

APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW

*Roberth Uribe**

RESUMEN

En la cultura jurídica germano-romanista o continental europea ha sido paradigmática la orientación del conocimiento del Derecho, y especialmente la teorización de su fenomenología, desde una perspectiva científica, construida desde la lógica de las ciencias positivas naturales y sociológicas. No obstante, dicho paradigma experimentó una serie de remociones de no poca entidad, advenida la Posmodernidad, encaminadas al retorno de la fenomenología jurídica a los estudios humanísticos, en su búsqueda de la rehabilitación de la razón práctica y de la concreción de un método jurídico menos científicista y de mayor pluralidad metódica. El estudio da cuenta, a través de un comprimido inventario descriptivo, de los principales hitos metodológicos de esta etapa de la historia del conocimiento jurídico del *Civil Law*.

ABSTRACT

In the Germanic-Roman or continental European legal culture, orientation towards the knowledge of law has been paradigmatic, especially with regard to the theorizing of its phenomenology from a scientific perspective built on the logic of positive natural and sociological sciences. Nevertheless, this paradigm has undergone a number of considerable changes, the coming of post-modernity, leading to the return of the legal phenomenology to humanistic studies, in their search for the recovery of practical reason, and the realization of a legal method which is less influenced by science, and of more methodical plurality. The study gives an account, through a condensed descriptive inventory, of the main methodological landmarks of this point in the history of legal knowledge of Civil Law.

* Abogado de la Universidad de Antioquia. Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Cali.

“Las cuestiones de la metodología jurídica no pueden ser elaboradas con rigor sin un fundamento que tenga como presupuesto la filosofía. De esta manera, filosofía y metodología se interpenetran. Esta relación de fundamentación significa que las soluciones metodológicas solo valen en la misma proporción de su punto de partida filosófico”.

(JAN SCHAPP)¹

La construcción del saber jurídico en el contexto del *Civil Law* ha estado vinculada históricamente a los modelos metodológicos de pensamiento más generales o filosóficos, oscilando entre los métodos que podríamos denominar genéricamente como discursivos o acientíficos (retóricos, tópicos, argumentativos y hermenéuticos), de un lado, y los propiamente científicos (analítico-positivistas), de otro, habiendo preponderado estos últimos hasta iniciada la posmodernidad, momento en que advino la rehabilitación epistemológica de la razón práctica, con la consecuente cesión de terreno a los primeros, que gozan hoy, entonces, de una importante proyección supranacional.

Lo que aquí se pretende es tan sólo brindar una fugaz ojeada histórica a los hitos más importantes de la teoría del método de conocimiento jurídico en el ámbito occidental de corte germano-romanista, con miras a recabar su ligazón con los planteamientos (*ius*) filosóficos. Para tal fin se abordarán, en primer lugar, algunas cuestiones de contexto del concepto, sentido y función de la teoría del método jurídico o metodología del Derecho (I); como segunda cuestión se efectuará una definición epistemológica o, lo que es lo mismo, desde la filosofía y teoría del conocimiento (epistemología), tanto general como jurídica, de las nociones método y metodología (jurídicos) (II); en el apartado conclusivo, por su parte, se hará un breve inventario histórico de las distintas concreciones de la metodología jurídica en el análisis concreto de los llamados métodos jurídicos (III).

I

El Derecho, como artificio humano, pese a ser omnipresente en los diferentes contextos socioculturales, ha sido abordado desde perspectivas epistemológicas disímiles, con una universalidad matizada, precisamente, en

¹ *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1985, p. 10.

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

razón de la pluralidad cultural coexistente en el todo mundial. De esta forma, son constatables también teorías jurídicas plurales, que pueden ser agrupadas por su importancia y tradición en dos vertientes, sólo parcialmente omnicomprendivas del problema jurídico: la de Derecho continental europeo o de países de orientación romano-germana, también denominada *Civil Law* o *Statutory Law*, y la de países anglosajones o cultores del *Common Law*.

Dichos contextos jurídicos de conocimiento poseen diferencias en variados aspectos, lo que les otorga unas características idiosincráticas, especialmente epistémicas, que les posibilitan la obtención de una entidad independiente, claramente caracterizadora. Tales caracterizaciones pueden referirse a:

- 1) La forma como encaran los juristas de cada ámbito los asuntos cognoscitivos de su disciplina, aspecto en el que tienen relevancia, por ejemplo, las estrategias mediante las cuales pueden ser abordadas dichas indagaciones, cuestión a la que corresponde la problemática acerca del *método* de conocimiento del Derecho (en la que está integrada la resolución del interrogante relativo al concepto de Derecho); así como la función que desempeñan (que deben desempeñar) los juristas en la construcción de dicho conocimiento; en una perspectiva metajurídica; y,
- 2) Al problema de la *racionalidad* de las decisiones valorativas que se adoptan por las instancias de intervención jurídica una vez se procede al ejercicio del Derecho como orden normativo institucional de convivencia civilizada, en el que entran en juego consideraciones de contenido axiológico, y el problema de su inserción en el conocimiento normativo. Como puede verse, método y racionalidad, diferentes pero a la vez interrelacionados aspectos fundamentales del conocimiento jurídico, constituyen la problemática de mayor entidad a abordar en la asunción de dicha tarea cognoscitivo-epistémica, y congregan, junto con otros aspectos (aunque éstos dos de manera protagónica), la posibilidad identificatoria de los contextos jurídicos de que da cuenta la cultura occidental, especialmente el románico-germanista, en donde es palmaria la relevancia del método.

Es precisamente a raíz de la construcción del mismo, que se identifican con claridad en ella las dos más importantes familias jurídicas: el *Common Law* y el *Civil Law*, según se dijo. Ambos tienen en la cuestión metodológica su gran nota de identificación: en el *Common Law*, el objeto de conocimiento lo constituyen las decisiones judiciales precedentes sobre casos concretos, y el método de dicha labor cognoscitiva reside en la técnica del precedente judicial, constitutiva entonces del modelo metodológico principal de la investigación jurídica. En tal orden de ideas, esto es, en la tendencia a ser un objeto mutable sobre el cual no se considera posible la realización de procedimientos de cientificación, se asume con escepticismo y con escasa importancia, la posibilidad de asignación de estatus científico a la labor cognoscitiva realizada por los juristas.

Por el contrario, en el *Civil Law* los juristas tienen delimitado un objeto de conocimiento, en principio menos mutable, que es el Derecho positivo, y la estrategia metodológica con la que encaran su conocimiento es la dogmática jurídica, es decir, aquella actividad que propende por obtener unos cánones de relativa invariabilidad en los resultados de la investigación jurídica, en aras de promover una predecibilidad de las decisiones sobre los diversos problemas del Derecho que brinden seguridad a los destinatarios con relación a las previsiones normativas de la organización social. De allí que se postule, especialmente por esa generalidad que se imputa a tal tipo de elaboraciones, no sin opiniones contrarias, que el conocimiento jurídico ostenta, en tanto la dogmática se lo brinda, un estatus científico.

Sin embargo, tal caracterización de la labor cognoscitiva del Derecho que realizan los juristas del *Civil Law*, ha tenido diferentes propuestas metodológicas iniciadas tras la consolidación ético-política del movimiento codificador resultante del proceso revolucionario francés de 1789 (en tanto la codificación positiva se asumiera como necesaria para el funcionamiento de la sociedad y el Estado), especialmente en Alemania, en donde el estudio de la metodología jurídica fue realizado de manera distinta en comparación con los restantes sistemas jurídicos del ámbito europeo-continental, otorgando a la Jurisprudencia (ciencia del derecho) de dicha Nación, el más alto rango en lo que a autoridad intelectual respecta sobre la temática, vigente incluso hasta nuestros días.

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

Tiene sentido pues examinar –aunque de manera comprimida–, dichas propuestas metodológicas desde la perspectiva de su devenir histórico, haciendo hincapié en las de carácter interpretativo del Derecho positivo, no sin antes establecer algunas precisiones conceptuales en torno a las hasta este momento tan utilizadas voces “método” y “metodología” “dogmáticos”, y su significación específica en el *Civil Law*, ámbito al cual culturalmente tiende a estar adscrito el sistema jurídico colombiano.

