

# Práxis Académica y Método Jurídico\*

***Prof. Dr. J. Miguel Lobato Gómez***

*Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de León (España)*

*Profesor Visitante en la UFRGS (Brasil-RS)*

I. La solución de las antinomias, de los conflictos y de los problemas singulares en el estudio y la aplicación de las normas jurídicas se reconduce inevitablemente por el operador jurídico hacia uno o varios motivos centrales que garantizan la unidad de su trabajo intelectual. Estos motivos o criterios generales que orientan la actividad interpretativa podrán ser ignorados o plenamente conscientes, pero siempre estarán presentes en la actividad intelectual del jurista debido a la lógica espontánea que se deriva de la formación académica, de las influencias de los maestros o de las escuelas y, especialmente, de las lecturas y reflexiones personales. Por tanto, cuando existan antinomias, cuando un caso concreto ofrezca soluciones variadas y alternativas, o, cuando una institución sea susceptible de varias sistematizaciones conceptuales, por poner ejemplos muy claros, la elección no vendrá dictada por el capricho del interprete, sino por su orientación metodológica.

Consecuentemente, la exposición de los criterios metódicos a utilizar en la aproximación a las normas y en el estudio del ordenamiento jurídico debe de ser expresamente abordada, ya que constituye una reflexión imprescindible sobre los instrumentos y sobre los resultados, retrospectivos y programáticos, del propio trabajo de interpretación y aplicación del Derecho.

\* Conferencia pronunciada no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no mes de novembro de 2003, como parte das atividades da Disciplina: Metodologia do Ensino e do Trabalho Científico.

II. El punto de partida puede buscarse en el análisis del trabajo a desarrollar por el jurista para pasar de la esfera de los conceptos a la realidad social, en cuyo proceso intelectual, en una aproximación simplificadora, pueden individualizarse siguiendo a Natalino IRTI<sup>1</sup>:

a) los métodos de análisis y las operaciones interpretativas y constructivas, que representan la actividad material desarrollada por el operador jurídico para entender el sentido de normas singulares, para coordinarlas entre sí y para integrarlas dentro del sistema jurídico.

b) el método, que está constituido propiamente por el conjunto de criterios que orientan el desarrollo por el operador jurídico de las operaciones antes reseñadas.

c) la metodología que es la disciplina que enuncia y estudia los diferentes métodos, y que, por tanto, tiene por objeto el estudio y análisis de los criterios que orientan las operaciones de interpretación y sistematización.

III. Los métodos de análisis y las operaciones interpretativas y constructivas a que nos estamos refiriendo son amplísimas, y casi todas derivan de la especial naturaleza de su objeto: el ordenamiento jurídico positivo.

No hay que olvidar, sin embargo, que nos encontramos con un patrimonio heredado de anteriores generaciones, integrado por modos de discurrir, experiencias, técnicas, normas, principios y valores que requieren una actualización constante para seguir subsistiendo como Derecho vivo, y, a la inversa, que las nuevas experiencias, los nuevos principios, los nuevos preceptos legales y las nuevas normas producen a menudo una conmoción en el sistema de normas precedente, que requerirá una permanente adaptación de signo contrario a la anterior. Estos fenómenos, como apunta mi maestro, el Prof. José Luis DE LOS MOZOS<sup>2</sup>, nos ponen en contacto con la idea de fluidez del ordenamiento jurídico que exige, no sólo un proceso de constantes actualizaciones, sino de continuos retornos. De ahí la

<sup>1</sup> IRTI, N., *Scuole e figure del Diritto civile*, Milano, 1982, p. 10.

<sup>2</sup> DE LOS MOZOS, J.L., *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, pp. 169 y ss.

importancia del método histórico-dogmático para llenar los vacíos de sentido que se forman entorno a los conceptos jurídicos, cuando estos pierden toda conexión lógica y teleológica con la realidad social y las circunstancias que les vieron nacer. Todo esto da un sentido de continuidad en el proceso de evolución, una sucesiva acumulación de experiencias, que enriquece lo que se puede llamar el “progreso del Derecho”. Continuidad que facilita la absorción o el rechazo del *ius novum* por el sistema jurídico.

Hecha esta observación general, puede recordarse que las operaciones metodológicas fundamentales de la ciencia del Derecho se reconducen a las siguientes<sup>3</sup>:

1. Determinar, señalando su jerarquía interna, los principios y las ideas rectoras del orden jurídico. Prácticamente esta idea se manifiesta en la necesidad de formulación de los principios jurídicos generales, en su determinación, precisión, ordenación y clasificación, lo que es tarea concreta de las distintas ramas o ciencias especializadas del Derecho.

2. Determinar el material normativo aplicable. Tarea esta que se manifiesta en los siguientes aspectos:

a) Búsqueda y definición de las fuentes jurídicas, asunto que comprende el análisis de su enumeración y de su jerarquía, con independencia de que exista una expresa determinación del sistema de fuentes, como hace el artículo 1º del Código civil español al establecer que constituyen las fuentes del ordenamiento jurídico “la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”<sup>4</sup>, o de que exista un silencio legal sobre el particular.

b) Determinación del ámbito de aplicación y eficacia de cada tipo normativo (por ejemplo, Derecho general y Derecho particular, Derecho común y Derecho especial, sucesión de normas en el tiempo, etc.).

---

<sup>3</sup> DE LOS MOZOS, Metodología y ciencia., cit., pp. 171-171, siguiendo en lo fundamental DE CASTRO, F., Derecho Civil de España, Madrid, 1984 (reimpresión), pp. 490-491.

