentido que Costa atribuye a esta palabra); sin adventicios, no”⁴⁹.

Por otra parte: “la historia ha demostrado una y mil veces, con la muda elocuencia de los hechos, que el entendimiento de los sabios es conductor menos fiable y seguro que la experiencia de los siglos, y que las constituciones de Platón y de Locke, dechado de perfecciones, pura emanación de la equidad natural, bellas simétricas, exentas de imperfecciones y deficiencias, valían menos que las constituciones consuetudinarias internas a que pretendían sustituir, labradas por la acción inconsciente del espíritu colectivo y consolidadas por la tradición”⁵⁰.

El hecho obrado por un individuo es juntamente hecho social en cuando coincide con el espíritu de la comunidad. De ese modo, “se constituye un órgano adventicio de la sociedad”; su autor inmediato “obra intencionalmente como individuo; inconscientemente como género”⁵¹. La originalidad nativa que expresa en aquel acto lo coloca por un instante a la cabeza de su pueblo, pero ni ha buscado antes ni conoce por un instante a la cabeza de su pueblo, pero ni ha buscado antes ni conoce después ese resultado. No sacrifica su individualidad en aras del todo social, como suele decirse con error notorio. En su hecho se dan “dos elementos que no es lícito confundir”: uno “teórico”, constituido por “lo común”, lo universal, la relación ideal entre el medio y la necesidad, el plan, la regla en él informada que los demás prohíjan”, y otro “práctico-individual”, que consiste en “una de las infinitas especificaciones posibles de ese plan, uno de los infinitos casos aritméticos comprendidos dentro de aquella fórmula algebraica”.⁵²

No ignora Costa la necesidad que, para ello, tiene el pueblo de guías, consejeros y asesores jurídicos. “En ninguna parte como en estos países de libertad civil y derecho consuetudinario –explica– es una verdad el dicho de Castro –que tanto vale el derecho cuanto los notarios quieren que valga– y una necesidad imperiosa el que vivan éstos en intimidad de relaciones con el pueblo para quien ejercen, conozcan hasta los más ocultos resortes que mueven a las

⁴⁸ Costa, Joaquín: “*Teoría del hecho jurídico*”, p. 138

⁴⁹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 108

⁵⁰ Costa, Joaquín: “*La libertad civil*”, pp. 176 y ss

⁵¹ Costa, Joaquín: “*Teoría del hecho jurídico*”, pp. 344 y ss

⁵² VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 109

familias y determinen a los actos de la vida común”⁵³.

El hecho –concluye Costa- “es un signo, como lo es también la expresión fonética o fonográfica del legislador, pero mucho más claro que ésta, porque la acción está en relación más directa con el pensamiento que el lenguaje; y, siendo más claro, es también más accesible al vulgo de las inteligencias”.

2.2.3.- Métodos para captar los principios

La perspectiva de los principios jurídicos que antes hemos tratado de contemplar le lleva a Goytisolo a distinguir:

1º Unos principios permanentes del derecho, en su esencia más general, que se obtienen con el saber común o con el filosófico,

2º Otros principios jurídicos, propios de cada pueblo a través de la historia; que éste va forjando y adecuando, que conserva o que ve desvanecerse. Pueden referirse a derechos que no son sino historia pasada o a derechos vivos que suceden en una tradición que continúa. Son también generales, pero no en un ámbito universal, sino en el propio del pueblo de que se trate.

3º Y otros referidos a cada institución jurídica, o a un conjunto de instituciones de una determinada rama del derecho. Así se ha hablado de distinguir los principios del derecho civil y los del derecho mercantil; se han enumerado principios del derecho sucesorio; se han señalado principios que, aun afectando a varias distintas ramas del derecho o incluso a todas, vienen a crear determinados criterios inspiradores, como los de la buena fe, abuso del derecho, enriquecimiento injusto, de no ir en contra de los actos propios, etc⁵⁴.

Naturalmente, es difícil o imposible que pueda ser un mismo modo el de captar unos y otros principios; pues, evidentemente, unos corresponden a saberes comunes, otros a saberes filosóficos y otros a saberes científicos. Por ello, el profesor Goytisolo realiza una nueva clasificación de captación de principios:

*Captación de los principios generales y permanentes del derecho en su esencia más general.

En una ojeada, que abarque la panorámica de la formulación de estos primeros principios,

⁵³ Costa, Joaquín: *Prologo al Vol. I de la obra colectiva derecho consuetudinario y economía popular de España*, 2ªed, Barcelona, pp. 5 y ss

⁵⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 110

distinguiamos tres puntos de vista distintos.

- Santo Tomás de Aquino (S. T., 1.^a, 79, 13, 3) atribuye el conocimiento de los *prima principia operum humanorum*, a los que constituyen los de la *lex ethica naturalis*, “a la razón como potencia y a la *sindéresis* como hábito”. Recordemos que la *sindéresis* es una facultad intelectual por la cual hacemos inteligibles en acto los materiales aportados por el sentido, en ese doble movimiento, que se entrecruza, de la cosa al sentido y de éste al intelecto, que juzga con su innata capacidad de discernir lo bueno y lo malo, colaborando así el entendimiento agente y el entendimiento paciente, sin necesidad de razonamientos.

Por esto –explica el mismo Aquitanense (1.^a- 2.^ae. 84, 2)- las proposiciones así obtenidas son evidentes, sin necesidad de razonamientos y por ello indemostrables, aunque su evidencia pueda ser general o bien sólo asequible por los sabios (no olvidemos que el hábito de la *sindéresis* puede enriquecerse indefinidamente). El primerísimo de estos principios – prosigue- es: “Se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal.” De él derivan todos los demás preceptos de la ley natural.

Estos son paralelos a las primeras inclinaciones naturales, que son:

- Una común a todos los seres vivos que apetecen su conservación, a la que corresponden “todos los preceptos que contribuyen a conservar la vida del hombre y a evitar sus obstáculos”;
- Otra, común a todos los animales, por la que “decimos que pertenecen a la ley natural aquellas cosas que “la naturaleza enseña a todos los animales”, según expuso Ulpiano, tales como la comunicación sexual, la educación de la prole, etc.;
- Y, finalmente, la inclinación al bien que corresponde específicamente a la naturaleza racional del hombre y es característica suya, como la tendencia natural a conocer las cosas divinas y a vivir en sociedad, a la que corresponde el desterrar la ignorancia, evitar las ofensas en la convivencia, etc., etc.

Pero, incluso las inclinaciones comunes a todos los seres vivos o a todos los animales, reguladas en el hombre por su razón; y, en cuanto son así reguladas, corresponden a la ley natural, con lo cual queda aclarada la conocida clasificación de Ulpiano.

De estos *prima principia*, captados por *sindéresis ut intellectuvel et natura*, derivan los *secunda praecepta*, obtenidos *per modum conclusiones quae non est multa remota a principiis*, por lo que fácilmente convienen en ellos todas las gentes, alcanzándose con “una pequeña consideración mediante la aplicación de los primeros y universales principios” (S. T., 1.^a-2.^a, 95, 4, y 100, 1). Esos segundos principios generales secundarios, o conclusiones más inmediatas o próximas de los primeros, son positivizados, en cierto modo, por su práctica general, constituyendo

con ella el derecho de gentes.

- La Escuela del derecho natural y de gentes, en cambio, no captó por *syndéresis* los principios sino cartesianamente por intuición, por el fulgor de la idea; para, una vez captados, descender por deducción silogística.
- Y el método inductivo y operativo, que por el análisis y la síntesis, abstrayendo los instintos y pasiones humanas, determina el que estima dominante, a partir del cual, como principio operativo básico, reconstruye todo el derecho a fin de satisfacer ese instinto o pasión determinante. Así lo hicieron: Hobbes, tomando como base el temor a la muerte violenta, como primera aspiración del hombre; Locke, fundándolo en el innato deseo de bienestar, y Rousseau, apoyado en el sentimiento de ser todos los hombres igualmente libres por naturaleza⁵⁵.

Del mismo modo que las ciencias físicas, después de descomponer analíticamente los objetos de su investigación, formulan hipótesis que, a modo de andamios provisionales, sirven para alcanzar nuevos adelantos científicos y técnicos, así también aquellos tres autores pretendieron proceder para reconstruir la sociedad y reestructurar el derecho de acuerdo con la idea dominante de su sistema así obtenida. Sin embargo, resulta muy relativo y arbitrario el paralelismo de ese método de análisis psicológico con el método de las ciencias físicas.

Así, en el Discurso acerca de la desigualdad entre los hombres, escribió Rousseau: “Comencemos, pues, por descartar todos los hechos, pues nada tienen que ver con la cuestión. No debemos de tener en cuenta las investigaciones que penetran en este tema por las verdades históricas, sino solamente los razonamientos hipotéticos y condicionales más propios para esclarecer la naturaleza de las cosas que para mostrar el verdadero origen, y parecidos a los que todos los días hacen nuestros físicos acerca de la formación del mundo.” Comenta Durkheim que para Rousseau el hombre natural “es simplemente el hombre abstracción hecha de todo lo que debe a la vida social reducido a lo que sería si hubiera vivido siempre aislado”, “no es un problema de historia sino de psicología”. Y para resolverlo le efectuó “une sort de purgation intellectuelle”.

Por lo demás, los físicos no pretenden reconstruir toda la física partiendo de sus hipótesis sobre el origen del mundo; en cambio, Rousseau quiere hacerlo con la sociedad, conformidad con su hipótesis acerca del origen de la desigualdad entre los hombres, y prescindiendo de

⁵⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 111

las enseñanzas de historia y de todos los hechos. Su método, pues, tiene poco que ver con el de las ciencias físicas y más con el intuitivo cartesiano, pero sin su rigor silogístico en el desarrollo.

*Captación de los principios del derecho de cada pueblo.

Estos principios corresponden, sin duda, a los saberes científicos históricos. Según Savigny, dimanarían del espíritu del pueblo respectivo, que nos muestra su historia y sus costumbres.

Ihering, Schulz y, entre nosotros, Iglesias Santos, por ejemplo, han propuesto la formulación de los principios del derecho romano apoyándose en el conocimiento de la historia del derecho romano. Y Sánchez Román, más simplemente, propuso acudir al título 34 de la Partida 7.^a para conocer, por él, “los más fundamentales principios o reglas generales del derecho”⁵⁶.

*Captación de los principios de las instituciones jurídicas. Se trata, según las concepciones positivistas, de una labor propia del saber científico del derecho que opera por inducción o bien por analogía iuris.