II

**1. LOS CONCEPTOS DE MÉTODO Y METODOLOGÍA EN EL
CONTEXTO EPISTÉMICO GENERAL**

Establecido que la labor primordial de los juristas en el *Civil Law* suele dirigirse a la interpretación y sistematización de los materiales normativos del Derecho positivo,² en aras de su aplicación racional (científica) y tendencialmente justa, y, por tanto, de contribuir así al objetivo ético-político de civilidad, es pertinente señalar el eje problemático imbricado en tal delimitación: el tema de cuál es el método a seguir en la ejecución de dicha labor.

Abocarse a la lucubración en torno a dicha temática presupone –en tanto la misma es específica (hablamos de método *jurídico*)–, reflexionar sobre ella en su perspectiva epistémica más general, es decir, sobre el problema del método en la teoría de la ciencia, insoslayable vía epistemológica de los juristas en su prolijo quehacer, lo que requiere de indagaciones también en el marco de la filosofía de la ciencia, en donde el asunto del método tuvo y sigue teniendo su mayor profusión. Al respecto, puede ser útil comenzar sirviéndonos de HABA y su definición –provisoria-³ de “método científico”, como aquel

² En ese sentido, por todos, Cf. G. ROBLES MORCHÓN. *La decisión en el Derecho y la tónica jurídica. Estudios de filosofía del Derecho y ciencia jurídica. Homenaje a Luis Legaz y Lacambra*. Tomo II, CEC-Universidad Complutense, Madrid, 1985, p. 393: “La tarea de la Dogmática es la construcción coherente y armoniosa en un todo sistemático de las significaciones de los diferentes elementos y proposiciones lingüísticas que componen un determinado Derecho positivo...”.

³ Así caracterizada en tanto puede llegarse a una definición de mayor rúbrica epistemológica. Sin embargo, reconoce el autor que el problema del método en la teoría de la ciencia puede ser planteado incluso de manera más provisional, no por ello, en mi sentir, menos suficiente: “En sentido muy amplio, método puede querer decir simplemente: un *procedimiento* cualquiera, y sea intelectual o material...” Cf. E. HABA. *Racionalidad y método para el derecho: ¿Es eso posible? (I)*. En: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, N.º. 7, 1990, p. 169.

“... conjunto ordenado -modelo racional- de procedimientos intelectuales, y eventualmente materiales, que se emplean para un determinado tipo de actividades; estos procedimientos son medios que apuntan a ciertos aspectos de un tipo de objetos (reales o ideales), a los que el método les es aplicado con la finalidad de obtener o confirmar conocimientos acerca de ellos, o bien de elaborar o transformar dichos objetos; y tales procedimientos, si el método es correcto, la experiencia los acredita como adecuados para la obtención de los conocimientos o realizaciones prácticas así perseguidos...”⁴

No por capricho la disciplina que se ocupa del estudio epistemológico del método recibe la denominación “metodo-logía”. La metodología está inmersa en la lógica (en sentido amplio⁵) –sin que se quiera decir que quede reducida a ésta–, constituyendo aquel sector de ella encargado de disciplinar el uso de sus reglas (las reglas lógicas), pues es claro que “Una cosa es la ley lógica y otra la conclusión que se obtiene según esta ley.”⁶

De esta forma, un primer acercamiento al concepto de metodología nos permite definirla como la *teoría* del uso de las leyes lógicas en los distintos dominios del saber.⁷ La palabra metodología literalmente significa un *logos*, un “ir a lo largo del buen camino”.⁸ Epistemológicamente se define como la *teoría del método*,⁹ esto es, de aquel procedimiento que usamos en cualquier ámbito del saber para conocer y ordenar una actividad cognoscitiva a un determinado fin.

La emparentación del problema del método con la lógica, viene a significar, entonces, que todas las modalidades metódicas de las que da cuenta la historia de la ciencia jurídica, son versiones particularizadas de los métodos y la metodología filosóficos generales, circunstancia que hará enmarcables –pese a las particularidades que puedan idiosincráticamente adoptar en tanto métodos específicos–, a las distintas orientaciones metodológico-jurídicas en alguno o

⁴ *Ibidem*, p. 175.

⁵ Cf. Ulfrid NEUMANN. *Lógica y derecho*: “En sentido amplio “lógica” quiere decir lo mismo que *metodología*; con esta significación se utiliza dicho concepto cuando, por ejemplo, se habla de la “lógica de las ciencias sociales” o de la “lógica de las ciencias de la cultura”. En el *sentido estricto* el concepto de lógica tiene que ver solo con reglas formales, esto es, reglas cuya validez es independiente de un específico ámbito de aplicación”. En: *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Debate, Madrid, 1992, pp. 241-242.

⁶ Cf. J. M. BOCHENSKI. *Los métodos actuales de pensamiento*. Rialp, Madrid, 11ª. ed., 1976, p. 26.

⁷ *Ídem, ibidem*.

⁸ *Ídem*, p. 28.

⁹ *Ídem, ibidem*.

APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW

algunos de ellos;¹⁰ con lo dicho, tiene pues utilidad, antes de examinar la cuestión de la metodología específica en la ciencia jurídica, hacerlo en su ámbito filosófico general.

Son básicamente seis los métodos filosóficos a inventariar en la historia del pensamiento filosófico occidental, sin incluir en dicho número las diferentes versiones que en el marco de cada uno se pudieron formular. Por ahora, comencemos diciendo que dar cuenta de la primera delimitación metodológica requiere remontarse a PLATÓN, quien diferenció los dos más antiguos modelos metódicos de establecimiento de la verdad: el *método deductivo* o de la argumentación silogística, y el *método inductivo* o del tipo de argumentación inductiva. Este último conoció dos versiones particularmente famosas, la del método *matemático* y la del *positivo*, estando precedido en su creación por el *método dialéctico*, propio de la filosofía escolástica.¹¹ Menos dependientes de la filosofía precontemporánea, se conocen los métodos *fenomenológico*, de la ontología husserliana y el objetivismo de HARTMANN; el *método semiótico*, especialmente vigente en Occidente a partir de los trabajos de WITTGENSTEIN; y el *método hermenéutico*, desarrollado por GADAMER.

1.1 El método dialéctico

Por dialéctica se entiende, como su nombre lo indica, la actividad de diálogo o intercambio de ideas e intuiciones surgidas en torno a un objeto, autointerlocutoriamente examinadas, con miras a establecer un conocimiento profundo de él. Este método lo configuró PLATÓN, partiendo de la mayéutica de su maestro SÓCRATES.¹² Para aquél, la dialéctica consiste "... en una contraposición de intuiciones sucesivas, que cada una (sic) de ellas aspira a ser la intuición plena de la idea, del concepto, de la esencia, pero no

¹⁰ Obedece a esta consideración, la presentación de la temática que realiza DIAZ: "Cabe diferenciar a lo largo de toda la historia del pensamiento jurídico, claramente sobre todo desde Roma, dos tipos fundamentales de aproximación metodológica al tema de la investigación-interpretación y aplicación-realización del Derecho: uno, en el que predomina el análisis interno de la norma, investigación preferentemente lógico-formal, buscando deducir desde esa norma de carácter general, la conclusión aplicable al caso concreto; otro, en el que predomina una perspectiva en cierto sentido exterior a la norma: aquélla de los intereses, fines y valores a cuyo cumplimiento se orienta un determinado sistema jurídico". Cf. E. DÍAZ. *Sociología y filosofía del Derecho*. Taurus, Madrid, 7ª reimpresión de la 2ª ed., 1992, p. 107.

¹¹ Cf. M. RODRIGUEZ MOLINERO. *Sobre los métodos filosóficos y su aplicación al Derecho*. En: *Estudios de filosofía del Derecho y ciencia jurídica...* op. cit. p. 434; también E. DIAZ. op. cit., p. 100.