<sup>4</sup> Em parecido sentido puede mencionarse el artículo 4º de la Ley de Introducción al Código Civil Brasileño, que dispone: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

c) Averiguación del sentido de las normas jurídicas, es decir, de la *ratio legis*, mediante la técnica interpretativa que comprende las siguientes operaciones, o si se prefiere la utilización de los siguientes procedimientos o criterios: interpretación gramatical, lógico-material, lógico-sistemática, histórica y, sobre todo, finalista, pues la interpretación debe atender a la consecución de los fines sociales a los que la norma se dirige y a las exigencias del bien común. Asimismo, según requiere el actual artículo 3º del Código civil español, deber tenerse siempre en cuenta la realidad social del tiempo al que las normas han de ser aplicadas<sup>5</sup>.

d) Forma de aplicar las normas jurídicas, en la esfera de la autonomía privada, en la esfera administrativa y en la esfera judicial.

Se trata, por tanto, de comprender y de apreender las diversas operaciones y técnicas que permiten definir cuales son las fuentes formales y materiales a las que acudir en cada caso, que ayudan a identificar y elegir la norma o normas aplicables, que ofrecen subsidios para valorar las distintas soluciones materiales ofrecidas por cada una de ellas, y que hacen posible adoptar, llegado el caso, la decisión más apropiada para resolver el problema jurídico planteado.

3. Conocer y dar a conocer el ordenamiento jurídico en sus diversos grados: técnico, interpretativo y sistemático, donde entra en juego de un lado, el conocimiento teórico y pragmático de la realidad social, incluyendo aquellas técnicas interdisciplinarias que pueden ser útiles para ello y, por otro, las técnicas de expresión científica, como el lenguaje gramatical, el lenguaje jurídico y el lenguaje lógico. Siendo aquí donde entra en juego la lógica formal, la argumentación y la retórica jurídica, en sus diversas especies de razonamiento (inductivo, deductivo, analógico, reductivo, etc.), algunos de los cuales llegan a alcanzar cierta eficacia normativa (como el argumento *a fortiori*, el argumento analógico o *ad simile*, o el argumento *a contrario*).

<sup>5</sup> Debe advertirse que, como señala FREITAS, J., A interpretação sistemática do Direito, São Paulo, 1998 (2ª ed. revista e ampliada), p. 19, hablar de interpretación sistemática del Derecho es notar que "as fases exegéticas (literal, autêntica, histórica, gramatical, lógica, teleológica e outras) são apenas momentos de uma mesma atividade cognitiva, construtiva e relacional".

<sup>6</sup> ORESTANO, R., "Metodologia e Diritto", Diritto. Incontri e scontri, Bologna, 1981, p. 156.

Las consideraciones realizadas, en ningún caso, debe hacernos olvidar la primacía del criterio jurídico que habrá de encontrarse en los principios y en la concepción objetiva y realista del Derecho, basada en los datos de la experiencia y en la tradición jurídica. A ello ha de quedar supeditado todo procedimiento y toda operación metodológica encaminada a construir el sistema jurídico como meta final de toda especulación científica, ya que, el Derecho como ciencia, en su conjunto, o en sus diversas ramas, o en la mas mínima y elemental construcción técnica, no es más que un conjunto de conocimientos y de saberes, o un saber localizado, que tiene como finalidad última suministrar un punto de vista adecuado sobre la justicia.

IV. Por su parte, el estudio de la metodología, esto es de la "teorización de la estructura interna y de las aplicaciones de un conjunto de proposiciones fundamentales constituidas por la concepción del Derecho de la que se parte"<sup>6</sup>, aparece imprescindible para ayudar a configurar la propia actitud metódica. La importancia de la investigación histórica sobre el método jurídico es notoria. Además de enunciar las constantes relaciones entre ciencia e historia del Derecho, permite redescubrir permanentemente la continuidad existente en el ámbito del estudio del Ordenamiento jurídico, continuidad que no es, evidentemente, una perezosa fidelidad a las elecciones tradicionales, sino un diálogo con el pasado para profundizar en las razones del presente, enriqueciendo el problema metodológico con la dimensión temporal que pone de relieve la permanente unidad de su objeto.

En este orden de cosas, la historia de las teorías sobre el método jurídico se configura como uno de los momentos fundamentales del discurso metodológico, el cual permite trazar las líneas del trabajo futuro a través de un proceso de crítica y selección de las distintas opciones<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Una completa reseña de las corrientes metodológicas relevantes puede verse en LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1980 (trad. esp.). Pueden consultarse igualmente HERNANDEZ HIL, A., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Madrid, 1971-1972, 3 vols, ahora en *Obras Completas*, T. V, Madrid, 1988; DE LOS MOZOS, *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, cit.; y VALLET, J.B., *Metodología jurídica*, Madrid, 1988.

Aunque no pueden olvidarse aquí, de ningún modo, las fundamentales aportaciones metodológicas de la *jurisprudentia* romana de la época clásica, que a través de la conexión de problemas logró construir un sistema jurídico tan interesante como el de la *Instituta* de GAYO<sup>8</sup>; del *mos italicus* de los Glosadores y los Postglosadores; del *mos gallicus* del Humanismo, que introdujo en los estudios jurídicos el método histórico y los avances de la filología<sup>9</sup>; y, de la escuela racionalista del Derecho natural, que tiende a introducir en la ciencia del Derecho positivo el método filosófico racionalista, esto es, un método deductivo compuesto por categorías interconectadas lógicamente, que da lugar a un sistema axiomático, construido, según suele decirse, *more geométrico*.

La moderna historia del método se caracteriza, a grandes rasgos, por la irresistible ascensión, a partir sobre todo de la publicación del *Code civil* francés, del positivismo legalista de la llamada Escuela de la Exégesis, cuyo método se basa en el análisis atento de la ley y en el uso de la lógica formal y deductiva en la aplicación de la norma al caso concreto, y por la crisis que éste sufre hacia finales del s. XIX; por el brillante surgimiento y expansión del positivismo científico apoyado en el método sistemático o dogmático<sup>10</sup> que introduce la ciencia jurídica alemana del siglo XIX, especialmente SAVIGNY, IHERING y WINDSCHEID<sup>11</sup>, y que ha llegado a tener una completa realización como tratamiento científico del Derecho; y, por último, la proliferación de orientaciones metodológicas surgidas en el siglo XX, que han

<sup>8</sup> Vid. KASER, M., *El método de los juristas romanos*, Valladolid, 1965 (trad. esp.), pp. 15 y ss.