Pero si el derecho es trascendente al hombre, a la sociedad y al Estado, los principios de las instituciones jurídicas no pueden cerrarse a los saberes científicos del derecho, sino que han de ser considerados inseparablemente con los principios más elevados, tanto los del derecho propio como, especialmente, los universales y permanentes del derecho en general, por lo que requerirán el conocimiento armónico de saberes filosóficos y saberes científicos del derecho⁵⁷.

2.2.4.- Método para formular las leyes humanas

2.2.4.1.- Requisitos estimados por San Isidoro de Sevilla y Santo Tomás de Aquino:

Según se consideren las leyes humanas producto de la razón o de la voluntad del hombre, la cuestión metódica de su formulación penetrará en un ámbito sustantivo o bien se reducirá a la corteza formal de determinar quién o quiénes o por qué procedimiento deben redactarlas, aprobarlas y promulgarlas.

Aquí nos interesa saber qué criterios sustantivos debe emplear el legislador para formular leyes que, por su racionalidad, merezcan ese nombre y sean adecuadas a la consecución del bien común.

Para dar explicación a este paradigma, Goytisoló recurre a San Isidoro de Sevilla, en sus

⁵⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 112

⁵⁷ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, p. 113

Etimologías (2, 10, 6, y 5, 21): “...si la ley se basa en la razón, será ley todo lo que esté garantizado por la razón, con tal que esté de acuerdo con la religión, convenga a la disciplina y procure el bien común.”... La ley será honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres de la patria, apropiadas al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara —no vaya a ser que por su oscuridad induzca a error—, no dictada para beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos.”⁵⁸

Por otra parte, Santo Tomás de Aquino, en su citado art. 1, q. 57, 2.^a-2^a, señaló que “la razón determina lo justo de un acto conforme una regla preexistente en el entendimiento como cierta regla de prudencia. Y si ésta se formula por escrito, recibe el nombre de ley...”⁵⁹.

El establecimiento de esas leyes humanas, como reglas de prudencia, lo señala en 1.^a-2^a, 95, 3: “Toda cosa ordenada a un fin debe tener una norma proporcionada a tal fin; así la forma de la sierra es tal cual conviene a su fin, que es serrar. Así también toda cosa recta y mesurada ha de tener una forma proporcionada a su regla y medida. La ley humana tiene ambas condiciones: es algo ordenado a un fin y también una cierta regla y medida regulada y mensurada, a su vez, por otra medida superior. Esta medida superior es doble: la ley divina y la ley natural, como se ha dicho antes”⁶⁰.

Aclara Goytisolo que “El fin de la ley humana es la utilidad de los hombres, como ha dicho el jurisperito Modestino, en Digesto 1, 3, 25. Por eso San Isidoro, al determinar la naturaleza de la ley, señaló, en primer lugar, estas tres condiciones: que se hace en armonía con la religión, pues debe ajustarse a la ley natural, y que promueva la salud pública porque ha de favorecer a la utilidad de los hombres”⁶¹.

Y vuelve a recurrir nuevamente al Aquitanense (término con el que el profesor Goytisolo se refiere a Santo Tomás de Aquino): “Todas las demás condiciones, mencionadas por él, se reducen a estas tres. Así, al llamarla “honesta” quiere decir que ha de estar en armonía con la religión. Y las condiciones de “justa”, “posible”, “conforme con la naturaleza”, “apropiada a las costumbres del país”, “conveniente al lugar y al tiempo”, se reducen a la de “estar en conformidad con la disciplina”, porque la disciplina humana depende, en primer lugar, del orden de la razón —lo que se expresa por la palabra “justa”—; en segundo lugar, de las

⁵⁸ *Ibidem*

⁵⁹ Santo Tomás de Aquino, *SUMA TEOLÓGICA, II – II^a, Q. 57* [en línea]. Disponible en internet: <http://hg.com.ar/sumat/c/c57.html>. Consultado el 19 de Noviembre de 2017

⁶⁰ *Ibidem*

⁶¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 114

facultades de los que han de practicarla, porque la disciplina ha de ajustarse a cada uno según sus aptitudes, teniendo en cuenta la posibilidad de la naturaleza pues no pueden imponerse a los niños las mismas obligaciones que a los adultos. Debe, además, ajustarse a la condición humana, ya que el hombre no puede, dentro de la sociedad, vivir solitario, sin tener parte en las costumbres de los demás. Depende, en tercer lugar, de algunas circunstancias obligadas a las cuales se refiere cuando dice “conveniente al lugar y al tiempo”. Las restantes palabras “necesaria”, “útil”, etcétera, significan que la ley debe promover la salud pública; así la necesidad se refiere a la remoción de males; la utilidad a la consecución de bienes; la claridad de expresión, a la prevención contra el daño que puede originarse de la misma ley. Y puesto que la ley se ordena, como ya dijimos, al bien común, está señalado en la última parte de la descripción⁶².

2.2.4.2.- El impacto cartesiano en la Escuela del derecho natural y de gentes. El intento de Montesquieu.

Para Goytisolo, es sabido que Descartes pretendió inventar un método universal que sirviera para todas las ciencias según el modelo de las matemáticas. Obtener por intuición los principios o primeras causas, evidentes por sí mismas, después de examinar cuáles son los primeros y más ordinarios efectos que puedan deducirse de esas causas, y alcanzar todas sus consecuencias descendiendo racionalmente. Este fue el método aplicado al derecho por la Escuela del derecho natural y de gentes, a fin de alcanzar el conocimiento de un derecho aplicable sin distinción a todos los hombres, lugares y tiempos. Así la ciencia del derecho “era la ciencia de hacer leyes y de hacer justicia; y el derecho natural el mismo derecho que debía ser positivo en todas partes, pues debería recogerse en Códigos perfectos, universalmente aplicables, con los cuales podrían solucionarse todos los problemas jurídicos, sin necesidad de emplear sino la lógica deductiva con sus silogismos”⁶³. En ese método quedaban unificados, en todos los casos, el de la ciencia del derecho, el de legislar y el de hacer justicia.

Leyes abstractas para hombres abstractos para hombres abstractos sin circunstancias, tiempo ni lugar, a los que bastaba aplicar soluciones abstractas. Partiendo de esas leyes podía llegarse a la solución de cualquier caso, sólo con formular correctos silogismos.

⁶² Santo Tomás de Aquino, *SUMA TEOLÓGICA, II – IIª, Q. 57* [en línea]. Disponible en internet: <http://hig.com.ar/sumat/c/c57.html>. Consultado el 19 de Noviembre de 2017

⁶³ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 115

Montesquieu, a pesar de su amor por las ideas generales, comprendió que no podía ser así. “Ante todo –dice en el prefacio de su obra principal- he examinado a los hombres, y he creído que en esa infinita diversidad de leyes y de costumbres, no habían sido conducidos únicamente por su fantasía.” “Las leyes de cada nación –dijo en E.L., 1, 3, 12- deben ser de tal modo apropiadas al pueblo para el que han sido hechas, que las de una nación sólo por un extraordinario azar pueden convenir a otras.” “Deben tener relación –prosigue dos párrafos después- con la naturaleza física (la phisique) del país; al clima helado ardiente o templado, a la calidad de la tierra, a su situación, a su tamaño; al género de vida de los pueblos, labradores, cazadores o pastores; deben hallarse en relación con el grado de libertad que su constitución puede soportar; a la religión de sus habitantes, a sus inclinaciones, a su riqueza, a la densidad de su población, a su comercio, a sus costumbres, a sus hábitos sociales⁶⁴.

Por eso explicaría es el Dossier del Espíritu de las leyes (6, 1) que su obra era una “especie de método”, en el cual “no es el cuerpo de las leyes lo que yo he buscado, sino su alma”. Y en una de sus *pensées* dice: “No he tomado la pluma para enseñar las leyes, sino la manera de enseñarlas. Así no ha tratado de leyes, sino del espíritu de las leyes.”

Y explicaba: “Hay leyes principales y leyes accesorias, y se forma, en cada país, una especie de generación de leyes. Los pueblos, como cada individuo, tienen una sucesión de ideas, y su manera de pensar total, como la de cada particular, tiene un comienzo, un medio y un fin”. “He tomado un ejemplo que se halla en el origen y en la generación de las leyes de los romanos sobre las sucesiones, y este ejemplo servirá aquí de método”..., “por el mismo método, podrá verse el nacimiento de las leyes de la mayor parte de los pueblos”.

“Es preciso conocer las leyes antiguas, no para cambiar las nuevas, sino a fin de usar bien de las nuevas”..., “para colocarlas en el orden de la Razón, es preciso ver la figura que harían, en los otros siglos, las opiniones dominantes de éste, lo que puede hacerlas útiles, de una parte, empleando la llama que ellas inspiran, y la acción que producen para el bien, y, de otra, impidiéndoles difundir los prejuicios para el mal”⁶⁵.

Montesquieu, como vimos en la anterior exposición, partía de que existen “relaciones de equidad anteriores a la ley positiva que las establece”; pero que, dado el carácter limitado del hombre sujeto a la ignorancia y “al error como todas las inteligencias finitas”, “sujeto a mil pasiones” y “hecho para vivir en sociedad puede olvidarse de los otros”, era misión de los

⁶⁴ El espíritu de las leyes por Montesquieu, vertido al castellano por Siro García del Mazo. [en línea]. Disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>. Consultado el 19 de Noviembre de 2017.

⁶⁵ *Ibidem*

legisladores “reintegrarle a sus deberes por las leyes políticas y civiles”.

Con ese antecedente, se dirige a los legisladores y les muestra que, para lograr el objetivo de su misión, han de tener en cuenta gran cantidad de datos, se dirige a los legisladores y les muestra que, para lograr el objetivo de su misión, han de tener en cuenta gran cantidad de datos, algunos contradictorios entre sí; que no deben legislar conforme su fantasía, sino de conformidad a la naturaleza de las cosas. Goytisolo lo resume de la siguiente manera:

- De una parte, ha de establecerse lo preciso para la conservación de la sociedad, del Estado y de los diversos gobiernos. La conservación –como se ha dicho- viene a ser el hilo conductor de l’Espirit des lois.
- De otra parte, ha de considerarse el cúmulo de circunstancias que merecen ser tenidas en cuenta, una vez hallada la naturaleza de las cosas existentes. De lo contrario –tal como Barckhausen resume el significado de la obra-, “la fuerza de las cosas se venga. Las leyes mediocres o malas producen naturalmente efectos dañinos. Los pueblos se esfuercen entonces en corregir los abusos que sufren. Una experiencia severa y a veces cruel les recuerda la sabiduría...”
- Ha de atenderse, además, a lo que es asequible, a lo que constituye el mayor bien o el menor mal posibles. “Cuando una república está corrompida, no puede remediarse ninguno de los males que se producen sino evitando la corrupción y recordando los principios: toda otra corrección es inútil o es un mayor mal”. “Tal es la naturaleza de las cosas que el abuso es muchas veces preferible a la corrección o, por lo menos, el bien establecido es siempre preferible al mejor que no lo esté.”⁶⁶

Pero, con esas limitaciones de su fantasía, deben los legisladores cumplir la misión que les compete, según señala el Barón de la Brède, al final del primer capítulo de su obra principal.