¹² Cf. M. GARCIA MORENTE. *Lecciones preliminares de filosofía*. Porrúa, México, 1994, p. 27.

puede serlo, la intuición siguiente, contrapuesta a la anterior, rectifica y mejora aquella anterior”.¹³

La metodología dialéctica representó el punto de partida de la lógica, el método filosófico en ARISTÓTELES. La dirección dialéctica adquirió especial importancia durante la filosofía escolástica, de la mano de la doctrina tomista, principalmente, al recurrir a ella como complemento del método lógico-deductivo que recibiera del aristotelismo.

1.2 El método deductivo

Como método, se dice que la “deducción” es “... aquel procedimiento lógico en el que, partiendo de un principio o de un concepto superior previamente aceptado o establecido, se deriva o *deduce* siguiendo una relación lógica descendiente y gradualmente especificadora, una serie más o menos larga de proposiciones o conceptos inferiores, que enuncian verdades demostradas y conclusiones ciertas, pero cuya verdad y certeza dependen de y se apoyan totalmente en la verdad y certeza del principio del concepto de que se parte...”.¹⁴

Es una de las modalidades metódicas de la Lógica, forjada por ARISTÓTELES, a la que también describió bajo la denominación de “silogismo” o “argumentación silogística”. Una de las expresiones del método lógico-deductivo es el *método axiomático*, que sirvió de base al *método matemático*, de gran auge en el Renacimiento y de amplia influencia hasta bien entrada la Modernidad.

1.3 El método inductivo

Puede definirse el método de la inducción como “... aquel procedimiento que parte de la observación de lo particular y concreto para llegar, mediante una selección cuidada de las notas y caracteres comunes, a la formulación de conceptos generales y abstractos. Se basa, por tanto, en un proceso de generalización progresiva, que le permite establecer conceptos universales

¹³ *Ibidem*, p. 29.

¹⁴ Cf. RODRIGUEZ MOLINERO. *op. cit.*, p. 435.

APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW

aplicables a multitud de sujetos”.¹⁵ Este procedimiento cognoscitivo ha recibido diferentes matizaciones entre las que se destaca el *método positivo*, derivación del método matemático y consecuencia del movimiento filosófico del positivismo comtiano.¹⁶

1.4 El método fenomenológico

Es el método de conocimiento aplicado por la fenomenología, doctrina filosófica acuñada por HUSSERL, mediante la cual éste reaccionó contra el conocimiento filosófico psicologista que había gestado el neokantismo, para el que todo el conocimiento era reductible a meros contenidos de la conciencia, es decir, a percepciones subjetivas.¹⁷ HUSSERL propone una consideración epistemológica inversa. El conocimiento debe ser producto del análisis existencial de las cosas, de su estructura óptica, que no depende para ser tal del proceso cognoscitivo del sujeto. Es decir, se pretende asignar al conocimiento humano un carácter estrictamente objetivo: se conocen las cosas tal y como son, las cosas en sí.¹⁸ La metodología fenomenológica pretende ser una reacción crítica contra el subjetivismo formalista neokantiano, mediante un retorno al idealismo objetivista, por el cual el conocimiento no ve alterada su objetividad por el sujeto que lo lleva a cabo, en tanto es el objeto el que determina el método, y no viceversa.¹⁹

El método fenomenológico consta de dos fases, una positiva y otra negativa. La primera se refiere al acceso del conocimiento de las cosas de manera intuitiva e inmediata, suprimiendo de dicho proceso aquello que el objeto no posea ópticamente, que no le pertenezca a su ser. La fase negativa hace alusión al necesario abandono de los condicionamientos y prejuicios previos

¹⁵ *Ibidem*, p. 438.

¹⁶ Una consulta de estos métodos en J. BOCHENSKI. *Los Métodos actuales de pensamiento*. Rialp, Madrid, 11ª. ed., 1976, p. 133 ss; y en RODRIGUEZ MOLINERO. *Sobre los métodos...*, op. cit., pp. 433-438.

¹⁷ También contribuyó a la formulación de este método N. HARTMANN, quien acuñó la idea fenomenológica, la disciplina de lo ontológico (ontología), a la manera de una “metafísica del conocimiento” (gnoseología ontológica), encargada de estudiar un objeto que existe como algo anterior a todo conocimiento. Cf. *Rasgos fundamentales de una metafísica del conocimiento*. Losada, Buenos Aires, 1957, passim.

¹⁸ “Un rasgo esencial del método fenomenológico es la llamada reducción, que es doble en Husserl: *eidética* y *fenomenológica* en sentido estricto. (...) El método fenomenológico es un procedimiento especial de conocimiento. Esencialmente consiste en una visión intelectual del objeto basándose en una *intuición*. Esta intuición se refiere a lo *dado*; la regla principal de la fenomenología reza así: “hacia las cosas mismas”, entendiéndose por “cosas” lo *dado*...”. Cf. J. BOCHENSKI. *Los métodos actuales...*, p. 41.

¹⁹ Bien indicativo de ello es el objeto de conocimiento postulado: el fenómeno. Sobre éste, Cf. BOCHENSKI. op. cit., p. 54: “El sentido de la palabra “fenómeno” es –como dice Heidegger– lo que se muestra *a sí en sí mismo*, lo que se muestra tal como es, lo que está claramente ante nosotros...”.

que puedan alterar el acceso directo a la realidad de las cosas, o prejuicios, sean de cualquier índole: histórica, personal o social.²⁰

1.5 El método semiótico

La posibilidad de procedimentalizar el conocimiento a través de una teoría o arte de la interpretación de los signos, a la que se denomina genéricamente “semiótica”, constituye la tesis central de los métodos semióticos. Esta tendencia es defendida por el empirismo, el neopositivismo lógico y la filosofía analítica.²¹

La semiótica se compone de tres subdisciplinas: la *Sintaxis*, encargada del estudio de las relaciones entre los signos; la *Semántica*, que tiene a cargo las relaciones entre los signos, pero enfatizando en su significado (el de ellos y el de las relaciones); y la *Pragmática*, referente a las relaciones entre los signos con los sujetos que los utilizan.²² Suele justificarse la mayor validez del método semántico para conocer, en que “... el análisis lingüístico, si bien tiene interés para el conocimiento directo, es mucho más importante para el conocimiento mediato. En él no se nos da el objeto ni el proceso del pensamiento; es algo mucho más complejo; tanto que es necesaria una precisión en símbolos. ...”.²³

Los orígenes de la semiótica datan de los trabajos de Guillermo de OCKAM, cuyas ideas fueron recogidas por Charles MORRIS. Más tarde los alemanes HERDER y HUMBOLDT, y el americano PEIRCE continuarían su proyección. Sin embargo, son POPPER y WITTGENSTEIN, por la vía de la crítica, quienes efectúan un mejor aporte a la semiótica y desde ella a la teoría de la ciencia. El primero, porque cuestiona el carácter infalible del criterio de verificabilidad de las proposiciones mediante los conceptos de contrastación y corroboración, los cuales permiten desvirtuar el carácter exacto, y por ende verificable, de la decibilidad de los enunciados, especialmente de los

²⁰ Cf. RODRIGUEZ MOLINERO. *op. cit.*, p. 445.

²¹ *Ídem*, p. 448.

²² *Ídem, ibídem*.

²³ BOCHENSKI. *op. cit.*, p. 65, quien agrega: “(...) la ciencia es una obra social que sólo mediante el trabajo colectivo puede cristalizar en realidad. Este trabajo colectivo requiere la comunicación del saber, posible a través de los signos: palabras habladas y escritas. Las palabras no son, pues, algo accesorio, sino un medio esencial de la ciencia...” (*Ibid.*, p. 68).

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

probabilísticos, que por algo son tales.²⁴ Con POPPER (partiendo en este punto de los trabajos de Rudolph CARNAP) pues, las proposiciones universales verificables se convierten en simples significaciones lingüísticas no absolutas de los signos.