<sup>9</sup> DE LOS MOZOS, "Humanismo y *mos gallicus* en la Escuela de Salamanca", *Metodología*, cit., pp. 281 y ss.

<sup>10</sup> El término "método dogmático" se utiliza en este trabajo deliberadamente como sinónimo del método expositivo que, en contraposición al exegético, organiza los estudios jurídicos en torno a principios doctrinales comunmente admitidos por la ciencia del Derecho y no al orden y estructura de los códigos.

<sup>11</sup> Cfr. HERNANDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, T. III, cit., p. 158, que describe sus aportaciones con estas expresivas palabras: "Si Savigny es el fundador de la dogmática del Derecho común, Windscheid la remata con broche de oro. Si Ihering es el fundador del método que propugna la hegemonía de los conceptos para terminar retractándose, Windscheid es el realizador perfecto del mismo."

abierto un amplio proceso de replanteamiento y renovación del saber acerca del Derecho y del conocimiento jurídico, y han ido a desembocar en lo que, sin intención peyorativa, puede calificarse de una crisis de método, aunque sugiere indudablemente unas perspectivas de renovación y transformación del pensamiento y de la ciencia jurídica<sup>12</sup>.

V. Hechas estas precisiones básicas pero imprescindibles sobre las aportaciones más importantes desarrolladas a lo largo de la historia sobre el método jurídico, la opción metodológica que aquí se propone, y se asume a efectos prácticos, responde al concepto de ordenamiento jurídico como un todo, como un sistema al que son inmanentes las ideas de unidad y de orden interno<sup>13</sup>, ya que el problema del objeto y el problema del método están mutua e íntimamente implicados y no es posible establecer claramente una prioridad lógica entre ellos. El objeto conforma los modos y procedimientos de análisis, y esto, a su vez, delimita y circunscribe la materia de estudio. Congruentemente la elección personal del método, como no podría ser de otro modo para un estudioso del Derecho civil, va a ser la misma que fue asumida de forma generalizada desde finales del s. XIX, es decir, el método sistemático o dogmático al que responde el modelo cognoscitivo de la ciencia jurídica tradicional<sup>14</sup>, y que pese a todo no ha podido ser abandonado, sino que se ha hecho solamente más elástico y flexible, más dúctil y sensible. Método este que implica, de una parte, el reconocimiento y aceptación de la existencia de un sistema racional y ordenado compuesto por una serie de categorías abiertas a los nuevos datos de la realidad, especialmente a aquella parte de la misma que se asoma en la Jurisprudencia. De otra, la utilización de unas técnicas constructivas que escapan de la pura lógica formal, deductiva o inductiva, capaces de asimilar los datos que nos

---

<sup>12</sup> HERNANDEZ GIL, A., *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Madrid, 1981, pp. 87 y ss.

<sup>13</sup> CANARIS, C-W., *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa, 1989 (trad. port.), pp. 12 y ss.

<sup>14</sup> Para una descripción y caracterización de la misma vid. HERNANDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, cit., pp. 23 y ss.

proporcionan las disciplinas auxiliares, especialmente, la historia del Derecho y el Derecho comparado, pues son ellas quienes permiten abrir el horizonte de la reflexión científica; técnicas que se deben caracterizar por una cierta flexibilidad que cuente con la ayuda de la hermenéutica, de la retórica, del pensamiento problemático, de la epistemología, de la argumentación tópica y de la valoración axiológica. Se trata, en fin, de una construcción realista del Derecho, que asume las condiciones impuestas por la tradición histórica, y que pretende dar respuesta a las complejas exigencias del momento presente y, en lo posible, a las perspectivas de una evolución futura.

Es decir, no parece oportuno el abandono o la sustitución del método dogmático o sistemático, sino que debe buscarse su enriquecimiento, profundizando y remeditando las distintas contribuciones del pensamiento jurídico contemporáneo sobre el particular. Por mucho que se haya avanzado en la reflexión teórica sobre la interpretación y la aplicación del Derecho, todavía el jurista se enfrenta al ordenamiento jurídico con el prisma de la misma tradición técnica: el mismo lenguaje, el mismo empleo de conceptos y de categorías básicas, es lo que, en definitiva, permite entenderse en la resolución de los conflictos, la transmisión de los conocimientos y el resultado de las investigaciones jurídicas<sup>15</sup>. Pero tampoco debe olvidarse que es una tradición que se renueva cada día, que las nuevas realidades le dan lentamente nuevas dimensiones, que es capaz de abandonar categorías inútiles, o, si llega el caso, de retomar antiguas ideas y formas de razonar completamente renovadas, y que siempre se enriquece con más y mejores conocimientos e instrumentos técnicos.

---

<sup>15</sup> No debe olvidarse que, como señala R. BERCOVITZ en su prólogo al Código civil español, Técnos, Madrid, 1981, p. 31, los códigos son los herederos "de toda la dogmática jurídica que, procedente del Derecho común, fue trasvasada al Derecho moderno precisamente a través de los textos codificados y, por ello, ha sido y ja seguido siendo la base del razonamiento y de las construcciones jurídicas. En sus artículos se encuentran encarnadas ejemplarmente la mayor parte de los dogmas, figuras, técnicas y conceptos, fruto de la tradición y de la doctrina, que constituyen el acervo común de los juristas"

VI. Tres parecen las vías más adecuadas para la flexibilización del método dogmático tradicional sin necesidad de apartarse de una aproximación sistemática al ordenamiento jurídico: el “retorno a la exégesis”<sup>16</sup>, la interacción de la tópica con el método dogmático<sup>17</sup> y la permanente recuperación de la perspectiva axiológica.