El legislador, dice Montesquieu –repetámoslo–, debe hacer cumplir a los súbditos sus deberes sociales; y éstos –ha dicho- dimanar de unos principios de equidad anteriores a sus leyes positivas; por ello, ha de tenerse en cuenta que una cosa “no es justa porque sea ley; sino que debe ser ley porque es justa”: “La ley, en general, es la razón humana en tanto gobierna todos los pueblos de la tierra; y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser sino casos particulares en que se aplica esa razón humana”.

Por eso recurre Montesquieu al espíritu de las leyes y al espíritu general de la nación, uno de cuyos componentes son las leyes, de modo tal que con su adecuada modificación puede

⁶⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 117

actuarse como –dice en E. L., 14, 13, in fine- “una lima sorda, que usada alcanza lentamente su fin”⁶⁷.

Después de Montesquieu, la filosofía moderna se ha orientado hacia el voluntarismo, sea normativo, vivido u operativo, aunque unos autores estimaran que esa voluntad humana está iluminada por la razón, paralelamente a como Duns Scoto creía que la voluntad de Dios estaba iluminada por su inteligencia. La voluntad trata de imponer las leyes que corresponden a la ideología o a la utopía que se quiere realizar..., sin ponderar las consecuencias.

Hoy, el método se orienta decididamente hacia la ciencia del derecho. Si bien ésta, sin duda, puede resultar un valioso auxiliar del legislador y del juez.

2.2.5.- Métodos para establecer lo justo en concreto

2.2.5.1.- Finalidad y consideración de en qué consiste su determinación

Hasta ahora, habíamos observado y delimitado una serie de métodos para establecer normas de derecho; dentro de los cuales, se hacía especial hincapié en los métodos para captar los principios y formular las leyes humanas. Siguiendo con ese esquema que plantea el profesor Goytisolo, vamos un paso más en el estudio, haciendo referencia a los métodos para establecer lo justo en concreto.

Este estudio comienza con un paralelismo: “Si la medicina, como arte de conservar y restablecer la salud, es el núcleo central de toda consideración médica, igual pienso que debe ser el derecho en lo jurídico. Las leyes, la ciencia y la filosofía jurídica deben concurrir a ese fin, para facilitar la realización de la justicia en cada caso concreto, del mismo modo como, en medicina, tratan de curarse los enfermos en concreto”⁶⁸.

Santo Tomás de Aquino lo percibió muy claramente con referencia a la ley y al derecho, señalando las respectivas funciones del legislador y del juez, como se observa leyendo el *ad secundum* de su S. T. 1.^a-2^a, 95, 1: “Como dice el Filósofo, “mejor es que todas las cosas estén reguladas por la ley que dejarlas al arbitrio de los jueces”. Es un texto al que ya hemos aludido en la segunda exposición y al que volveremos, en la séptima, al ocuparnos de la posición del Aquinatense.

En cambio, la función de juzgar se refiere <<a casos que ocurren súbitamente>>, <<sobre asuntos presentes>> y <<hechos particulares>>; y, en concreto, al caso específico

⁶⁷ El espíritu de las leyes por Montesquieu, vertido al castellano por Siro García del Mazo. [en línea]. Disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>. Consultado el 19 de Noviembre de 2017.

⁶⁸ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 118

de que se trate; pues: <<Nadie es tan sabio que pueda exponer suficientemente por medio de sus palabras todo aquello que concierne al fin que su intención se propone>>, y el legislador “debe dictar la ley según lo que ordinariamente sucede”. Por esto, “como toda ley se ordena al bien común de los hombres y de esta ordenación recibe su fuerza y su carácter de verdadera ley, en la medida que se aparta de esta finalidad pierde su fuerza de obligatoria: sucede con frecuencia que la observancia de algún punto de la ley es útil a la salud común en la mayoría de los casos y muy perjudicial en algunos otros”. Por eso: “así como las leyes inicuas por sí mismas contrarían el derecho natural, o siempre o en el mayor número de casos, de igual suerte las leyes rectamente establecidas son deficientes en algunos casos, en los que si se observasen serían contra el derecho natural. Y por eso, en tales casos, no debe juzgarse según el tenor literal de la ley, sino que debe recurrirse a la equidad que es la intención del legislador”.

Tras esta cita de Santo Tomás, Goytisolo plantea la idea siguiente: “Ahí tenemos la aplicación del derecho”⁶⁹. Y acto seguido, pasa a efectuar unos planteamientos generales:

En primer lugar, hemos de recordar que se ha considerado la aplicación del derecho:

- Como la realización de un silogismo, en el cual la ley es la premisa mayor y el hecho es la menor;
- O bien, como una labor bastante más compleja, integrada por las tres operaciones siguientes: comprensión interpretación y aplicación que, sin embargo, son contempladas de diverso modo⁷⁰.

Para apoyar su teoría, pone de contrapunto la opinión de otros dos autores. De una parte, Enrique Zuleta, que ha observado que “hoy se ha perdido la distinción entre comprensión e interpretación hasta confundirse, con predominio de la segunda entendida como exégesis en una lectura literal y ahistórica; y la aplicación queda reducida a ser un elemento que ha derivado hacia una actividad práctica, meramente técnica”⁷¹.

Y de otra parte, la de Casals Coldecarrera, que basada en la diagnosis del hecho: “en la problemática de la aplicación del derecho, aun cuando de la técnica del recurso de casación pueda aparecer lo contrario, no se evalúan normas, porque las normas jurídicas constituyen, ya en sí mismas, juicios de valor realizados por el legislador sobre la concreta casuística de facto ínsita en la propia norma”, por eso “al aplicar el derecho lo que se pondera son simples hechos”⁷².

⁶⁹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 119

⁷⁰ *Ibidem*

⁷¹ *Ibidem*

⁷² *Ibidem*

De tal modo que debe compararse el *hecho tipo* y el *hecho del caso*, que difícilmente coincidirán, aparte de que en éste no tan sólo pueden incidir diversas normas, sino también principios básicos, como los de fraude de ley, de la buena fe, del abuso del derecho, del enriquecimiento injusto, de los actos propios.

En especial, es de resaltar que –como esbozó Michel Villey en el prefacio del volumen de 1972 de los Archives de Philosophie du Droit- se dan, grosso modo, tres sistemas de aplicar el derecho:

- A) El de la escuela de la exégesis, que circunscribe la búsqueda del contenido de la solución al análisis del texto literal de la norma, efectuándolo por procedimientos silogísticos casi mecánicos.
- B) El menos positivista y más abierto que reconoce la imposibilidad de deducir todo el derecho literalmente de las normas escritas y entiende que toda norma de derecho no hace sino sugerir, de modo más o menos claro o confuso, una orientación, una pista del orden de preferencia que el ordenamiento positivo establece entre diversos intereses o valores, de cuya prelación han de extraerse los criterios para interpretar el texto de las normas.
- C) Y el que concibe la regla del derecho, no tanto como el medio de dirigir una conducta, sino más bien como un intento de buscar el derecho natural, esto es, lo naturalmente justo, por lo cual las normas no pueden sino colocar jalones, aportar indicaciones fragmentarias que, entre otras, deberán ayudar a descubrir lo justo, puesto que lo escrito no puede abarcar todo lo justo natural que, por esencia, es inexpresable en su plenitud⁷³.

En segundo lugar, debemos advertir, según Goytisoló, que desde hace unos dos siglos, la norma de derecho se considera como mandato, imperativo y coactivo. Contra lo cual advertiría Joaquín Costa que si bien esos caracteres suelen acompañarla, no le son esenciales.

Aquí, debemos aún recordar:

1º Que son más los supuestos en que el derecho se realiza inter volentes, y por la sola consideración de ser justo;

2º Que existen dos clases de normas, unas respaldadas por la potestas y otras sólo investidas de su propia auctoritas.

Indudablemente, es muy cierto que, sólo en época tardía, las responsae de los prudentes

⁷³ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, p. 120

vieron apoyada su auctoritas por la potestas de los emperadores, que hicieron de ellas vice legem. Y en el medievo, cuando el derecho romano careció de toda fuerza legal –que le fue expresamente rechazada por disposiciones autóctonas-, comenzó a afirmarse su aplicación como razón escrita o buena razón, bastante antes de que se le diera expresamente valor supletorio a falta de norma de derecho propio específicamente aplicable. en fin -como n– hace mucho ha recordado García Gallo-, el Rey Sabio publicó sus Partidas como enseñanza, y en modo alguno con carácter imperativo; y, sin embargo, su valor como fuente de normas racionales fue imponiéndose también antes de que oficialmente se les diera carácter de norma supletoria y llegasen a constituir el contenido mayor del derecho vivido en la mayoría de los territorios de la monarquía hispánica, en España y en Ultramar.

3º Y que, además de las leyes imperativas, existen otras, meramente declarativas, que son subsidiarias, es decir, supletorias⁷⁴.

Esta última diferencia –en el Congreso celebrado en la Real Academia de Jurisprudencia en 1886- motivó una polémica entre Danvila y Comas, de una parte –quienes, afirmando el carácter imperativo de las leyes, estimaban inaceptables aquellos calificativos, y entendían que, simplemente, ellas mismas circunscribían su propio supuesto de hecho- y, de otra parte, Durán y Bas y Joaquín Costa⁷⁵.

2.2.6.- Métodos de la ciencia del derecho

En este último punto de estudio sobre los métodos de la ciencia del derecho, basados en la idea de alcanzar un saber tanto científico como filosófico acerca del derecho, siguiendo con el pensamiento del profesor Goytisoló, recuerda en este momento, la figura de Federico Carlos Savigny, en una de las obras de su primera época, la Metodología del derecho, cuando dijo que “el método es elevado a sistema por el hecho de que pensemos que una ciencia es acabada conforme a las leyes propias a su naturaleza o conforme a un ideal de ésta. Sólo su contemplación nos conducirá a un método correcto”.