WITTGENSTEIN, en su época de madurez intelectual, por su parte, postuló un aserto imprescindible para la labor metódica semiótica contemporánea, al esclarecer que las palabras del lenguaje, en tanto designan objetos, tienen funciones allendes al mero proceso descriptivo-comunicativo; éstas tienen, además, funciones prescriptivas, lo que no es propio de un lenguaje considerado exacto; sí de uno usado en un sentido natural o usual.

1.6 El método hermenéutico

Con él culmina, prácticamente, la historia del método filosófico en occidente, desde la filosofía griega. Su significado alude a los actos de interpretar, traducir, explicar, declarar. A lo que se dirige la hermenéutica como método, es a obtener la inteligibilidad de un texto, cuyo conocimiento no es inmediatamente asequible, requiriendo la realización de esas tareas interpretativa, explicativa o declarativa mencionadas.²⁵

La hermenéutica filosófica surge con F. SCHLEIERMECHER, quien cohesiona dichas actividades necesarias para el conocimiento bajo la denominación de comprensión. Para este autor, la hermenéutica es, en efecto, el *arte de comprender* un texto, una técnica de interpretación de un texto oral o escrito. Como se ve, ya era portadora de un estatus metódico, que fue perfeccionado por Georg GADAMER,²⁶ basado en las aportaciones de Wilhem DILTHEY²⁷ y, posteriormente, de Martin HEIDEGGER.²⁸ El primero incursionó en la polémica sobre la independencia metódica de las ciencias del espíritu declarándose en favor de la misma, y asignándoles a éstas

²⁴ *Ídem*, p. 450.

²⁵ Cf. *Ibid.*, p. 446.

²⁶ Cf. G. GADAMER. *Verdad y método I. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Sígueme, Salamanca, 1984, *passim*.

²⁷ Cf. W. DILTHEY. *Teoría de la concepción del mundo*. FCE, México, 1945. También su *Crítica de la razón histórica*. Trad. Carlos MAYA. Península, Barcelona, 1986 (pp. 84-85), donde plantea la necesidad de una fundamentación gnoseológica de las ciencias del espíritu que presupone superar la reducción de la metodología a la lógica.

²⁸ M. HEIDEGGER. *El ser y el tiempo*. FCE, Santafé de Bogotá, 2ª. ed., 1995, *passim*.

como método propio, precisamente, el hermenéutico.²⁹ GADAMER concede mayores posibilidades al método hermenéutico, el cual constituye un procedimiento filosófico de investigación de la verdad.

2. CONTEXTOS METODOLÓGICOS: DESCUBRIMIENTO Y JUSTIFICACIÓN

También, aunque más contemporáneamente, y con una dependencia menor de la lógica (no así de la epistemología o teoría de la ciencia), se usa hoy la bifurcación entre “métodos de carácter *investigativo*” y “métodos *verificativos*”.³⁰ Esta dualidad se asienta sobre la base de la finalidad que se imputa a unos y a otros: a los primeros se les usa para descubrir o promover el hallazgo de soluciones; a los segundos, para constituir controles *ex post* de la legitimidad o validez de las respuestas obtenidas.

Sobre esta construcción se tienen aceptadas por la teoría de la ciencia del siglo XX, las conceptualizaciones “contexto de descubrimiento” y “contexto de justificación”, como ámbitos dentro de los cuales se mueven una y otra especies de método, respectivamente,³¹ clasificaciones éstas de importancia fundamental para la epistemología contemporánea, especialmente en materia del reconocimiento de la dualidad ciencias de la naturaleza–ciencias del espíritu, dada su incidencia en la delimitación del estatuto científico de la ciencia jurídica.

3. LAS NOCIONES “MÉTODO” Y “METODOLOGÍA” EN LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Encarado con alguna comprensión –aunque con aspiraciones de exigua suficiencia para nuestros fines–, el tema de la definición y tipología del

²⁹ *Ibidem*, pp. 446-447: “La doctrina de Dilthey al respecto puede sintetizarse del modo siguiente. Mientras las Ciencias de la naturaleza utilizan un método analítico cuya finalidad es esclarecer las relaciones causales existentes en los fenómenos naturales, las Ciencias del espíritu han de utilizar el método comprensivo-descriptivo, cuya finalidad no es otra que la de *comprender o entender* (*verstehen*) las manifestaciones de la vida del espíritu. (...) En definitiva, el método hermenéutico para Dilthey consiste en esto: en la intelección o comprensión de las vivencias de las objetivaciones históricas a ella consiguientes. ...”.

³⁰ Cf. E. HABA. *Ibidem*.

³¹ *Ibid.*, p. 175-176.

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

método en los ámbitos epistemológico y filosófico generales, es productivo igualmente, desde ahora, mencionar la delimitación que en el ámbito jurídico se tiene en relación con las categorías o especies de métodos existentes, variables según las finalidades y modelos científicos proyectados.

No sin razón, autorizados exponentes de la filosofía jurídica contemporánea afirman, con relación al concepto y límites de la problemática metodológica en el Derecho, que la cuestión es un verdadero *mare magnum* en el que la multiformidad y la imprecisión son sus notas características. Esta poca univocidad terminológica propia de la tipología de los métodos en el Derecho, tiende a ser desligada a veces, en su descripción, de su dependencia con la metodología filosófica general, y, en concreto, con una de sus más originales disciplinas: la lógica.³² Es así como, incluso sin agotar el inventario, pueden encontrarse en el ámbito de la ciencia jurídica, a lo largo de las distintas obras de carácter metodológico, seis versiones, por lo menos, de la expresión método y sus afines, con la siguiente denominación y significaciones:

- a) Desde un primer plano, se habla de método (o de metodología) en Derecho cuando se quiere hacer referencia a las *diversas corrientes o “escuelas” de pensamiento* de las que comúnmente da cuenta la ciencia jurídica, bien sea la general o alguna particular. Es en estos casos cuando se encuentran denominaciones para el método en Derecho, como “formalista”, “conceptual”, “libre”, “racional”, “lógico”, “naturalista”, “historicista”, “sociológico”, etc.³³
- b) También se recurre a la expresión método en el contexto jurídico para referirse a los modos específicos de *creación y elaboración* del Derecho, generalmente el positivo legal. En otros términos, para ocuparse del problema de cuándo y cómo cambian los sistemas jurídicos, para usar una terminología un poco más contemporánea, el cual está vinculado por ende con el tema de las fuentes del Derecho. En estos supuestos es común el uso de las denominaciones “método legislativo”, “jurisprudencial” (o “dogmático” en sentido de actividad científico-jurídica) y “jurisdiccional”.³⁴

³² Cf. RODRIGUEZ MOLINERO. *Sobre los métodos...* op. cit. Tomo II, pp. 431 y 433.

³³ *Ibid.*, pp. 432-433.

³⁴ *Ibidem.*

- c) Un tercer punto de vista es el que, con el vocablo método, pretende comprender las modalidades concretas de aplicación, *desarrollo o continuación y concreción* del Derecho positivo. Están familiarizados, entonces, con las nociones de método “exegético”, “sistemático”, “interpretativo”, “tópico” y “hermenéutico”.
- d) Una cuarta versión del concepto y significado de la expresión método en el ámbito jurídico se relaciona con la pretensión del estudio de la interpretación jurídica, evento en el cual se suele referenciar a los métodos como los tipos de interpretación. Se tienen en estos casos las nociones de método “exegético”, “histórico”, “teleológico”, “sistemático” y “analógico”.
- e) Otra versión la ensayan aquellos que ven en el problema metodológico jurídico una simple y pura simetría con la filosofía jurídica, a la cual convierten en un apéndice de la metodología (!), utilizando en estos casos las nociones “método científico”, “técnico”, “crítico”.³⁵ Ante esta plural e insegura semiología del método jurídico, consideramos válido reconocer que, en efecto, el asunto del método y la metodología está siempre ligado a la filosofía, y, en concreto, a la disciplina lógica que la conforma.³⁶ Con lo dicho hasta ahora, es dable afirmar, con alguna univocidad, que la cuestión del *método* primigeniamente abordada en la ciencia jurídica, hace alusión al asunto de cuál es ese *procedimiento epistemológico* válido o correcto a implementar en torno al cumplimiento de las metas o finalidades con él proyectadas. Sin embargo, este aspecto problemático es el que mayores dificultades representa en la indagación epistemológica jurídica. En relación con este problema de la objetivación o finalidades asignadas al procedimiento epistemológico jurídico, y con él a la metodología jurídica,³⁷ podemos decir que no existe acuerdo en la ciencia que se ha ocupado de la temática, multiformidad que puede ser presentada, con GARCIA AMADO,³⁸ mediante la referencia a tres cuestiones:

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ En esto siguiendo a RODRÍGUEZ MOLINERO. *op. cit.*, p. 433.