Se podrá decir que una opción como ésta, fundamentalmente ecléctica y plural, no es aceptable por falta de rigor y de pureza metodológica. Sin embargo es la única que permite enfrentar las permanentes rupturas y quiebras de un ordenamiento jurídico al que frecuentemente se incorporan normas desprovistas de sus caracteres fundamentales de racionalidad y de generalidad, que muchas veces no tienen su origen, ni en los valores superiores del ordenamiento jurídico, ni en la *autoritas* del legislador en cuanto manifestación del *consensus civium* que traduce la realización jurídica de los ideales de convivencia ciudadana, sino que presuponen acuerdos de las distintas fuerzas sociales organizadas (“aparato” de los partidos políticos, sindicatos, grupos de presión, campañas publicitarias y de imagen, etc) que el Estado asume como propios e impone a través del *imperium*<sup>18</sup>; normas también provisionales, desprovistas de cualquier pretensión de permanencia y perdurabilidad, pues al ser dictadas en beneficio de clases o concretos grupos de interés, se suceden rápida y arbitrariamente, ofreciendo soluciones dispares y a veces contradictorias, a situaciones y a problemas idénticos, en atención a la capacidad de influencia y de presión de los destinatarios de las

<sup>16</sup> Vid. particularmente IRTI, “La proposta della neo-esegesi”, *Scuole e figure.*, cit., pp. I y ss; L’età della decodificazione, Milano, 1986 (2ª ed), pp. 187 y ss., así como las observaciones de GROSSI, P., “Interpretazione ed esegesi”, *Riv. Dir. Civ.*, 1989, pp. 197 y ss.

<sup>17</sup> CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., pp. 269 y ss; MENGONI, L., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pp. 11 y ss.

<sup>18</sup> Vid. DE LOS MOZOS, J.L., *Derecho civil (método, sistemas y categorías jurídicas)*, Madrid, 1988. Debe recordarse que actualmente muchas normas positivas tienden a ser expresión concreta de intereses de grupo o de clase que se hacen valer a través de las “influencias” políticas o, si es el caso, mediante demostraciones de fuerza en la calle. A lo sumo, y en el mejor de los casos, muchas normas jurídicas son usadas como instrumentos de ingeniería social que el Estado utiliza en la búsqueda de la eficiencia, del bienestar social o para actuar en concreto la “justicia social”

mismas, o en el mejor de los casos, a los intereses de los grupos que detentan en cada momento el poder político. Asistimos, por tanto, al renacimiento del particularismo jurídico en el que las normas han sufrido un cambio de función y de naturaleza respecto del Derecho codificado que no puede ser olvidado por los nuevos abordajes metodológicos.

Por otra parte, esta aproximación pluralista en el enfoque metodológico propuesto que nace de la praxis, de la necesidad de enfrentar y resolver, en el trabajo diario con las normas jurídicas positivas, múltiples contradicciones y numerosas antinomías, no es ajena los valores de la cultura y del Derecho postmoderno. En efecto, ERIC JAYME, Doctor *honoris causa* por esta Universidad, ha identificado el “pluralismo” (*Pluralismus*), tanto pluralismo de formas como de estilos, como uno de los valores del mundo postmoderno, pues el saber postmoderno tiene la virtud de desarrollar nuestra sensibilidad ante las diferencias y “refuerza nuestra capacidad de soportar lo inconmensurable, lo inconcilliable”<sup>19</sup>.

VII. De una parte, Ph. REMY<sup>20</sup> ha puesto de relieve con gran brillantez, que la conocida imagen tradicional de la llamada Escuela de la Exégesis (culto al texto legal, fetichismo por la *voluntas legislatoris*, acentuación de la interpretación gramatical, apología del Derecho vigente, abstracción de la realidad, etc.), largamente criticada, no se corresponde exactamente a la realidad. En lo concerniente al método, este autor ha demostrado que el culto a la ley, y sus secuelas, es inexacto e irreal si se examinan a fondo las obras de los exegetas, ya que se puede advertir en ellas, tras la sistemática externa del comentario artículo por artículo, un importante cuerpo de doctrina bien organizado en su sistema interno. Efectivamente, como resume DE

---

<sup>19</sup> JAYME, E., “Visões para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado”, Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, UFRGS, Vol. I, Num I, Março, 2003, p. 73, citando a LYOTARD, La condition postmoderne, Paris, 1979..  
<sup>20</sup> Cfr. REMY, Ph., “Eloge de l’exégèse”, Droits. Revue française de théorie juridique, 1985, pp. 115 y ss.

LOS MOZOS<sup>21</sup>, todos ellos parecen operar de la misma manera, en dos niveles distintos: en un primer escalón van de la regla a las cuestiones, para preguntarse, en cada una de ellas, *quid iuris?* En un segundo escalón van de la regla al sistema, teniendo en cuenta que la regla no es más que la solución legislativa de un caso de una generalidad variable, de donde el interprete debe deducir, en un ordenamiento coherente de soluciones, los demás componentes del sistema jurídico.

Por otra parte, el "retorno a la exégesis" como primera fase para la reconstrucción del sistema es una necesidad histórica impuesta por la imparable irrupción de la legislación especial<sup>22</sup>, por la necesidad de interpretar y comprender núcleos de normas extraños a la lógica de los Códigos. No se trata, por tanto, de escoger entre exégesis o no exégesis, sino entre entender o no entender la inmensa muchedumbre de las leyes especiales destinada a regular distintos aspectos de las relaciones jurídicas, leyes que responden a una lógica y que poseen un lenguaje y una nomenclatura propios y completamente ajenos a los que inspiraron la Codificación, leyes, en fin, que exigen nuevos abordajes y nuevos procedimientos interpretativos, y que no permiten un recurso fácil al sistema para resolver las frecuentes antinomias que crean. Este retorno a la exégesis, será, por tanto, el modo de fundamentar la concreción del propio trabajo intelectual mediante la lectura atenta y cotidiana que exige la inparable multiplicación de las leyes especiales.