Pero cabe distinguir el derecho como ciencia, o jurisprudencia en la acepción romana de esta palabra, y la ciencia del derecho, como ciencia que estudia la jurisprudencia. Pienso que la ciencia del derecho, en que consiste la jurisprudencia –en su sentido clásico-, observa lo justo y lo injusto a la luz de su noticia de las cosas divinas y humanas; y que, en cambio, la ciencia del derecho, como ciencia del conocimiento de la jurisprudencia, observa

⁷⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, pp. 120-121

⁷⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, p. 121

ordenadamente y como un espectador curioso, desde fuera, los contenidos resultantes de la obra del derecho aunque ésta, a su vez, haya sido realizada científicamente.

Plantea entonces la siguiente pregunta: ¿Ha existido siempre este modo científico de observar el derecho ya hecho?

Savigny, en su *Sistema*, al tratar de los *principios de los romanos sobre el derecho científico*, habla principalmente de los jurisconsultos y de sus responsa, que ciertamente mostraban un conocimiento científico para hacer derecho; pero que, sin embargo, no estudiaban científicamente el derecho ya conocido y aplicad. El tratamiento científico del derecho pensamos que asomó con los planes expositivos en las *Regulae, Institutiones y Digestae* que algunos juristas escribieron, y con las propias regula que formularon. En efecto, Paulo, en el texto recogido en cabeza del último título de Justiniano (50, 17, 1), explica: “El derecho no se saca de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay. Así, pues, por medio de la regla se hace una breve narración de las cosas...”

Savigny divide en tres partes su indicada Metodología:

- *Presentación de las normas de elaboración absoluta de la ciencia del derecho o jurisprudencia*, que la centra fundamentalmente en la interpretación, que divide en tres tipos de elaboración: filológica, histórica y sistemática;
- *Metodología del estudio literario de la jurisprudencia*, que –dice- requiere una doble lectura crítica e histórica, y
- *Metodología del estudio académico de lo jurídico*.

Enrique Zuleta Puceiro –en una conferencia que desarrolló en la real Academia de Jurisprudencia- explicó que para Savigny: “La labor del científico y la labor del intérprete son sustancialmente idénticas y sólo cabe apreciar diferencias de grado, surgidas más bien del hecho de que el análisis hermenéutico se desarrolla a niveles de menor abstracción que el análisis científico”...”El lenguaje de la interpretación coincide con el de la ciencia en que su cometido final es la reconstrucción del sentido y, a partir de ello, en grados sucesivos de elaboración, la comprensión, la tipificación y la sistematización. Lo histórico y lo sistemático se articulan en una situación de equilibrio inestable, que se romperá ya en la misma obra de Savigny en favor de lo sistemático”...”En el sistema, el método histórico constructivo se vuelca ya de modo definitivo hacia una dimensión generalizante abstracta y formalista.” Así hace desfilan los conceptos de relación jurídica, con sus elementos material y formal, con los tipos de aquéllas, mostrando que cada elemento de la relación jurídica se refiere a una institución que la domina y sirve de tipo y, sinceramente, todas las instituciones se estructuran en un sistema. Así, según explica Zuleta, Savigny, en su *Sistema*, en la línea de sus desarrollos

anteriores, concibe el derecho como una realidad, en cierto modo, “exterior al que-hacer científico, pre constituida al intérprete y a su circunstancia, cuyo sentido es necesario desentrañar a través del acto intelectual que sirve de punta de partida a la tarea constructiva que caracteriza a la ciencia de sentido estricto”⁷⁶.

Esta es la gran diferencia que ofrece esa actividad científica, con respecto a la aplicación al derecho del método de las matemáticas –como hizo la Escuela del derecho natural y de gentes-, precisamente para hacer derecho, o del método que hoy llamamos sociológicos – como intentó hacer Montesquieu-, para hacer buenas leyes.

En cambio, Kant empleó el de las ciencias físicas para hacer filosofía del derecho. Y Savigny contempla, analiza, califica, clasifica, combina y estructura los materiales que halla en un derecho ya hecho, y que observa como un profesor desde fuera, a través de la historia y de la panorámica actual, para elevarse hasta una perspectiva sistemática, para hacer ciencia del derecho.

Así es como construyó conceptos y surgió el conceptualismo, que ha sido de innegable utilidad. Dejamos para más adelante el juicio que su aplicación merece, no ya como mera ciencia, sino como medio de interpretación del derecho propiamente dicho, y para la solución de problemas concretos, a través del método dogmático y de inversión, derivado de esa labor científica y que desentrañemos en su momento.

De igual modo que la ciencia pandectística del derecho indujo conceptos, más tarde se ha tratado, también científicamente, de inducir, de cada sistema jurídico, histórico o actual, los valores, intereses y principios a él inherentes.

Tal vez, para que una ciencia jurídica del tipo indicado resultase completa, se requeriría que, tomando un sistema dado como objeto de estudio, se indujeran de él los conceptos, intereses, fines, valores y principios prevalentes, para diseñar sistemáticamente todo su respectivo sistema, tanto estática como dinámicamente, conceptual, teleológica y axiológicamente.

Para concluir esta exposición, debemos advertir la posibilidad de que la ciencia del derecho pueda ser invadida y desbordada por otras ciencias que sólo deberían ser auxiliares suyas – como la filología, la lógica, la sociología, etc., etc.-, o bien por pseudociencias –como otrora el teologismo y modernamente, aunque ya esté depasado, el estructuralismo-. Ogaño ocurrió, como hoy ocurre y siempre ocurrirá que, de ese modo, se olvida u obscurece el fin primordial del derecho que, *nunc et semper*, es hacer justicia en concreto, es decir, determinar, en todos y en cada uno de los casos que se planteen, *quod iustum est*.

⁷⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “*Manuales de Metodología Jurídica*”, Madrid, 2004, pp. 122-123

3.- LAS ORIENTACIONES INNOVADORAS ACTUALES

3.1.- El Derecho comparado

En nuestra búsqueda por encontrar orientaciones innovadoras actuales para encontrar normas de derecho, o lo que es lo mismo, en última instancia construir un sistema legal, con su jurisprudencia, hacemos un primer alto en el Derecho comparado.

A modo de definición, podemos decir que “es una técnica para estudiar el Derecho, caracterizada por contrastar instituciones o figuras jurídicas de distintos ordenamientos con el fin de profundizar en el conocimiento del ordenamiento propio. Así, la comparación de las reglas de filiación vigentes en Francia con las españolas; sin embargo, se considera más fecundo el contraste entre figuras o instituciones de ordenamientos pertenecientes a distintas familias de Derecho. En este sentido, un contraste de gran interés para los ordenamientos de la familia romano-germánica, es el practicado con los ordenamientos de la otra gran familia de derechos occidentales: el Derecho angloamericano o familia del Common Law⁷⁷. El término empieza a utilizarse en el s. XIX, siendo una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un determinado país.

A modo de historia, Siempre ha existido interés por la comparación; se comparan personas, objetos y el derecho no ha sido la excepción. El derecho se compara desde la antigüedad y no por simple curiosidad, sino para beneficiarse de las experiencias de otros países. La tradición atribuye a Solón y a Licurgo el haberse inspirado en el derecho extranjero para elaborar el sistema jurídico con el que, respectivamente dotaron a las ciudades griegas de Atenas y Esparta.⁷⁸

El derecho comparado consiste en el estudio de las diversas instituciones jurídicas a través de las legislaciones positivas vigentes en distintos países. Importancia y virtualidades del derecho comparado: dos concepciones diferentes se han esbozado respecto del carácter de esta ciencia.

⁷⁷ “El derecho comparado”. [en línea]. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-comparado/derecho-comparado.htm>. Consultado el 20 de Octubre de 2015.

⁷⁸ CASCAJO CASTRO, José Luis, y GARCÍA ALVAREZ, Manuel, *Constituciones extranjeras contemporáneas*, Madrid, 1991, p. 13

Para unos autores-es la concepción de Saleilles-, el derecho comparado es una disciplina auxiliar del derecho Nacional positivo, que contribuye a reforzar las soluciones de este o insinuar sus cambios.

Para otros autores -es la concepción de Lambert-, es una ciencia principal, autónoma, que pone de relieve el fondo común de las diversas legislaciones positivas, con lo que permite alcanzar el conocimiento de las leyes de la evolución de dichas legislaciones, las finalidades perseguidas y la existencia de principios que reciben una adhesión más o menos numerosa.

Desde este punto de vista es incuestionable la importancia del derecho comparado, tanto más cuanto la evolución social y económica de los pueblos se orienta hacia un tráfico cada vez más frecuente de personas, ideas y bienes.

Corresponde señalar las orientaciones metodológicas en la investigación referente al derecho comparado: a) investigación restringida a legislaciones de similar afinidad cultural; b) investigación amplia a través de toda clase de legislaciones.

En general, se acepta como método apropiado el primero de los mencionados, pues ningún rigor científico puede esperarse de investigaciones que indiscriminadamente computan los datos provenientes de legislaciones carentes de homogeneidad cultural.

Considerado el derecho comparado como fuente de derecho, sólo tiene el valor de elemento corroborante de la solución indicada por otro medio de expresión del derecho Nacional.

Pero, en cambio, si se trata de considerarlo como factor computable en trance de sancionar la ley especialmente elaborar un código, entonces el derecho comparado suministra un aporte de inapreciable valor, como ocurre cuando se trata de formar opinión

Sobre la inhabilitación del prodigo o sobre la conveniencia de adoptar la lesión enorme, tópicos sobre la cuales la experiencia del derecho comparado sugiere una orientación definida que no debe ser desatendida.⁷⁹

⁷⁹ “El derecho comparado”. [en línea]. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-comparado/derecho-comparado.htm>. Consultado el 20 de Octubre de 2015.

3.2.- La sociología jurídica

El profesor Eduardo García Maynez la define como la "disciplina que tiene por objeto la explicación del fenómeno jurídico, considerado como hecho social". Desde un punto de vista analítico es la rama de la sociología general, que enfoca el derecho como fenómeno social; tiene por objeto explicar sus caracteres, su función en la sociedad, sus relaciones y las influencias recíprocas entre esos fenómenos sociales; así como también las transformaciones del derecho, con un alcance general.

Del análisis del concepto expuesto surgen los caracteres siguientes:

a) la sociología del derecho es una rama de la sociología general y, por lo tanto, tiene su mismo método y sus mismas características.