³⁷ Sin desconocer con ello que en tanto disciplina, la metodología jurídica también ha experimentado diversas polémicas y disputas en lo que a la delimitación de su objeto y finalidad respecta. Lo anterior nos sirve para aclarar que el problema de la delimitación del objetivo o finalidad del método jurídico no debe ser confundido con el problema del objeto de la metodología jurídica, que es el método en cuanto tal. Y así, desde esta perspectiva, el problema de la finalidad o finalidades del método (objeto) será vinculable al del *objetivo* de la metodología jurídica (disciplina).

³⁸ Cf. GARCÍA AMADO. *Teorías de la tópic jurídica*. Civitas/Universidad de Oviedo, Madrid, 1988, p. 96 y ss.

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

- f) En primer lugar, la que indaga por *el modo de proceder o la función realizados por la doctrina metodológica*, encontrándose dos sectores: el de aquellos que afirman que ésta consiste en la búsqueda del modo para obtener unos criterios medidores de la corrección o incorrección de la praxis jurídica; y el de quienes asumen que alude al problema de la descripción y reconstrucción de la labor realizada en la praxis jurídica, de aplicación de preceptos jurídico-positivos.³⁹
- g) El otro aspecto de discrepancia se entronca con el objeto de la metodología jurídica. Según GARCÍA AMADO, en este punto existe una mayor gama de opiniones, comenzando por aquellas que afirman que el tema de la metodología jurídica es todo lo relacionado con la cuestión de “qué es el Derecho”; siguiendo por las que centran el asunto en el estudio de la estructura normativa del sistema jurídico y las instancias de intervención (legislativa, judicial, ejecutiva y ciencia) que en él confluyen al operarlo como una realidad; continuando por las que adhieren a la delimitación del objeto de la metodología en la aplicación “práctica” del Derecho; y por las que la identifican con la interpretación jurídica, entre otras.⁴⁰
- h) Un último sector es el representado por aquellos que conciben la metodología jurídica como una disciplina. En primer lugar se encuentran quienes la conciben independiente y con entidad propia. Asumen que la metodología se encuentra ligada a cada concepción de lo jurídico, y que, por ello, es la disciplina encargada del estudio del correspondiente concepto de Derecho. De allí que se diga, conforme a este planteamiento, que la metodología jurídica no es una teoría sobre el derecho sino la teoría del Derecho articulada a partir de un concepto concreto de éste, constituyendo, por tanto, una teoría de las normas jurídicas. De otro lado están los que ven la metodología jurídica como una disciplina interdisciplinar, esto es, no independiente. Y la vinculan con la filosofía y la ciencia política,⁴¹ opción de bastante aceptación en la ciencia jurídica de la posguerra.

³⁹ *Ídem*, *ibídem*.

⁴⁰ Cf. GARCÍA AMADO. *Ídem*, pp. 97-98.

⁴¹ *Ídem*, pp. 98-99.

ROBLES realiza otra presentación del polisemiótico problema de la metodología jurídica.⁴² Para este autor, ésta no debe ser equiparada, sin más, a la interpretación jurídica. Afirma que cuando en Derecho se habla de metodología conviene distinguir entre la metodología de la decisión jurídica y la metodología de la dogmática jurídica o Jurisprudencia –entendida en el sentido del contexto jurídico alemán, esto es, como ciencia del Derecho–.

La primera, dice, “... es una reflexión sobre el *hacer del técnico* del Derecho (...);⁴³ como define al juez, mientras que la segunda, por su parte, “... es una reflexión sobre el *hacer del científico* del Derecho”.⁴⁴ Esta dualidad disciplinar metódico-jurídica que propone el autor, es consecuencia de su definición del concepto de interpretación jurídica, el cual obedece también a una dualidad: la interpretación del técnico jurídico o juez está encaminada al problema concreto a la espera de decisión o tutela judicial. La interpretación del científico del Derecho, jurista o dogmático, por su parte, pese a que la dogmática es una disciplina orientada a problemas, está encaminada a la solución sólo de los que provengan de la experiencia jurídica general. Es por ello que postula, apenas, el carácter mediatamente práctico de la Jurisprudencia (entendida en el sentido de ciencia jurídica). Los problemas interpretativos de ella serán, en su sentir, siempre sistemáticos, lo que no quiere decir en el autor que la dogmática no pueda ser aprovechada como patrimonio interpretativo por la teoría de la técnica jurídica.

De esta manera, ROBLES termina proponiendo una conexión diferenciada de los dos modelos de interpretación, aunque dejando algo confusa la cuestión del papel desempeñado por la dogmática, toda vez que la afirmación del carácter contributivo a la formación del problema por el técnico de la decisión no conduce a aceptar, según su propia formulación, “...que ésta sea una disciplina práctica”.⁴⁵

Esta rigurosa delimitación es desde luego importante, a más de refrendable, pero con una variación en su planteamiento: la forma como se articula la

⁴² ROBLES MORCHÓN. *La decisión en el Derecho y la tónica jurídica...* op.cit., pp. 388 ss.

⁴³ Cf. ROBLES MORCHÓN. *op. cit.*, p. 388; cursivas agregadas.

⁴⁴ *Ídem*, ibídem; cursivas adicionadas.

⁴⁵ *Ídem*, p. 393, afirmando seguidamente, y de allí la falta de claridad del planteamiento: “... es así perfectamente pensable una Jurisprudencia despreocupada absolutamente de la realidad vital y de las futuras decisiones sobre futuros problemas, aunque pueda decirse que tal labor no sea deseable por insuficiente”.

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

distinción, que en nuestro criterio puede mantenerse aunque no recurriendo a una relación antitética, sino, más bien, dialéctica. De esta forma, la *metodología jurídica* (en un ámbito de la teoría de la ciencia, esto es, significando una especie de metodología de la epistemología jurídica), género disciplinar, en nuestra perspectiva, y en efecto no reducible a la interpretación jurídica, estará integrada por las sub-disciplinas de la *metodología de la interpretación jurídica* (fracción de la teoría de la técnica jurídica, propuesta por ROBLES) y la *metodología de la ciencia jurídica* o dogmática jurídica, esta última expresión en su sentido metódico o como metodología– (teoría de la dogmática jurídica, en la perspectiva de ROBLES).

En nuestro concepto, el problema de la definición del método y la delimitación del tema de la metodología jurídica puede ser presentado como forma de abordar la cuestión de su *status* epistemológico, como sigue. En lo que a ese procedimiento en cuanto tal respecta, es de aceptación secular y además preponderante en la ciencia jurídica de orientación germano-romanista, tener como método de aprehensión cognoscitiva del objeto, el llamado *método positivo*, una de cuyas proyecciones específicas en el ámbito jurídico la constituye el llamado *método dogmático*, de especial relevancia en la ciencia del Derecho penal. Esta orientación metódica dogmática obtiene su denominación (no necesariamente su proyección epistemológica, como veremos), en tanto es el método dogmático un procedimiento encaminado a posibilitar el conocimiento racional y científico de un *concreto Derecho vigente en un ámbito*.