Ahora bien, este "retorno a la exégesis" no significa, de modo alguno, una renuncia al método sistemático y a la vocación constructiva, sino una expansión del mismo mediante su relación constante con la realidad normativa, con la paciente y asidua lectura de los nuevos textos legales<sup>23</sup>. Por eso, una seria construcción sistemática que responda a

<sup>21</sup> DE LOS MOZOS, "Metodología o epistemología jurídicas: reflexiones en la encrucijada", Derecho civil (método, sistemas y categorías jurídicas), cit., pp. 30-31. Vid. igualmente ATIAS, Ch., Epistémologie juridique, Paris, 1985, pp. 47 y ss.

<sup>22</sup> SCHLESINGER, P., "Il tramonto del Codice civile", Riv. Dir. Civ., 1980, I, p. 81, califica a la legislación actual muy gráficamente de "inundante, torrencial y elefantíaca"

<sup>23</sup> IRTI, "La proposta della neo-esegesi", cit., pp. VIII y XX.; CIAN, G., "Il Diritto civile come Diritto privato comune", Riv. Dir. Civ., 1989, p. 6.

la tarea de definir los principios generales del Derecho y recomponer la unidad lógica de los distintos institutos jurídicos, no puede no ser positiva, materializada por la norma y edificada sobre el sólido terreno de la exégesis. Así el método dogmático viene restituido a sus raíces exegéticas, coadyuvado, de vez en cuando, por el contraste de los textos legislativos y las decisiones judiciales.

VIII. Por otra parte, el conocimiento problemático descansa sobre una vinculación de conceptos y de proposiciones al problema concreto que intenta evitar cualquier implicación que trascienda a éste. Supone, en una primera fase, una precomprensión de los términos del problema y del marco general en el que se plantea. En una segunda fase, se traduce en la búsqueda de alternativas o respuestas al problema, mediante la descripción de los modos habituales de actuar la práctica jurídica ante él. En una tercera, supone la búsqueda de una solución o respuesta al mismo, a través de la elección de una de las alternativas que ofrece la *praxis* jurídica. Desde este punto de vista, la tópica constituye una técnica de pensamiento caracterizada por orientarse al problema o una "técnica del pensamiento problemático"<sup>24</sup>. Su punto de arranque es siempre un problema concreto, una situación de la vida real, un estado de cosas que configura lo que VIEHWEG llama una "aporía" (una cuestión acuciante e ineludible, respecto de la que no está marcado el camino de salida, pero que no se puede soslayar), y lo que la tópica pretende es buscar orientaciones e indicaciones para solucionar el problema, para darle una salida.

Pues bien, cuando a efectos de su solución el problema se sitúa en el sistema jurídico a través de una auténtica "conexión de problemas", el Derecho recupera su significado de ciencia práctica. Y así, la interacción entre tópica y dogmática, entre pensamiento problemático y pensamiento sistemático si se prefiere, conduce a la idea de una dogmática flexible o, mejor, de un punto de equilibrio entre

<sup>24</sup> VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1963 (trad. esp.), p. 49. Sobre la tópica en este autor puede verse el completo estudio de GARCIA AMADO, J.A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, 1988, pp. 75 y ss.

<sup>25</sup> Cfr. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, cit., p. 97

las dos tesis en que se condensan los polos sobre el método jurídico: “el pensamiento jurídico es tópico”<sup>25</sup>; y, “la ciencia jurídica es sistemática o no es”<sup>26</sup>.

Estos dos polos no sólo no se excluyen recíprocamente, y son mayoría los autores que entienden que pensamiento problemático y pensamiento sistemático son compatibles, que se complementan y que es legítima y necesaria la presencia de uno y otro en el trabajo con el Derecho<sup>27</sup>, sino que integran la relación constitutiva que subsiste entre hermenéutica y dogmática jurídica, ya que el método de pensamiento tópico o problemático está abierto a todos los puntos de vista que definen el contenido de los problemas que crea la concreción del Derecho, y constituye una vía inigualable para superar la separación entre concepto y realidad<sup>28</sup>. En consecuencia devuelve al lugar de la teoría y de la pura técnica jurídica, entendida como aplicación de conocimientos científicos, el más amplio concepto de “praxis”, que comprende, incluso, la justificación valorativa de las decisiones<sup>29</sup>.

IX. Además, tal como destaca el profesor PERLINGIERI<sup>30</sup>, no puede ser desestimada la influencia de los valores y de la realidad social en la conformación del orden normativo, al contrario, debe tenerse en cuenta la recíproca influencia existente entre los valores sociales, políticos y económicos, y los aspectos puramente normativos, pues aunque los preceptos jurídicos operan un inevitable proceso de

<sup>26</sup> WOLFF, M., Typen in Recht und in der Rechtswissenschaft, apud MENGONI, Diritto e valori, cit., p. 58.

<sup>27</sup> Cfr. MENGONI, Diritto e valori, cit., pp. 11 y ss. DE LOS MOZOS, Metodología., cit., pp. 41 y 128; VALLET, Metodología., cit., p. 158, siguiendo a LARENZ; FREITAS,

A interpretação sistemática do Direito, cit., p. 49; y, ofreciendo una panorámica general sobre la cuestión GARCIA AMADO, Teorías de la tónica jurídica, cit., pp. 160 y ss.

<sup>28</sup> FREITAS, A interpretação sistemática do Direito, cit., pp. 132 y ss., va más allá intentando justificar “a identidade essencial do pensamento sistemático e do pensamento tópico”, y que “a técnica do pensamento problemático não se diferencia em essência da técnica da formação sistemática”.

<sup>29</sup> MENGONI, Diritto e valori, cit., p. 11

<sup>30</sup> PERLINGIERI, P., Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito civil constitucional, Rio de Janeiro, 1997 (trad. port.), p. 2.

transformación de la ética social, de las actitudes políticas o de realidad económica, también el orden normativo es transformado, a veces profundamente, por las pautas éticas, por los valores y por los principios predominantes en la sociedad, por las ideas filosóficas y políticas que se desarrollan en el su seno, y por la realidad y la praxis económica.