Como se trata de un tema que se estudia extensamente en otra materia, no insistiremos al respecto.

b) el derecho es un fenómeno social, pues, como hemos dicho, existe exclusivamente allí donde hay sociedad.

Pues bien, la sociología lo considera en tal carácter, es decir, como un producto de la convivencia social, que presenta sus peculiaridades propias. No lo encara pues en tanto objeto que indica un deber ser, como la ciencia del derecho, sino en tanto ser, con un enfoque distinto de histórico.

c) la sociología jurídica se hace cargo de la función social básica del derecho, que es la de regir la convivencia humana- y por lo tanto los distintos grupos sociales- sin que por ello se ignore que es portador de valoraciones de justicia, libertad, seguridad, orden, etcétera, que han de encarnar en el grupo social respectivo.

c) esta disciplina analiza también un aspecto de capital importancia, que es el de las relaciones recíprocas del derecho con los demás fenómenos sociales, es decir, con la moral, la política, el arte, la economía, la religión, la cultura, el lenguaje, etcétera. En síntesis, se trata de estudiar no sólo la influencia de esos factores sociales sobre el derecho, sino también los efectos que el derecho ejerce a su vez, sobre esos fenómenos sociales.

e) la sociología jurídica estudia también las transformaciones del derecho, a los efectos de explicarlas causalmente, pero no ya con el alcance individualizador, propio de la historia, sino con una amplitud generalizadora, a fin de formular las leyes (se entiende que leyes en sentido sociológico y no natural) que explican esas transformaciones.⁸⁰

3.3.- El cambio social y el Derecho

Aunque, en determinados sectores culturales, continúen mostrando pujanza las tendencias ideológicas que tratan de aislar el Derecho de la realidad social, nos hallamos en una etapa en que es ya irreversible el casi unánime reconocimiento de su interacción dialéctica. Así en un reciente trabajo, del profesor Rodríguez-Arias Bustamante titulado «Derecho y cambio social», no obstante abordar el tema desde la óptica del jurista tradicional, sostiene la necesidad de que el Derecho cumpla una función coadyuvante del cambio social.

Tal concepción es compartida por Díez Picazo al estimar que «El estudio del Derecho como fenómeno social o sociológico se impone hoy sin restricción alguna, se trata de averiguar cómo suceden las cosas en la realidad y de estudiar al mismo tiempo las causas profundas de la realización entre sociedad y orden jurídico⁸¹»

Ahora bien, el estudio que Díez Picazo propugna carecería de operatividad si lo realizásemos –como se ha venido haciendo generalmente– desde una perspectiva formal que, manteniéndose en un nivel meramente descriptivo de las relaciones jurídicas, fuese incapaz de conexas dialécticamente con la estructura socio-histórica que constituye su fundamento.

Algunos juristas han interpretado esta clásica formulación de la relación Derecho-Sociedad como la expresión de un mero determinismo económico. De ahí la subestimación del Derecho que se ha dado en determinados partidarios del socialismo científico y la tendencia a considerarle casi exclusivamente como un instrumento coercitivo e ideológico – por otra parte muy eficaz– para reforzar el consenso necesario para el mantenimiento del «statu-quo» social. En determinadas situaciones históricas, en que hacen crisis las relaciones de producción anteriores y comienzan a configurarse otras más aptas para satisfacer las nuevas necesidades que la sociedad se plantea, esa subestimación del Derecho alcanza también su culminación.

⁸⁰ “La sociología del derecho”. [en línea]. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/sociolog%C3%ADa-del-derecho/sociolog%C3%ADa-del-derecho.htm> Consultado el 20 de Octubre de 2015.

⁸¹ DÍEZ PICAZO, Luis, “*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*”, Madrid, 1973, pág. 24

Aunque esa «mala conciencia» jurídica –producto del complejo de culpabilidad de los juristas progresistas por la función que el Derecho ha desempeñado al servicio de las clases dominantes– se ha situado después en una perspectiva más objetiva, no por ello debe renunciarse al estudio del problema básico que suscita la relación Derecho-Sociedad: la función del Derecho en el cambio social.

3.3.1.- Derecho y cambio social.

Generalmente se ha tendido a situar en un primer plano del análisis la repercusión que las transformaciones sociales suscitan en el ordenamiento jurídico de un estado determinado. Transformaciones que habitualmente sólo se estudian en una perspectiva cuantitativa y con la metodología estadística preferentemente de la sociología empírica anglosajona.

Sin embargo, se trata de analizar la función que el Derecho puede desempeñar en el cambio social evolutivo y en el revolucionario. Pero, a su vez, esa función puede ser doble: 1) Como estabilizador o justificación «a posteriori» del cambio social efectuado. 2) Como instrumento propulsor o coadyuvante del propio cambio social en el momento en el que se efectúa la transformación, que posteriormente se consolida en nuevas relaciones sociales. Con finalidades de clarificación, tan compleja problemática podría esquematizarse así:

-En el Derecho repercuten los cambios sociales. Gradual e indirectamente, si se trata de cambios evolutivos. Directa y radicalmente cuando el cambio social reviste carácter revolucionario.

-El Derecho contribuye al cambio social progresivo al consolidar jurídicamente las modificaciones que en las instituciones, concepciones y costumbres de la sociedad se han venido produciendo durante todo un periodo histórico. Tales modificaciones adolecen de inestabilidad hasta que se obtiene su consagración jurídica.

-Aunque existen experiencias tan impresionantes como la proporcionada por la Ley de Prohibición de bebidas alcohólicas («Ley Seca») de los EE.UU., que demuestran las limitaciones a que está sometido el legislador en su función de innovador de las costumbres sociales, no por ello deben subestimarse los datos disponibles acerca de la función educativa que las leyes progresivas ejercen sobre la población.

-La Historia ofrece también ejemplos de una utilización regresiva del Derecho. Desde Dracón a Pinochet, se ha dado una amplia gama de leyes contrarrevolucionarias. Sin embargo, en general, la propia praxis histórica ha demostrado su ineficacia frente a las aspiraciones al cambio social que respondían a causas objetivas ya maduras.

-El Derecho constituye un instrumento eficacísimo para la promoción del cambio social en

los procesos revolucionarios. Siempre, claro está, que la clase revolucionaria se haya hecho previamente con el poder político. Y no sólo –como se ha considerado por quienes se han quedado en la epidermis de estos fenómenos– como instrumento jurídico consolidador de las nuevas relaciones sociales sino también en sus función genuinamente revolucionaria de transformador radical de la anterior base económico-social. En tal proceso revolucionario – que puede abarcar un periodo histórico más o menos prolongado– deben distinguirse dos fases netamente delimitadas:

- 1) La imposición de la hegemonía de la nueva clase o bloque emergente mediante la conquista del poder político. Se caracteriza por constituir una revolución política en la terminología de la ciencia política contemporánea.
- 2) El proceso, más o menos prolongado, en el que tiene lugar las transformaciones radicales en la estructura de las relaciones de producción. Se caracteriza por constituir una revolución económico-social, o revolución social en sentido estricto.

La función revolucionaria del Derecho se desarrolla plenamente una vez finalizada la primera fase y antes de que acaba la segunda.

3.3.2.- Derecho y revolución.

La función revolucionaria del Derecho halló precisa expresión en las leyes promulgadas por la Convención revolucionaria francesa que entregaron la tierra a los campesinos y abolieron las trabas feudales al desarrollo de las fuerzas productivas; en los Decretos del nuevo régimen soviético promulgando la reforma agraria, la nacionalización de la gran industria, etc., y estableciendo el monopolio estatal del Comercio Exterior. O, más recientemente en las leyes promulgadas por el Gobierno cubano del Doctor Fidel Castro.

Sin embargo, no se debe incurrir al señalar la función revolucionaria del Derecho en la concepción superestructuralista tradicional que considera al Derecho como un factor independiente de su origen social y capaz de determinar por sí mismo la regulación de las relaciones sociales. Por el contrario se deben dejar netamente establecidos los límites de la evolución de las superestructuras, al atenerse a los dos principios enunciados por Marx en su «Crítica de la Economía Política».

- 1) Una formación social no desaparece nunca antes de que se desarrollen todas las fuerzas productivas que puede contener.
- 2) La Humanidad sólo se plantea los problemas que puede resolver, pues si se examinan más de cerca se verá siempre que el problema no se da más que donde las condiciones para

resolverlo existen ya o, al menos están en vías de aparecer.

Así se precisa que los conjuntos de las superestructuras evolucionan en relación a la base, de la que son «reflejo», a condición de que el movimiento ideológico no sea una elucubración individual o una reforma política que se resolvería entre personajes dirigentes. El cambio social no se produce – o será meramente coyuntural– a menos que responda a auténticas necesidades de la estructura social. En definitiva, el Derecho puede cumplir una importante función revolucionaria –en determinadas situaciones históricas–, pero sólo dentro de los límites en que se mueve la autonomía relativa de la superestructura de una formación social.

3.3.3.- Uso alternativo del Derecho.

En una perspectiva más directamente política es obvio que si el Derecho no puede sustituir a la revolución, como sujeto activo del cambio social radical, tampoco puede afirmarse convincentemente que la revolución sea factible en todo lugar y momento. Se hace, en consecuencia, necesario contribuir a la dinamización de la sociedad por otros medios, entre ellos, asimismo, desempeñan una función importante las reformas sociales promulgadas legislativamente. De esta necesidad ha surgido precisamente uno de los impulsos que ha originado el movimiento por un uso alternativo del Derecho.

Su proceso de decantación no ha sido fácil. Según el juez P. A. Ibáñez, en su ponencia «Para una práctica jurídica alternativa» presentado en el Seminario de la Universidad de Granada sobre uso alternativo del Derecho... «El uso alternativo del Derecho supone algo así como un empeño de reconvertir políticamente los instrumentos jurídicos a una orientación progresiva, de modo que puedan ser actualizados con factor de cambio social. Un esfuerzo por ampliar los posibles espacios democráticos del ordenamiento jurídica, esfuerzo en el que, dentro de un común denominador que viene dado por el punto de vista del materialismo histórico, concurren orientaciones de una cierta diversidad, lo que, unido a la diversidad también de las disciplinas y técnicas jurídicas sobre que es susceptible de proyectarse, hace que el tema sea en principio inabarcable».