En lo que alude a la cuestión del objeto de la metodología jurídica, estimamos pertinente comenzar por la diferenciación, básicamente, de dos corrientes. En primer término, y sobre la que existe gran acuerdo, podríamos mencionar la que habla de una finalidad *inmediata*, que tiende a reconocer como telos basilar del método jurídico, el posibilitar la tarea interpretativa y sistematizadora de las proposiciones y enunciados lingüísticos contenidos en los textos legales.⁴⁶ Por su parte, una segunda orientación, de menos inmediatez debido precisamente a su abstracción (lo que a su vez conlleva

⁴⁶ Por todos, A. AARNIO. *Lo racional como lo razonable*. CEC, Madrid, 1991, págs. 51-54.

dificultades de concreción epistemológica), considera que esa finalidad medular del método jurídico no es otra que la realización del fin de justicia.⁴⁷ De nuestra parte, consideramos más adecuada, por su ponderada aspiración omnicompreensiva, la postura de GARCÍA AMADO en el sentido de que, no obstante dichos contrastantes niveles de delimitación, por un lado, y de generalidad, por otro, tiene validez adscribirse a los intentos contemporáneos de determinación del objetivo axial de la metodología jurídica –y del método jurídico, por ende–, según los cuales, éste se encamina a “...eliminar la arbitrariedad de la práctica jurídica y conseguir el mayor grado posible de racionalidad de la misma”.⁴⁸ Y su mayor adecuación se colige si se resalta que esta objetivación de la metodología comprende las diversas metas particulares, así como las generales, de las diferentes doctrinas metodológicas vistas: la interpretación del Derecho, como su sistematización; la elaboración del concepto del Derecho, como la obtención del sentido normativo de las proposiciones y enunciados jurídicos; la estructuración del Derecho como actividad practicada por las diferentes instancias de intervención jurídica; todas ellas finalidades subyacentes al objetivo de racionalidad que se reclama del Derecho como orden de naturaleza normativa, presente como realidad en las sociedades civilmente organizadas, objetivo que a su vez conduce a un grado de justicia no desdeñable, valor que representa la metateleología de toda metodología jurídica, por supuesto.

Del mismo modo el acierto de esta tematización de la metodología jurídica a la que adherimos se evidencia al examinar que se hace compatible con aquella noción de metodología bifurcada que vimos, compuesta dialécticamente por una metodología de la teoría de la técnica jurídica y una metodología de la ciencia jurídica; esto teniendo en cuenta que en el decurso de este ensayo nos declaramos en favor de una dogmática jurídica en efecto con carácter de disciplina práctica -propedéutica de razonamiento práctico disponible también para la praxis jurídica-. Entiéndase por tal, aquel modelo de ciencia jurídica epistemológicamente no sólo proyectado hacia, sino también integrador, además de una teoría “dogmática” o de la ciencia jurídicopenal, de una de la decisión (posiblemente coincidente con la teoría de la técnica jurídica

⁴⁷ Del mismo modo hay versiones que podríamos denominar “intermedias”, como la de ENGISCH, quien establece como objeto de la dogmática jurídica, en tanto metodología, “... sobre todo, *determinar el contenido de la proposición jurídica*, para ver qué casos concretos de la vida son subsumibles en ella”. Citado por E. GIMBERNAT ORDEIG. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*. Tecnos, Madrid, 1998, p. 44.

⁴⁸ Cf. J.A. GARCÍA AMADO. *Teorías de la tónica jurídica*. op. cit., p. 291; cursivas ajenas al original.

planteada por ROBLES) en la que la perspectiva de razonamiento problemático del jurista o científico del Derecho en la clasificación tradicional no sea sistémica, y la del razonamiento problemático del juez no sea absolutamente asistemática.

4. LA NOCIÓN “DOGMÁTICA” COMO PROBLEMA METODOLÓGICO-JURÍDICO

A partir de lo anterior, y siguiendo dentro del ámbito normativo del Derecho continental europeo, adquiere relevancia emprender una aproximación conceptual al tema de la llamada *dogmática jurídica*. Este acercamiento no es fácil, encontrándose en su realización, como primera y reiterada característica, la tendencia de los juristas de equipararla, en una actitud reduccionista del asunto, con la ciencia jurídica misma. Sin embargo, una revisión del asunto muestra que éste no es un problema tan simple como pretende hacerse ver, y fundamenta la opción de discrepancia, por lo menos, con esta conceptualización reduccionista.

Partamos, entonces, de la delimitación conceptual que suele acompañar a esta versión reduccionista: la dogmática jurídica es –de allí la equiparación– el conjunto de proposiciones u opiniones jurídicas supuestamente avalorativas o neutrales (esto último de conformidad con la metodología positivista-formalista a la que tendremos tiempo de referirnos posteriormente), resultante del ejercicio de *ese* procedimiento epistemológico-científico-jurídico constituido por el método dogmático. En efecto, el ejercicio del método dogmático –y no sólo de éste, por supuesto– arroja un resultado en torno al proceso de conocimiento que mediante él se lleva a cabo; como también faculta dicha ejercitación procedimental el que a ese grupo de opiniones jurídicas (que en general representan las proposiciones metodológicamente obtenidas en torno al objeto jurídico, no tan neutrales como veremos), se le denomine dogmática jurídica o específica forma de ciencia, la jurídica. Pero, esta versión de la dogmática jurídica se corresponde con el concepto objetivista de ciencia, según el cual ésta es “un *conjunto de proposiciones*

objetivas”⁴⁹ que impelen a que su construcción deba ser realizada lógicamente.⁵⁰

Pero, ¿dimana de allí la validez de la actitud de perder de vista esas otras significaciones subyacentes e implícitas en el recurso al método dogmático y en las funciones que suelen asignársele al conjunto de proposiciones o dogmática? Es decir ¿es epistemológicamente adecuado soslayar que al existir un concepto plural de ciencia (esto es, no sólo uno objetivo, sino también, uno subjetivo), la dogmática en cuanto poseedora del *status* de la ciencia jurídica no puede quedar reducida sólo a éste?

Resolver este interrogante motiva a trascender un poco en la caracterización de la dogmática, y, por ende, de la ciencia –concepto al que se equipara–, lo cual puede hacerse partiendo de esas notas subyacentes e implícitas al ejercicio metódico dogmático (científico). Puede ser útil comenzar por la indagación del concepto subjetivista de ciencia. Según BOCHENSKI, entendida en un sentido subjetivo, la ciencia no es otra cosa que “un *saber sistemático*”,⁵¹ un estado que consiste en la comprensión de la ciencia en sentido objetivo, en la *investigación*, para hablar epistemológicamente, de donde se desprende que esta modalidad de ciencia también debe estar dirigida por la lógica, lo que le erige dos exigencias: una, no violentar las leyes lógicas, especialmente los principios lógicos; la otra, *proceder metódicamente*, lo cual significa la necesidad insuprimible del empleo de métodos adecuados y determinados para conocer el objeto.⁵²

⁴⁹ Cf. J.M. BOCHENSKI. *Los métodos actuales...*, cit., pág. 30, autor que demarca como características de la ciencia objetivamente entendida, las siguientes: “a) Es un conjunto sistemático de proposiciones objetivas que corresponden al carácter sistemático de la ciencia subjetivamente entendida. b) (...) La ciencia no consta de proposiciones posibles, sino formadas realmente. C) (...) es una obra social. A ella pertenecen solamente aquellas proposiciones que de una u otra manera han sido objetivas, es decir, representadas en signos, estando así al alcance, al menos en principio, de los demás hombres. ...”. (*Ibid.*, p. 31-32).

⁵⁰ “Siendo un conjunto de proposiciones, sus partes deben estar unidas entre sí por relaciones lógicas. (...) La lógica, y precisamente la lógica formal, constituye, pues, el marco indispensable de la ciencia así entendida, que siempre supone la lógica. Cf. *Ibidem*, p. 32-33.