La Constitución es el lugar donde se traduce en reglas o normas jurídicas el proyecto político global de una sociedad, y en ella se encuentran los valores individuales y sociales que la sustentan, por tanto, el punto de partida de esta perspectiva se halla, no sólo en aceptar el valor normativo de la Constitución como la primera de las normas jurídicas que integran el ordenamiento, sino también en la función que desempeña como depósito de valores y principios generales, bien expresamente declarados en ella, bien extraídos de ella por el interprete, que deben informar la interpretación de las normas jurídicas y la resolución de las antinomias presentes en el sistema.

Por tanto, debe admitirse que la supremacía constitucional genera una jerarquía de fuentes y de valores<sup>31</sup>. La Constitución exige directa o indirectamente una modificación en la interpretación y aplicación de numerosas normas jurídicas por el hecho de que los principios constitucionales imponen la adaptación de la regulación legal positiva de muchas instituciones a los valores que consagra.

Todo ello obliga al jurista, sin perder de vista la actitud metodológica habitual en el estudio y análisis de las concretas normas

---

<sup>31</sup> FALZEA, A, "La Costituzione e l'ordinamento", Riv. Dir. Civ., 1998, pp. 261 y ss.

positivas que integran el ordenamiento jurídico, o de un sector específico del mismo, a tener una permanente perspectiva constitucional<sup>32</sup>. Por eso cualquier jurista debe interesarse por desvelar las normas y principios constitucionales pues su actividad es, ante todo, actividad interpretativa, y la interpretación ha de ser sistemática. Es decir, el operador jurídico, el estudioso del Derecho, debe tender siempre a la reconstrucción del ordenamiento jurídico como un todo, en su unidad orgánica, y como la norma constitucional se halla en la cúspide de la jerarquía normativa, todo el ordenamiento jurídico debe ser conforme con ella y en ella inspirarse. La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste conforme a los principios y reglas constitucionales. Corresponde al operador jurídico la tarea de, utilizando los principios de interpretación constitucional generalmente admitidos (unidad, concordancia, proporcionalidad, relevancia, eficacia integradora, etc.)<sup>33</sup>, interpretar las normas jurídicas conforme a la Constitución, que como consecuencia de su rango supremo debe orientar siempre la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico.

---

<sup>32</sup> Para una aproximación general a esta perspectiva en relación con el Derecho civil, BRECCIA, U., "Costituzione e diritto privato", *Riv.Crit.Dir. Priv.*, 1984, pp. 682 y ss; GALGANO, F., *Il Diritto privato tra Codice e Costituzione*, Bologna, 1983 (2ª ed); HESSE, K., *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, 1995 (trad. Esp.); LIPARI, N., "Diritti fondamentali e categorie civilistiche", *Riv. Dir. Civ.*, 1996, pp. 413 y ss.; LUCHAIRE, F., "Les fondaments constitutionnels du Droit civil", *Rev.Trim.Dr.Civ.*, 1982, pp. 653 y ss; PERLINGIERI, P., *Il Diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984. En España, además del clásico precedente de DE CASTRO, F., "El Derecho civil y la Constitución", *RDP*, 1935, pp. 13 y ss; el propio PERLINGIERI, "Por un Derecho constitucional español", *ADC*, 1983, pp. 1 y ss; ARCE Y FLORES-VALDES, J., *El Derecho civil constitucional*, Madrid, 1986; CARRASCO PERERA, A., *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988, pp. 69 y ss. En Brasil, com perspectivas distintas FACHIN, L.E., *Teoria crítica do direito civil*, Rio de Janeiro, 2000; HECK, L.A., "Direitos fundamentais e sua influência no direito civil", *Revista de Direito do Consumidor*, 1999, pp. 40 y ss; TEPEDINO, G., "Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil", *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1999, pp. 1 y ss.; VV. AA., *Problemas de Direito civil Constitucional*, Rio de Janeiro 2002 (Coord. G. TEPEDINO);

<sup>33</sup> HESSE, K., *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid, 1983 (trad. esp.), pp. 48 y ss.

No debe olvidarse tampoco que la Constitución es la norma jurídica fundamental. Forma parte del ordenamiento jurídico y constituye una parte substancial del mismo, pues expresa los valores supremos del ordenamiento jurídico enunciados y desarrollados en su articulado. Define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto en la Constitución una ley será válida o un Reglamento vinculante<sup>34</sup>. Además, en la medida que la Constitución es la expresión de un sistema de valores, tiene pretensión de permanencia o duración, lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias limitadas a objetivos menos durables y más concretos<sup>35</sup>.

La Constitución asegura así una unidad del ordenamiento jurídico que se fundamenta en la existencia y el reconocimiento de un "orden de valores" materiales que en ella se contienen. Ninguna de las restantes normas que integran el ordenamiento jurídico, que evidentemente gozán de la presunción de su conformidad con la Constitución, podrá desconocer ese cuadro de valores fundamentales y básicos, y todas ellas deben interpretarse en el sentido de hacer posible la consecución de los mismos.

De acuerdo con estas precisiones hay que entender que la Constitución constituye el "contexto" necesario de todas las normas jurídicas a efectos de su interpretación y aplicación; que dota de nuevo

---

<sup>34</sup> DIEZ PICAZO, "La doctrina de las fuentes del Derecho", ADC, 1984, pp. 933 y ss; HERNANDEZ GIL, A., El ordenamiento jurídico y la idea de justicia, Madrid, 1980; GARCIA DE ENTERRIA, E., "La Constitución como norma jurídica", ADC, 1979, pp. 289 y ss; GARRORENA, El lugar de la ley en la Constitución española, Madrid, 1980; DE OTTO, I., Derecho constitucional. Sistema de fuentes, Barcelona, 1987. En la Constitución española este valor normativo inmediato y directo se deduce con toda claridad del art. 9,1: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Sujeción o vinculación que es una consecuencia de su carácter normativo.