Una primera dificultad proviene del problema de la teorización de la interpretación de clase del Derecho burgués. Por ahora los estudios marxistas del Derecho se han limitado, generalmente, a precisar su carácter de clase. Humberto Cerroni propugna la resolución de un problema mucho más complejo: demostrar que existe clasismo aun donde ninguna ventaja se presenta sancionada por condiciones desiguales. Así lo propugnaba ya Marx, en su «Crítica al Programa de Gotha», al señalar que el Derecho constituye un tratamiento igual de condiciones desiguales. Profundizando en esta premisa se comprueba que el Derecho

«clasista» es, ante todo, un Derecho formal y que, además, un tratamiento formalmente igual de condiciones individuales desiguales es sólo posible cuando todas las condiciones subjetivas han llegado a ser «individuales», han sido «atomizadas». Ahora bien, esa atomización ha sido realizada en interés de la clase dominante y debe ser recompuesta en beneficio de las clases subalternas.

Tal recomposición debe ser realizada profundizando en la perspectiva abierta por las nuevas formas de asociación ciudadana surgida de al iniciativa popular. Con ello nos situaríamos en la línea de las modernas concepciones autogestionarias que abren fecundas posibilidades a renovadas formas de organización social. No obstante, el problema básico es el de suscitar el interrogante de si es posible (y hasta qué límites) una explicación organizada del sistema jurídico, en forma de transparentar no sólo su naturaleza clásica, sino la posibilidad de un nuevo uso alternativo del Derecho. Según Cerroni la respuesta debe eludir el recurso al elemento volitivo o político para centrarse en la explicación histórico-económica de las instituciones jurídicas⁸²

Por otra parte, las condiciones generales de las que ha emergido la teoría jurídica alternativista pueden diferir si se trata de Estados fascistas, o autoritarios, en los que se había degradado la actividad jurisdiccional ordinaria. Se produce entonces la natural reacción de los juristas que, pretendiendo ser coherente con la función que formalmente les atribuye el ordenamiento jurídico, den lugar a la formación de movimientos en defensa del Estado de Derecho. En ese sentido ha sido muy significativo el movimiento español denominado Justicia Democrática y que, según expresa uno de sus fundadores «... Enfrentándose a esta angustiosa realidad, algunos jueces, espontánea, intuitivamente, comenzaron a hacer uso de lo que, después ha sido formulado, científicamente, como la teoría del uso alternativo del Derecho. Profundizaban en la norma, en función de la totalidad del ordenamiento, hasta encontrar la alternativa democrática del caso concreto⁸³»

En un sentido más global serían dos las líneas fundamentales de una construcción alternativa del Derecho: la socialización de la propiedad privada y la socialización del poder. De ellas, a su vez, se desprenden múltiples articulaciones alternativas que será preciso estudiar sucesivamente. En ese estudio debe mantenerse constantemente la perspectiva de avanzar hacia una gradual restricción de la estructura de la propiedad privada de los medios de producción e intercambio y hacia la contextual apertura de nuevas estructuras caracterizadas

⁸² CERRONI, Umberto: *“El problema de la teorización de la interpretación de clase del Derecho burgués”*, n.º. 15 de Cuadernos de la Realidad Nacional. S. de Chile, 1972

⁸³ FERNÁNDEZ VIAJAS, Plácido: *“Qué es la Justicia Democrática”*. E. La Gaya Ciencia.

por el creciente control de los trabajadores-productores. Será preciso profundizar, ulteriormente, dentro de esta frondosa problemática en el doble ámbito de las diversas disciplinas jurídicas, consideradas desde el punto de vista teórico, y de su aplicación judicial en función de las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico. Todo ello constituye una compleja tarea que ofrece muy fecundas posibilidades para la labor de los juristas progresistas.⁸⁴

3.4.- Cambio social y cambio legislativo

Como se ha visto en el punto anterior, el derecho es un producto cultural en el que se reflejan las tendencias que señalan las líneas de evolución de un grupo social. El derecho no es ajeno a los cambios que esa evolución trae aparejados y debe –para cumplir sus funciones– adecuarse a las nuevas situaciones, proporcionando criterios de solución de conflictos acordes con las particulares necesidades del momento histórico.

El tema del cambio social y el cambio legislativo presenta sumo interés, sobre todo en épocas, como la que nos toca vivir, de profundas alteraciones; es ello lo que ha determinado que los juristas dediquen sus reflexiones a este respecto.

El interrogante que debemos plantearnos es en qué medida, o de qué manera repercute –si es que lo hace– el cambio social sobre el orden jurídico–Pensamos que de una u otra manera, tarde o temprano, el cambio producido en las condiciones de vida de la comunidad incide sobre su sistema jurídico, provocando los necesarios ajustes.

DÍEZ PICAZO, al tratar este asunto, parte de la consideración de la naturaleza del ordenamiento jurídico; si creemos que las normas que integran el sistema son fruto de los mandatos u órdenes de los que gobiernan, pensaremos que el cambio social por sí solo no produce cambios jurídicos, pues será menester que se lleven a cabo primero los cambios políticos; si –por el contrario– entendemos que las normas son un sistema de solución de conflictos que se basa en el conjunto de creencias sobre lo que es justo, afirmaremos que el cambio social provoca la casi inmediata reacción de la "vida jurídica espontánea"⁸⁵, porque ese cambio modificará las creencias sobre lo que es justo en las nuevas circunstancias.

La relación “cambio social-cambio legislativo” no se manifiesta únicamente en la influencia del primero sobre el segundo: por el contrario, entre estos dos fenómenos hay una

⁸⁴ PRIETO LASO, José María: “*Función del derecho en el cambio social*”, Madrid, 1977, Revista de Argumentos nº 7, pp. 15-17

⁸⁵ DÍEZ PICAZO, Luis, “*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*”, Madrid, 1973, p. 307

interinfluencia. El cambio legislativo puede ser vehículo, o motor, del cambio social; pero cuando el legislador pretenda utilizar el ordenamiento jurídico para encauzar la realidad por nuevas sendas, deberá hacerlo con suma prudencia, para conseguir una modificación paulatina de la vida social.

Este es el mayor reto para el jurista y el legislador: actuar con prudencia para guiar a la humanidad por nuevas sendas. Y es preciso destacar que prudencia no es sinónimo de ritmo despacioso, ni de conservadorismo; muchas veces “lo prudente puede ser la audacia o la anticipación”⁸⁶. En la mayoría de los casos lo indicado será el cambio gradual que favorezca un proceso de adaptación y acostumbramiento paulatino, pero no desechamos la posibilidad de que en determinadas circunstancias lo prudente sea un cambio radical; esta actitud se impone cuando el ordenamiento jurídico ha quedado divorciado de la realidad social, y es necesario actualizarlo.

En cualquier caso, y en palabras del autor: “quien se enfrenta con la tarea de legislar, debe manejar una serie de ingredientes”.

3.4.1.- La tradición:

Al estudiar estos temas tropezamos con el inconveniente de que “tradición” y “costumbres” no suelen distinguirse con claridad y –sin embargo- es necesario diferenciarlas si se desea efectuar un análisis a fondo del problema.

Con frecuencia se toma a estos términos como sinónimos y se los usa indistintamente; pensamos que no hay tal sinonimia, aunque existe estrecha relación entre ambos conceptos. Más adelante nos ocuparemos de las definiciones que se han dado de la “costumbre” como fuente del Derecho, y como standard jurídico, que tipifican con bastante exactitud el concepto. En cambio, definir “tradición” parece algo más complicado. Quizá uno de los autores que logran más éxito en este intento es Angelesco, cuando expresa que “la tradición” es la resultante del accionar político, económico y jurídico de toda una nación”, producido a lo largo de la evolución histórica de esa comunidad.

El pasado histórico tiene fundamental importancia en la configuración de la idiosincrasia de un pueblo; y ya vimos cómo la consideración de las particularidades de un grupo social lleva al legislador a adoptar una vía de solución de conflictos y no otra. La tradición de una nación no es otra cosa que el resultado de ese pasado histórico consistente en un conjunto de necesidades, ideales, hechos jurídicos, en fin, todas las condiciones determinantes y los

⁸⁶ DÍEZ PICAZO, Luis, p. 304

productos culturales resultantes compartidos por una nación⁸⁷.

¿Cuál es, pues, la función de la tradición? La tradición actúa como amalgama, dando al grupo continuidad social⁸⁸; precisamente, este elemento de continuidad hace que entre una generación y las que le precedieron se manifieste una comunidad esencial, aun cuando las circunstancias hayan variado. La tradición actúa, pues, como una “memoria social”⁸⁹, que ejerce su fuerza cohesionante sobre las nuevas generaciones. De la actitud que cada generación asuma frente a la tradición dependerá la fisonomía de la época; así, la actitud puede ser de aceptación pacífica de todo lo heredado, y en esos tiempos el cambio será casi imperceptible. Puede ocurrir, en cambio, que las nuevas generaciones reaccionen contra lo heredado y pretendan modificarlo, para producir el necesario ajuste. Pensamos que aún es posible efectuar otra distinción dentro de la segunda de las hipótesis contempladas; se puede cambiar rescatando lo válido del pasado, de la tradición –ésta es una actitud positiva-, pero ese cambio histórico puede asumir la forma de una crisis cuando la generación pretende destruir lo heredado, para recién sobre las ruinas edificar algo nuevo, lo cual resulta ciertamente negativo.

De cualquier manera, como vemos, siempre hay una actitud hacia la tradición, y el legislador –como miembro de una generación- además de asumir personalmente una posición sobre el asunto, deberá tener siempre presente este factor en el momento de idear una norma. “Y, fundamentalmente, deberá ser consciente de que no puede desechar por completo la tradición del grupo, so pena de que las normas que dicte caigan en desuso.

3.4.2.- La costumbre

La costumbre es una de las formas de exteriorización de la tradición jurídica, tanto como standard jurídico⁹⁰, como cuando actúa como fuente del Derecho.

La función legislativa –en sentido amplio- exige que se atienda a las costumbres de la comunidad para la cual se dictan las normas.

La costumbre jurídica ha sido definida como “la observancia constante y uniforme de un comportamiento por los miembros de una comunidad social con la convicción de que responde a una necesidad jurídica”⁹¹; otros autores la definen como aquellas normas jurídicas

⁸⁷ ANGELESCO, Alexandre: “*La technique législative en matière de codification civile. Etude de Droit Comparé*”, París, 1930, p. 452

⁸⁸ POVIÑA, Alfredo: “*Sociología*”, Córdoba, 1966, p. 250

⁸⁹ *Ibidem*

⁹⁰ ANGELESCO, Alexandre: “*La technique législative en matière de codification civile. Etude de Droit Comparé*”, París, 1930, p. 35

⁹¹ LLAMBIAS, Jorge J: “*Tratado de Derecho civil. Parte General*”, Buenos Aires, 1973, p. 69

“no fijadas en ningún cuerpo legal que viven, en cambio, como proposiciones ideales dotadas de fuerza obligatoria actual en la conciencia de una sociedad que las acepta como formas de vida, ya por medio de un uso espontáneamente practicado, ya recibido de los órganos encargados de la aplicación del Derecho, principalmente de los tribunales⁹²”. Podríamos multiplicar casi hasta el infinito los conceptos; sin embargo, en general –aunque con sutiles matices- los autores coinciden con los dos transcriptos.