⁵¹ Cf. *op. cit.*, p. 30: “Es, en primer lugar, un *saber*, es decir, una propiedad del sujeto *humano individual*. El que posee una ciencia tiene la *aptitud* de entender muchas cosas de ella y de realizar correctamente las operaciones espirituales correspondientes. (...) Ciencia, en este sentido, no es otra cosa que una especial aptitud unida naturalmente a un saber propio, en este caso el conocimiento de muchas leyes. Pero la ciencia subjetivamente entendida es mucho más: un *saber sistemático*. No todo el que conoce algo de un dominio del saber posee ciencia de él, sino sólo aquél que ha penetrado sistemáticamente en él y que, además de los detalles, conoce las *conexiones de los contenidos...*”; “Se habla a menudo de actividades científicas, de la investigación. Se las llama científicas porque su fin consiste en la formación o desarrollo de una ciencia en sentido subjetivo. Pues el que investiga, estudia, etc., se esfuerza por obtener un *saber sistemático...*”.

⁵² BOCHENSKI. *op. cit.*, p. 33.

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

Es cuestionable, se insiste, la actitud reduccionista de la teoría del conocimiento jurídico de integrar a la epistemología jurídica sólo la expresión conceptual objetiva de la ciencia, especialmente porque con ello se deja de lado la posibilidad de abordar adecuadamente la cuestión del método y la metodología, temas esenciales del saber jurídico sistemático. Tomando como punto de partida este derrotero, es válido, en algo *prima facie*, el establecimiento de los siguientes rasgos, de alguna manera fenotípicos, de la dogmática jurídica (como ciencia en sentido subjetivo), los cuales indican o refieren, a su vez, *sentidos epistémicos* de la expresión “dogmática” jurídica (y, con ellos, su naturaleza metacientífica, como se argumentará), de tanta mención en el ámbito epistemológico del pensamiento jurídico occidental romanista.

Un primer sentido de la dogmática jurídica hace alusión a ella como *actividad investigativa, actividad científica*:⁵³ aquella que pretende obtener un enfoque científico de los problemas normativos jurídicos, es decir, una manera de construir el Derecho con las notas trascendentales de la cientifización: racionalidad, sistematicidad y objetividad.

Un segundo sentido, por su parte, hace referencia, con la expresión “dogmática,” a *una metodología jurídica*,⁵⁴ en la medida en que es la disciplina -fundamental aunque no exclusivamente- que se ocupa del estudio del método dogmático como procedimiento epistemológico del establecimiento del sentido normativo o contenido deóntico de un determinado plexo de normas jurídicas vigentes en un ámbito, a cargo de la comunidad jurídica, finalidad ésta inmersa en el telos de la metodología al que se prestó adhesión con anterioridad.

En tercer lugar, puede darse a la dogmática jurídica el sentido de una *actitud-ideología* (quizás sea más dicente la denominación “*mentalidad jurídica*”) de

⁵³ Se habla a menudo de actividades científicas, de la investigación. Se las llama científicas porque su fin consiste en la formación o desarrollo de una ciencia en sentido subjetivo. Pues el que investiga, estudia, etc., se esfuerza por obtener un saber sistemático.” Cf. BOCHENSKI. *op. cit.*, p. 30.

⁵⁴ De allí que se diga que es la dogmática jurídica una de las varias estrategias metodológicas de la ciencia jurídica; o, por qué no, una inframetodología jurídica, integrante de *la* metodología jurídica, vista por algunos en razón de la escasa univocidad del tema, y, para continuar con alguna coherencia en relación con la anterior denominación, como una *metametodología* jurídica. Tal vez en ese sentido expresa GARCÍA AMADO, que es tanta la variedad de métodos “concretos” y divergencias en torno al cometido de la metodología, que “(...) se ha llegado a sostener que no es posible afirmar hoy que exista algo así como “la” metodología jurídica, sino una pluralidad de ellas (...)”. Cf. *Ibid.*

las instancias de intervención jurídica, característica del *Civil Law*, en el que es común, y además prevalente, la convicción incuestionable (quizás por ello, más bien una presunción), de aceptación “dogmática” de una ficta racionalidad del Derecho positivo; connotación racionalista que justifica la defensa del postulado de que la dogmática constituye el más adecuado derrotero metodológico para el conocimiento de la normatividad jurídica. Obsérvese que aquí la denominación “dogmática” de la ciencia jurídica obedece en sí a las referidas aceptación y convicción, más que a la conciencia epistemológica, del uso del método dogmático.

Todos estos sentidos⁵⁵ nos impelen a, y a la vez nos permiten, efectuar un más reflexivo y adecuado acercamiento a la definición de la dogmática jurídica del *Civil Law* (una ubicación próxima a la dogmática en términos de deber ser): ésta es, efectivamente, una *disciplina* -epistemológicamente hablando-; además *científica* -en tanto se fundamenta en la búsqueda de niveles de racionalidad y tendencial objetividad, entendida esta última en términos de intersubjetividad-, de los juicios de valor o normativos, a través del uso de un método, el dogmático; la dogmática es, en conclusión, la *teoría del método dogmático*.⁵⁶

Podría plantearse que el sentido subjetivo de ciencia, especialmente en su vinculación con la necesidad de implementar el proceder metódico, tiene una naturaleza epistemológica, es decir, tiene mayor relación, como objeto de estudio, con la teoría de la ciencia que con la ciencia misma. Llevada esta consideración al ámbito epistemológico jurídico, la dogmática jurídica sufre en su *status* científico (subjetivo), también, una variación: en tanto cumple diversos cometidos, relacionados cada uno con sus plurales sentidos (varios de los cuales, especialmente el metodológico, de naturaleza metacientífica o epistemológica), la dogmática asume también en el *Civil Law* un carácter epistemológico: el de una *metateoría* del método dogmático-jurídico.

⁵⁵ a) Conjunto de proposiciones y enunciados constitutivos de opiniones jurídicas en torno al sentido normativo de un plexo de normas de algún concreto sector del orden jurídico; b) Investigación racionalista y objetiva de los materiales normativo-jurídicos, sea para su creación, ora para su aplicación -interpretación-; c) Estudio del ejercicio método dogmático en el Derecho, e ideología jurídica.

⁵⁶ “... toda labor de investigación precisa ciertos principios metodológicos generales que valen para todas las ciencias, al menos para buen número de ellas. Estos principios generales metodológicos son estudiados por la metodología...”. Cf. BOCHENSKI. *op. cit.*, p. 34.

APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW

En otros términos: epistemológicamente, la dogmática representa la metateoría de la metodología jurídica (o metametodología jurídica), encargada, por ser competente epistemológicamente para ello, de perfeccionar el uso del método dogmático a la hora de realizar la actividad investigativa (científica) jurídica, referida a la interpretación racional y tendencialmente correcta del Derecho positivo de un determinado ordenamiento.

Esta naturaleza epistemológica de la dogmática suele ser rechazada –mejor aún, inobservada generalmente– en forma inconsciente en las distintas teorías de la ciencia jurídica, especialmente las de carácter metodológico, rechazo que se acompaña de la reducción de la dogmática a uno sólo de dichos planos (el de ciencia jurídica), no obstante mantener integrados a su definición los restantes.⁵⁷ Y el tener delimitada su connotación o estatus epistemológico (una teoría metametodológica jurídica), permite establecer lo inadecuado, cuando no lo incorrecto, de la equiparación de la dogmática a *la* ciencia jurídica,⁵⁸ como suele suceder mayoritariamente en el contexto científico jurídico romanista.

Las razones para ello tienen relación con la finalidad que acompaña a la metodología de la ciencia jurídica (problema de carácter epistemológico por antonomasia) en el Estado constitucional contemporáneo, indicativa de un cometido allende al de la ciencia jurídica: el de la racionalidad de la *práctica jurídica*, lo que obstaculiza, para bien, mantener la pretensión de que la dogmática (*ciencia* jurídica) se reduzca sólo al conocimiento científico interpretativo y sistematizador de la normatividad positiva.

Esto es hoy así, en tanto el concepto de Derecho como objeto sobre el cual se realiza la comprensión y conocimiento racionales y justificados o legítimos del sentido deóntico de sus materiales, no está referido únicamente al Derecho

⁵⁷ Esta comprensión puede observarse en las diferentes nociones de dogmática que se encuentran, todas las cuales dan por sentada la validez de la equiparación dogmática-ciencia jurídica. Sin embargo, pretenden que la dogmática (ciencia) estudie desde sí el asunto metodológico, aspecto éste del que es común que se hable en los estudios científicos (no de teoría de la ciencia o epistemológicos) como uno de sus temas, aspecto que, siendo desde luego necesario para el trabajo científico-jurídico, hace parte del temario de la epistemología jurídica.