<sup>35</sup> Evidentemente una buena parte de la Constitución Federal de Brasil, objeto de sucesivas y continuas Enmiendas Constitucionales, no responde a esta idea de permanencia. Es más, para un observador imparcial y atento, una gran parte del contenido de la Constitución brasileña, y especialmente de la parte dedicada a la organización de los poderes del Estado, tiene exactamente la misma función normativa que cualquier otra norma legal de inferior rango, diferenciándose únicamente el procedimiento formal a través del cual es aprobada. Veanse, por ejemplo, los artículos 37 y siguientes sobre la Administración Pública. Por eso, las ideas que aquí se exponen sobre el valor de la Constitución sólo tendrían sentido en relación con las llamadas "clausulas pétreas" que dan cuerpo a la Constitución en sentido material.

sentido al “espíritu y finalidad” de las normas; que el carácter normativo de la Constitución prevalece no sólo en la interpretación declarativa, sino también en la interpretación integradora que colma las insuficiencias de los textos legales y ofrece solución a las antinomias; que proporcionan un nuevo contenido a cláusulas generales como orden público, buena fe, diligencia debida, abuso del derecho, función social y ejercicio antisocial de los derechos, etc. Es decir, hay que desechar toda posible interpretación de las normas positivas cuyo resultado sea contradictorio con los principios constitucionales.

X. En la Constitución esos “valores básicos” a los que nos referimos, y que constituyen los fundamentos del orden político y de la paz social, aparecen reflejados especialmente en el Preámbulo y en el Título que abre su contenido normativo, donde, por un lado, se suele proclamar como valores superiores o principios fundamentales del ordenamiento jurídico<sup>36</sup>: la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político, el derecho a la vida, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los demás, y, por otro lado, se determina el sistema de libertades y derechos individuales y sociales que son garantizados a las personas. También se encuentran a lo largo de su articulado otros principios de gran relevancia que aquí no parece preciso detallar.

Es decir, la Constitución reafirma, en primer lugar, los principios generales de carácter programático que van representar los valores superiores del ordenamiento jurídico y van a incidir en el contenido de los preceptos concretos que integran el propio sistema normativo, bien debido a su eficacia directa en los casos previstos por la propia Constitución, bien sirviendo de pauta para interpretar la legislación anterior, bien informando la legislación futura.

Así la libertad presidirá, en general, las relaciones personales y patrimoniales del individuo y de los grupos sociales en los que se integra,

---

<sup>36</sup> Como ejemplo se puede mencionar el Preámbulo de la Constitución Federal de Brasil de 1988, que declara que el Estado Democrático que instituye está “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”

y debe ser favorecida en todo caso por los poderes públicos. El principio de igualdad es fundamental, y va a informar de modo general las relaciones interpersonales, por lo que teniendo en cuenta que la persona es el eje en torno al cual se articula todo el Derecho. El pluralismo político representa la concreción del principio democrático y significa participación de todos en la vida del país y fundamenta la actuación de las asociaciones, partidos políticos y sindicatos. Presupone además, en la lógica del constituyente una economía mixta, que se deriva de la circunstancia de que tanto la propiedad privada como la libertad de empresa se hallen garantizadas no de modo absoluto, sino dentro de ciertos límites, lo que hace inviable el mantenimiento de un Derecho puramente individualista. Por último, de todos es sabida la permanente aspiración del Derecho a la seguridad y a la justicia, por lo que no parece necesario entrar aquí en otras precisiones.

Junto a estos “valores superiores del ordenamiento”, la Constitución hace referencia en su articulado a otros principios, la mayoría de los cuales ya estaban previamente incorporados de un modo u otro al ordenamiento, y cumplían su función como principios generales del mismo. Son de mencionar: el respeto a la Ley o principio de legalidad; la jerarquía normativa; los principios de publicidad e irretroactividad de las normas sancionadoras; el principio de protección judicial de los derechos e intereses legítimos; la garantía de los derechos adquiridos, etc.

Más difuso suele aparecer, dentro de las Constituciones modernas, un principio que cambia sustancialmente la fisonomía de muchas instituciones civiles y actúa una función antes desconocida del Derecho, la función promocial. Nos referimos al principio genérico de la justicia o la solidaridad social, que encuentra su expresión más concreta en la defensa del bienestar social, del interés social, público o general, y, en último extremo, en el reconocimiento explícito de la función social de la propiedad y de los llamados derechos sociales.

Por último, y siguiendo en el orden material, la constitución representa un punto de inflexión, o de confluencia si de prefiere, entre la configuración tradicional de las instituciones civiles y políticas y su disciplina constitucional, pues sólo por ley, que deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos reconocidos constitucionalmente, entre los que se encuentran la propiedad, la herencia, el matrimonio, la familia, la fundación y asociación, la responsabilidad

civil, e incluso, el contrato y la empresa como ejes centrales sobre los que se articula la iniciativa privada y la libertad de empresa. Pues bien, la definición del contenido esencial de esos derechos pasa necesariamente por el reenvío a la regulación normativa, al método de interpretación y a la configuración dogmática que la ciencia del Derecho les ha ido dando a la largo de un complejo proceso histórico, bien entendido, eso sí, que no puede olvidarse la necesidad de interpretar la regulación de estos derechos e instituciones, siempre y en todo caso, conforme a los principios constitucionales.

XI. Por todo lo que se ha indicado, este enfoque metodológico de corte postmoderno que se propone, y que no tiene otra pretensión que la de servir de guía práctica para enfrentarse a la perplejidad en la que frecuentemente sume al interprete las normas positivas actuales, se va a caracterizar, sin abandonar nunca la idea de interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, por su atención a los principios jurídicos y a los valores sociales, por su mayor flexibilidad y su menor grado de abstracción y, consecuentemente, por permanecer sistemáticamente en contacto con los problemas y, en fin, por intentar mantener una visión sistemática del Derecho que tenga como último punto de referencia el conjunto de valores consagrados en la Constitución.