Mucho se ha discutido sobre la potencialidad de las costumbres como fuentes del Derecho, sin que se haya logrado acuerdo; para algunos la costumbre no puede crear normas jurídicas, salvo cuando la ley se refiere a ella; otros, en cambio, afirman que la costumbre es una de las más importantes fuentes productoras de Derecho. No es éste el momento de profundizar el tema, lo que nos importa sí es destacar que las costumbres de una comunidad influyen de manera efectiva en el comportamiento jurídico de sus integrantes –se les reconozca o no eficacia por parte del ordenamiento legal-.

Esta influencia real hace que el legislador al dictar las normas tenga que consultar las costumbres, puesto que si no las toma en cuenta, la realidad social, la vida jurídica espontánea, se sobrepondrá a las leyes que caerán en el olvido y serán reemplazadas por formas jurídicas vivas.

Además de esta intervención de las costumbres como fuente del Derecho, su importancia como estándar jurídico es relevante. En la mayoría de las legislaciones se hace referencia a las “buenas costumbres” como patrón o medida convencional de ciertas conductas.

Los estándar jurídicos o medida convencional de ciertas conductas.

Los standard jurídicos cumplen una función trascendente en el proceso de aplicación e interpretación del Derecho. Según Castán Tobeñas son instrumentos de la técnica jurídica que tienden a satisfacer las necesidades de “adaptabilidad del derecho a la vida y la consiguiente individualización de sus soluciones⁹³”.

A través del standar jurídico de las “buenas costumbres”, las formas de vida de la comunidad participarán indirectamente en la aplicación e interpretación del Derecho que la rige.

3.4.3.- La originalidad

Cabe preguntarse, antes de entrar al análisis de este factor, si es posible la originalidad de la materia jurídica. Desde tiempo inmemorial el hombre ha reflexionado sobre el Derecho, lo

⁹² LEGAZ, Luis y LACAMBRA, Luis: “*Filosofía del Derecho*”, Barcelona, 195, p. 327

⁹³ CASTAN TOBEÑAS, José: “*Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)*”, Reus, Madrid, 1947, p. 172

ha aplicado, lo ha modificado, lo ha interpretado, en fin, lo ha creado y lo ha vivido. ¿Podemos hablar en el siglo XX de originalidad en el Derecho? Algunos estarían tentados a contestar que no; pero a poco que pensemos la respuesta afirmativa se impone. Como ya dijimos en una oportunidad, si bien el valor Justicia, objetivo supremo del Derecho, es siempre “dar a cada uno lo suyo”, las circunstancias hacen que los caminos propicios para alcanzar esa meta sean distintos en todas las épocas; y no sólo serán diversos los senderos que nos conduzcan al objetivo, también variará el contenido de lo que considere justo. Así, lo que debe entenderse por “lo suyo” que a cada uno corresponde, no es lo mismo hoy que en 1869, ni lo será tampoco en el año 2000.

Los cambios en las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de una comunidad particular son los que hacen factible la originalidad en materia jurídica. Esta originalidad puede plasmarse tanto en el ámbito de la técnica o metodológica legislativa como en el del contenido de las normas.

Por el momento sólo nos interesa la originalidad en cuanto a la sustancia de las normas, porque allí se han de reflejar, o no, los cambios sociales. En la medida que las circunstancias impongan nuevas necesidades al cuerpo social, y en la medida en que el desarrollo de la comunidad cree nuevas formas de cultura, el legislador deberá poner a prueba su ingenio para encontrar fórmulas adecuadas para encuadrar jurídicamente siempre cambiantes. En ese proceso de adecuación podrá recurrir a dos vías: la creación de fórmulas totalmente originales, o bien la renovación de viejos moldes.

La originalidad en las fórmulas que se adoptan puede tener como fin: a) la “puesta al día” el orden jurídico, o b) una “previsión de futuro”.

Hacíamos referencia más arriba a la fuerte influencia que ejerciendo los cambios sociales sobre el ordenamiento jurídico, provocando cambios normativos que se llevan a cabo para lograr la adaptación a las cambiantes circunstancias. En tal caso podemos encontrar la originalidad, como “puesta al día” de las normas; quizá sea la hipótesis más común, ya que por lo general el legislador no se adelanta a los acontecimientos, sino que reacciona a “posteriori”.

Producidas las alteraciones en las condiciones de vida del grupo social, no pasará mucho tiempo sin que se haga sentir la necesidad de acomodar el marco jurídico a las nuevas situaciones, entonces el legislador procederá a efectuar el cambio normativo.

En el otro supuesto el proceso se presenta en sentido inverso: el legislador se anticipa a los hechos y crea los instrumentos jurídicos que serán necesarios más adelante. Esta actitud, en la que se pretende adelantarse a la Historia, previendo el futuro, puede traer como consecuencia que el cambio legislativo se convierta en vehículo del cambio social logrando

guiar o encauzar la evolución de la comunidad.

Sin duda que, para lograr éxito, el legislador debe poseer un agudo sentido de la perspectiva, que le permita anticipar los cursos de evolución social; para esto le será de gran ayuda el Derecho comparado, que le permitirá observar las tendencias que se manifiestan en otros pueblos de la misma civilización, en especial aquéllos en que el proceso de transformación ha avanzado con más rapidez.

Una joven rama del Derecho de la navegación, el Derecho espacial, presenta estos caracteres de originalidad como “previsión de futuro”. Los tratados firmados en el seno de las Naciones Unidas, sobre materias tales como soberanía sobre los cuerpos celestes, registro de vehículos espaciales, responsabilidad, etc., han brindado marco jurídico a los avances científicos que hoy son una realidad.

En otras ramas del Derecho es más usual que la originalidad se presente como “puesta al día”; sin embargo, también ha habido legisladores que han previsto la evolución de las necesidades del cuerpo social y han legislado para su época, pero con proyección al provenir.

3.4.4.- Factores que impiden o retardan el proceso de adaptación

Hemos visto hasta aquí cómo opera el cambio social sobre el ordenamiento jurídico y cuáles son los factores que debe tener en cuenta el legislador para lograr el equilibrio en su tarea de adecuación. Antes de cerrar este capítulo debemos hacer algunas referencias a los frenos que impiden o retrasan el proceso.

No es raro encontrar resistencias a los cambios legislativos; muchas veces un espíritu “conservador” pone frenos a la adecuación legislativa. ¿Cuáles son los fundamentos de esta postura reacia a las modificaciones del sistema normativo?

Dos argumentos se han esgrimido como justificantes; por un lado la seguridad jurídica; por el otro, la naturaleza permanente de algunas normas. Analicémoslos brevemente.

En lo que concierne a la seguridad jurídica, debemos destacar que este valor del plexo axiológico del Derecho “no reclama la quietud del orden jurídico”.

La seguridad jurídica es uno de los caminos que conducen a la realización del valor supremo Justicia. Alguna vez hemos dicho, refiriéndonos a la aparente contraposición entre “seguridad” y “equidad”, que ambos son valores subordinados, y que el legislador debe “dosificarlos, para lograr en definitiva –mediante su adecuada combinación- la Justicia”⁹⁴.

Entendemos a la seguridad como “una situación de estabilidad y certeza, creada por el

⁹⁴ DÍEZ PICAZO, Luis, “*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*”, Madrid, 1973, p. 304

ordenamiento jurídico, que garantiza a los individuos la aplicación objetiva de las normas que lo componen, para la protección de sus derechos, facilitando el desarrollo armónico de la persona”.

En aquella oportunidad no dedicamos mayor atención a la relación que existe entre la seguridad jurídica y el cambio social, pues nuestra mira estaba mirada en otro sentido. Esbozaremos aquí algunas reflexiones sobre el punto, reconociendo desde ya, que el tema merece un estudio más profundo.

En el concepto que brindamos de “seguridad jurídica”, como valor del plexo estimativo del Derecho, subyace nuestra idea respecto al punto que nos ocupa. Hacemos referencia a estabilidad y certeza, conceptos ambos no absolutos, que indican “la aspiración a la razonable previsibilidad de unos resultados”⁹⁵. Certeza o estabilidad no deben entenderse como factores de inmutabilidad.

Por otro lado, cuando nos referimos a las normas del ordenamiento lo hacemos en el sentido antes apuntado, de criterios de solución de conflictos, ajustados a las creencias que una comunidad concreta tenga sobre lo justo; son normas la costumbre y la jurisprudencia, y no sólo las disposiciones legales o normas-mandato. Como veíamos más arriba, los cambios sociales producen sin solución de continuidad los cambios en las creencias de la comunidad en punto a la Justicia.

Estos son, rápidamente esbozados, los fundamentos de nuestra posición sobre el tema. No pensamos que la seguridad jurídica sea óbice a la modificación y adecuación del sistema; por el contrario, la seguridad hará necesario ese procedimiento de acomodación toda vez que los datos empíricos contemplados por la norma se hayan alterado.

En lo que respecta al otro fundamento aducido como obstáculo para el cambio legislativo; es decir, la creencia de que existe un sistema de normas que son de la naturaleza del hombre, diremos sucintamente que la inalterabilidad de ese sistema no justifica la inmutabilidad de los distintos ordenamientos jurídicos concretos, que son distintos caminos creados por los hombres para lograr realizar imperfectamente las pretensiones de aquél. Adviértase –como lo hace Díez Picazo con acierto- que la historia de la Humanidad brinda innumerables ejemplos de que la creencia en un sistema de normas superior, más perfecto, más justo, ha sido factor de revoluciones y cambios, y no de inmutabilidad.

Debemos tener presente que los distintos ordenamientos jurídicos –los de ayer, los de hoy, los de futuro- solamente son modos de realización concreta del Derecho natural o, mejor dicho, de aquel sistema de objetivos, fines o valores abstractos, inmutables, perfectos. La

⁹⁵ *Ibidem*

aspiración de concretar en forma lo más exacta posible esas ideas inmutables, exige que día a día el ordenamiento jurídico de la comunidad se perfeccione, y uno de los elementos de perfección de un sistema jurídico radica en su adecuación a las circunstancias temporales y espaciales.