En definitiva, la tarea que la actual situación del ordenamiento brinda al jurista, tarea fundamentalmente de adaptación y de actualización, sólo puede ser acometida con éxito a través de un método plural, abierto y flexible. Un método que cuente con un sistema integrado por una serie abierta de conceptos, es decir, un sistema abierto a la variada y cambiante realidad normativa, y a la no menos cambiante realidad de los hechos. Un sistema que, para resultar verdaderamente creativo y adaptado a las exigencias del momento presente habrá de trascender la pura lógica formal y utilizar, en lo posible, los datos que suministran las disciplinas auxiliares, como la historia del Derecho (en cuanto permite establecer las líneas generales de la evolución de las instituciones jurídicas, desvela su origen y proporciona al jurista un fondo de observaciones y reflexiones sobre los problemas jurídicos acopiadas a lo largo de los siglos), el Derecho comparado (en cuanto instrumento de afinación de las nociones técnicas y de reforma legislativa por imitación de modelos extraños), la antropología

jurídica, la sociología jurídica, la etología jurídica, la psicología jurídica, la economía política, la epistemología jurídica, la filosofía del derecho, o el propio análisis económico del derecho<sup>37</sup>.

Con ello se logra una particular aproximación sistemática al ordenamiento jurídico, que incorpora simultáneamente los valores de la tradición jurídica y responde a las exigencias del momento presente, como ha ocurrido, por lo demás, en los momentos culminantes de la historia del Derecho.

Pero además, la aplicación de la norma, dado que enlaza un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica, implica la existencia de un juicio de valor, lo que supone la introducción de criterios extralegales, como pueden ser los principios admitidos por la doctrina o configurados por el arbitrio judicial, lo cual abre una importante vía de superación del positivismo mediante la incorporación de criterios valorativos.

En consecuencia, para asegurar la flexibilidad en la comprensión del ordenamiento jurídico, que está integrado por normas, conceptos y principios que funcionan como reglas generales válidas para la solución de determinados casos y problemas, pero que no aspiran a tener validez universal por medio de derivaciones lógicas, hay que considerar existente un sistema interno expresado en los textos constitucionales y compuesto de criterios valorativos de tipo teleológico y axiológico, que permiten considerar el conjunto como un sistema abierto.

Por todo ello, el método dogmático o sistemático, en tanto sea capaz de dar coherencia a las normas y principios que integran el ordenamiento jurídico, en tanto sea respetuoso del sistema de valores presente en la sociedad actual que restaura la primacía de la persona integrada en el orden social, en tanto venga modulado y completado por técnicas distintas de la lógica formal, será perfectamente válido para la construcción de un sistema flexible y abierto, mediante la exégesis del nuevo Derecho, la integración en el sistema del pensamiento problemático, el respeto a los valores superiores del orden jurídico y, en el orden técnico, la asimilación de datos procedentes de las disciplinas auxiliares, constituye sin duda un método apropiado para la tarea de permanente actualización que exige el ordenamiento jurídico en el momento presente.

---

<sup>37</sup> Vid. CARBONNIER, J., *Droit civil, I, Introduction*, Paris, 1988 (18ª ed), pp. 61 y ss., sobre el papel de estas disciplinas respecto del Derecho civil.

### Nota bibliográfica

Además de las obras citadas a lo largo de la exposición, y para aproximaciones a la problemática del método jurídico más específicas, mucho más ricas y variadas, mucho más profundas y mejor documentadas pueden verse, BETTI, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, 1975 (trad. esp.); BOBIO, N., *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960; CARNELUTI, F., *Metodologia del Diritto*, Padova, 1939; CASTAN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación de la norma*, Madrid, 1947; DAVID, R., *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, 1998 (trad. Port.); DIEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Madrid, 1973; ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, 1967 (trad. esp.); ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho*, Barcelona, 1961 (trad. esp.); FERRAZ JUNIOR, T.S., *Direito, retórica e comunicação*, São Paulo, 1997 (2ª ed); FRIEDMAN, L.M., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, 1978 (trad. it.); GADAMER, H.-G., *Verdad y método*, Salamanca, 1984 (trad. esp.); GRAU, E., *Direito, conceitos e normas jurídicas*, São Paulo, 1988; GENY, F., *Método de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Madrid, 1925 (trad. esp.); HABERMAS, J., *Dialéctica e Hermenéutica*, Porto Alegre, 1987 (trad. port.); HERNANDEZ GIL, A., *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, 1975; *Problemas epistemológicos de la ciencia del Derecho*, Madrid, 1981; HRUSCHKA, J., *La comprensione dei testi giuridici*, Napoli, 1983; LIPARI, N., "El problema de la interpretación jurídica", *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, 1980 (trad. esp.); LOPEZ JACOISTE, J., "Aproximación a una perspectiva jurídica actual", *Estudios homenaje a Roca Sastre*, I, pp. 80 y ss; LUHMAN, K., *Sistema giuridico e dommatica giuridica*, Bologna, 1978 (trad. it.); PERELMAN, CH./OLBRECHTS-TITECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, 1983; PIANO MORTARI, V., *Dommatica e interpretazione*, Napoli, 1976; RAWLS,

J., *Uma teoria da justiça*, Brasilia, 1981 (trad. Port.); TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; RODRIGUEZ PANIAGUA, J.M., "Interpretación y aplicación de la ley", *RGLJ*, 1973, pp. 431 y ss; VALLET, J.B., *Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico*, Madrid, 1982; DE LA VEGA VENAYAS, C., *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código civil*, Madrid, 1976; VILLAR PALASI, *La interpretación y los apotegmas lógicos*, Madrid, 1975; VV.AA., *Le système juridique*, *Archives de Philosophie du Droit*, 31, Paris, 1986; WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Madrid, 1998 (trad. esp.).