En países como el nuestro, en que la principal fuente del derecho es la ley, la actitud conservadora suele hacerse notoria sobre todo en los jueces, que se muestran renuentes a alterar por vía de interpretación los dispositivos legales. Sin embargo, lentamente la jurisprudencia va admitiendo algunas modificaciones, hasta que finalmente los cambios se imponen. Es lo que sucedió entre nosotros en materia de actualización de las deudas dinerarias.

En todas las épocas han existido y existirán oposiciones a los cambios, tanto sociales como jurídicos: la tarea del jurista y del legislador es advertir la necesidad de la modificación, y valorar en su justa medida los argumentos de los que con espíritu conservador, se opongan.⁹⁶

⁹⁶ Luis Moisset de Espannes. *“Cambio social y cambio legislativo”* Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1980-10010500124_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Cambio_social_y_cambio_legislativo Consultado el 25 de Octubre de 2015.

CONCLUSIONES

1.- El derecho tiene su origen en los hechos sociales. Es un producto de fuerzas reales, sea la resultante de fenómenos biológicos (Darwin, Gabineau), económicos (Marx), políticos (Gentile) o, en términos más genéricos, sociológicos (Durkheim). Por lo tanto, su evolución está necesariamente sometida a los cambios sociales.

2.- Hay que rechazar toda relación del derecho y el método con la psicología. No se trata de perspicacia psicológica ni de iluminación repentina, sino de comprensión racional de las motivaciones para los actos; no se trata de intuición, sino de "interpretación": entender el objetivo de los actos, la magnitud del propósito y la intención de la acción humana (Weber).

3.- El método jurídico tiene como objetivo último es dar sentido a la idea de sistema normativo para luego analizar las propiedades formales de tales sistemas: completitud, coherencia e independencia.

- Consiste en recoger un concepto inexacto y vago -que puede pertenecer al lenguaje ordinario o a una etapa preliminar en el desarrollo de un lenguaje científico- para luego transformarlo en un concepto exacto o, por lo menos, más exacto que el primitivo. En lugar de la transformación sería más correcto hablar aquí de la sustitución de un concepto más o menos vago por otro más riguroso.

4.- En la determinación de las normas de derecho, incluimos tanto a las más generales, o principios, como las de derecho positivo establecidas, sea por un legislador humano, o bien directamente por el pueblo por medio de costumbres.

5.- Distinguimos unos principios permanentes del derecho, en su esencia más general, que se obtienen con el saber común o con el filosófico. También otros principios jurídicos, propios de cada pueblo a través de la historia; que éste va forjando y adecuando, que conserva o que ve desvanecerse. Y por último, otros referidos a cada institución jurídica, o a un conjunto de instituciones de una determinada rama del derecho. Así se ha hablado de distinguir los principios del derecho civil y los del derecho mercantil; se han enumerado principios del derecho sucesorio; se han señalado principios que, aun afectando a varias distintas ramas del derecho o incluso a todas, vienen a crear determinados criterios inspiradores, como los de la buena fe, abuso del derecho, enriquecimiento injusto, de no ir

en contra de los actos propios, etc.

6.- Distinguimos una doble aplicación del derecho:

- Por una parte, como la realización de un silogismo, en el cual la ley es la premisa mayor y el hecho es la menor; y por otra, como una labor bastante más compleja, integrada por las tres operaciones siguientes: comprensión interpretación y aplicación que, sin embargo, son contempladas de diverso modo

- Por otra, la norma de derecho se considera como mandato, imperativo y coactivo.

7.- El derecho comparado pretende establecer una similitud entre las diferentes instituciones jurídicas de los países para obtener una nueva codificación del derecho.

8.- La sociología jurídica busca estudiar no sólo la influencia de los factores sociales sobre el derecho, sino también los efectos que el derecho ejerce a su vez, sobre esos fenómenos sociales.

BIBLIOGRAFÍA

ADOMEIT, K.: Introducción a la Teoría del Derecho. Lógica normativa. Teoría del método. Politología jurídica. - Trad. De E. Bacigalupe. - Madrid, Civitas, 1984.

ALEXY, R.: Teoría de la argumentación jurídica. - Trad. De M. Atienza e I. Espejo. - Madrid. CEC, 1989.

ALCHOURRON, Carlos E.: Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 2002.

ANGELESCO, Alexandre: *“La technique législative en matière de codification civile. Etude de Droit Comparé”*, París, 1930

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: “Manuales de Metodología Jurídica”, Madrid, 2004.

BRUSSIN, O.: La objetividad de la juris-dicción. - Trad. De E. Grazón Valdés. - Córdoba (Argentina), Univ. Nacional, 1966 - El pensamiento jurídico. - Trad. De J. Puig Brutau. - Buenos Aires, Ed. Europa-América, 1959.

CASCAJO CASTRO, José Luis, y GARCÍA ALVAREZ, Manuel, *Constituciones extranjeras contemporáneas*, Madrid, 1991

CASTAN TOBEÑAS, José: *“Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)”*, Reus, Madrid, 1947

COING, H.: Fundamentos de Filosofía del Derecho. - Trad. De la primera edición (1950) por J.M. Mauri. - Barcelona, Ariel, 1961.

CORBETTA, Piergiorgio: Metodología y Técnicas de investigación social, Madrid, 2003.

DIEZ PICAZO, Luis: “Experiencias jurídicas y Teoría del derecho”, Barcelona, 1973

ENGISCH, K.: La idea de la concreción en el Derecho y en la Ciencia jurídica actuales. - Estudio preliminar y trad. De J. J. Gil Cremades. - Pamplona, Univ. De navarra, 1968. - Introducción al pensamiento jurídico. - Trad. De E. Grazón Valdés. - Madrid, Guadarrama, 1967.

ENNECCERUS-NIPPERDEY: Tratado de Derecho Civil. Parte General. - Trad. De la 39ª. Edición alemana con estudios de comparación con la legislación española por Blas Pérez González y José Alguer, 3ª ed. Al cuidado de A. Hernández Moreno y Mª del Carmen Gete-Alonso. - Barcelona, Bosch, 1981.

ESSER, J.: Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado. - Trad. De E. Valentí. - Barcelona, Bosch, 1961. - La interpretación (Corresponde a una parte de la obra <<Vorverständnis und Methodenwahl>>. - Trad. De M. Rodríguez Molinero. -

Madrid, AFD, 1986.

GADAMER, H. G.: Verdad y Método. - Trad. De A. Agud. - Salamanca, Sígueme, 1977.

HENKEL, H: Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho. - Trad. De la 1ª. Ed. Alemana (1964) por E. Gimbernat. - Madrid, Taurus, 1968.

KAUFFMANN, A. - HASSEMER, W.: El pensamiento jurídico contemporáneo. - Trad. De varios autores bajo la dirección de G. Robles. - Madrid, Debate, 1992.

KELSEN, H.: Teoría pura del Derecho. Introducción al Derecho. - Trad. De la 1ª ed. (1936) por M. Nilve. - Buenos Aires, Eudeba, 1960. - Teoría pura del derecho. - Trad. De la 2ª ed. (1960) por J. Vernengo. - México, UNAM, 1979. - ¿Qué es la Teoría pura del Derecho? - Trad. De E. Garzón Valdés. - Córdoba (Argentina), Univ. Nacional, 1958.

KLUG, U.: Lógica jurídica. - Trad. De la 1ª ed. Por J. D. García Bacca. - Caracas, Sucre, 1961.

LARENZ, K: Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica. - Trad. De L. Díez Picazo. - Madrid, Cívitas, 1985 – Met – Metodología y Técnicas de investigación social, Madrid, 2003.

LEGAZ, Luis y LACAMBRA, Luis: *"Filosofía del Derecho"*, Barcelona, 195

LLAMBIAS, Jorge.J: *"Tratado de Derecho civil. Parte General"*, Buenos Aires, 1973

MERCHÁN FERNÁNDEZ, C.: Los ayuntamientos constitucionales en España (1876-1924), CDN, Ciencias de la Dirección, 1996.

POVIÑA, Alfredo: *"Sociología"*, Córdoba, 1966

RADBRUCH, G.: Filosofía del Derecho. - S. N. 2ª ed. - Madrid, Ed. Rev. De Derecho Privado, 1952. - Introducción a la filosofía del Derecho (Corresponde a la <<Vorschule der Rechtsphilosophie>>. Trad. De W. Roces. - México, FCE, 1951.

SAVIGNY, F.C.: Metodología Jurídica. - Trad. De J. J. Santa Pinter. - Buenos Aires, Depalma, 1979. - De la vocación de nuestro tiempo para la Legislación y la Ciencia del Derecho. - S. N. - Madrid, La España moderna, s.a. - (También incluida en) Thibaut y Savigny. La Codificación. Una controversia programática... Introducción y selección de textos de J. Stern. - Trad. De J. Díaz García. - Madrid, Aguilar, 1970. - El sistema del Derecho romano actual. - Trad. De M. Ch. Guenoux, con prólogo de M. Durán y Blas. - Madrid, Góngora y Cía., 1879.

STAMMLER, R.: Tratado de Filosofía del Derecho. - Trad. De W. Roces. - Madrid, Reus, 1930.

VIEHWEG, Th.: Tópica y Jurisprudencia. - Trad. De L. Díez Picazo. - Madrid, Taurus, 1962.

VILLEY MICHEL, "Le droit naturel et l'histoire, en Seize essais de Philosophie du Droit...", Paris, 1969

WIEACKER, F.: Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna. - Trad. De F. Fernández

Jardón. -Madrid, Aguilar, 1957.

WILHELM, W.: La Metodología jurídica en el siglo XIX. - Trad. De R. Bethmann. - Madrid, Edersa, 1980.

WOLF, E.: El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho. - Trad. De E. A. Vázquez.- Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962.

WEBGRAFÍA

“El derecho comparado” [en línea]. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-comparado/derecho-comparado.htm>. Consultado el 20 de Octubre de 2015

“La sociología del derecho” [en línea]. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/sociolog%C3%ADa-del-derecho/sociolog%C3%ADa-del-derecho.htm> Consultado el 20 de Octubre de 2015

Luis Moisset de Espannes. “*Cambio social y cambio legislativo*” [en línea]. Disponible en: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1980-10010500124 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Cambio social y cambio legislativo](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1980-10010500124_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Cambio_social_y_cambio_legislativo) Consultado el 20 de Octubre de 2015.