⁵⁸ Partidario de esta consideración es DIAZ, para quien la dogmática jurídica es un *primer nivel* o *sector básico* de la ciencia del Derecho. Cf. *Sociología y filosofía...*, cit., pp. 70 y 72. Para quienes asumen la diferenciación, este primer estadio muy importante de la ciencia jurídica, ese primer nivel, se ocupa del estudio de uno de los tantos posibles métodos –el método dogmático– con que cuenta la ciencia jurídica para realizar sus distintos cometidos, como el de sistematización e interpretación jurídica del Derecho positivo (propio de la dogmática, siendo estrictos), y, de esta forma, el más trascendental, el de la racionalidad de la práctica jurídica, relacionada con un concreto Derecho positivo (propio entonces de la ciencia jurídica).

positivo, sino también a la dialéctica entre creación y desarrollo o continuación de las normas jurídicas; entre autoridad normativa y autoridad interpretativa.

Ahora, a este respecto conviene reiterar lo insuficientemente rigurosa (teniendo en cuenta la mencionada densidad implícita en la llamada dogmática jurídica), que es la equiparación dogmática-ciencia jurídica, especialmente en el aspecto de la *forma*, efectuada por los tratadistas de la teoría de la ciencia jurídica en el Derecho continental-europeo, consistente en el asentamiento de una definición de ciencia jurídica aparentemente comprimida, a la que se integran, sin tener cabida bajo tal delimitación conceptual, todos los sentidos posibles de la noción dogmática vistos.

Nuestro interés se encuentra representado tan sólo en la argumentación de ese carácter metacientífico o epistemológico de la dogmática, desde el estudio de sus diferentes sentidos, con miras a establecer cuál puede ser ese sentido epistemológico “dogmático” que, tradicionalmente, se hace de la ciencia jurídica en el occidente jurídico continental europeo, especialmente por las implicaciones que trae consigo la referida equiparación, y que van desde la encubierta reformulación del Derecho positivo, generalmente practicada desde cualquier ideología político-jurídica, hasta la renuncia a un ideal de racionalidad material por la cesión ante la racionalidad formal derivada del dogma de la presunta racionalidad del legislador.

Planteamos conclusivamente, entonces, que la teorización sobre la dogmática jurídica en el civil law es una cuestión que ha sido inconvenientemente simplificada por los teóricos de la ciencia jurídica del *Civil Law*, y que es consecuencia de la falta de claridad en relación con el complejo sentido epistémico de la dogmática jurídica (fárrago que se vincula con el uso del método que realiza la dogmática, precisamente del que obtiene su nombre, y que contrasta fuertemente con los caracteres normativo y valorativo en su objeto de conocimiento). Para ello se intentará la necesaria reconducción de la simetría dogmática-ciencia jurídica, la cual apunta a la delimitación correcta de ambas nociones, en aras de la adecuada comprensión de la primera teniendo en cuenta sus temas y significados.

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

Sobre esta base, podría ser aceptable, incluso como punto de partida, que la dogmática sea y pueda ser la ciencia jurídica misma, tal como se acepta casi consensualmente en el *Civil Law*, aunque parezca, conforme a lo dicho, que así no deba ser; pero ello, siempre y cuando se tenga claro que un modelo de ciencia jurídica como el tradicional no da cuenta del esclarecimiento y la correcta delimitación conceptual -epistemológicamente hablando- de la denominación (“dogmática”) que de ella se hace *en dicho ámbito*.

Ello es así, fundamentalmente, cuando se advierte el sentido y la validez de la afirmación según la cual el meollo del problema de la metodología jurídica, en tanto está representado en la *obtención de la racionalidad de las teorías sobre la valoración jurídica de aquellos hechos con relevancia normativa intersubjetiva*, constituye un asunto de connotación epistemológica, más que científica, y por ello la imperativa necesidad de una adecuada delimitación de esa actividad comúnmente denominada dogmática jurídica.

Tras estas breves precisiones conceptuales, es oportuno realizar ahora un breve recorrido por los hitos de la tradición “dogmática”, o mejor, metodológica de la ciencia jurídica del occidente europeo continental, a través de la reseña de las distintas propuestas metódicas, en aras de aproximarnos con mejor posición a nuestro objetivo de delimitación epistemológica del método y la disciplina dogmática en el ámbito científico jurídico-penal. Este condensado repaso requerirá de la referencia a cuestiones a veces aparentemente aisladas, entre ellas los conceptos de Derecho de las diferentes versiones metodológicas, o los diseños de sus distintas opciones de interpretación normativa, así como sus respectivas filosofías políticas.⁵⁹

Esta referencia, no sobra aclararlo, es imprescindible, teniendo en cuenta la vinculación conceptual necesaria (no siempre clara para la teoría jurídica⁶⁰), de la problemática metodológica con la definición del Derecho, circunstancia que se explica cuando se advierte el carácter presupuestario de tal definición, pues sin detenerse a reflexionar sobre el concepto de la disciplina, resulta

⁵⁹ “Las doctrinas sobre el método -nos enseña GARCÍA AMADO- nunca pueden entenderse desvinculadas del concepto de Derecho, tácito o expreso, sobre el que se asientan. De ahí que una historia de la metodología jurídica tenga siempre que ser, al mismo tiempo, una historia de los modos de concebir el Derecho como dato o fenómeno.”. Cf. GARCÍA AMADO. *Teorías...*; cit., pp. 291-292.

⁶⁰ “Cabe establecer una distinción básica dentro de la doctrina, a partir de la consideración de tres aspectos inescindiblemente unidos: la noción de Derecho, la idea de racionalidad (o corrección o verdad, según las terminologías) en el trabajo jurídico y las reglas o indicaciones metódicas.” Cf. *idem, ibidem*.

errático abordar la reflexión sobre su método al proceder al conocimiento del objeto, reflexión de la cual se genera, a su vez, el carácter también presupuestario (epistemológico) de aquélla.

Para un mejor resultado, es conveniente una última aclaración: la multiformidad conceptual existente en materia del método y su doctrina circundante en el ámbito filosófico general, es constatable en la mayoría de direcciones metodológico-jurídicas, en las cuales prima la mezcla de diferentes orientaciones metódicas, no siempre consciente y generadora de un cierto grado de complejidad en la problemática, lo que por supuesto incide en la claridad de su revisión.

Esta breve incursión por los senderos de lo metodológico jurídico indica que en la epistemología jurídica el problema de la metodología ha sido motivo de profundos replanteamientos en sus múltiples aspectos, cambios éstos que pueden fundar su denominación en la actualidad a la manera de una “neometodología” jurídica, cercana en algo a lo que en otros ámbitos académicos se describiera como una “metametodología jurídica”, o una “metateoría metodológica”, sobre la que son significativas, para lo que constituye nuestro planteamiento, las consideraciones sentadas por PETEV:

*“Concebida así la metodología jurídica, no podrá reducirse a una simple interpretación de textos jurídicos. Por supuesto ésta se ocupa de la interpretación de textos normativos al apoyar e instruir la dogmática jurídica, que, a su turno, busca explicitar el contenido de normas de un sistema jurídico vigente. Pero la especificidad de esta interpretación proviene, de una parte, del hecho de tratarse de textos normativos y no descriptivos, no susceptibles de una calificación libre, incluso arbitraria, como un texto literario, y además porque se refiere a normas dirigidas a una determinada conducta social esperada. De otra parte, es esta conducta social la que está en la base de las relaciones sociales jurídicas examinadas por el Juez u otro agente del Derecho”.*⁶¹

⁶¹ Cf. V. PETEV. *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 1996. pp. 32-33.

III

El problema metodológico de la ciencia jurídica general ha estado precedido de un decurso histórico configurado por cuatro hitos fundamentales, a lo largo de los siglos XIX y XX: el *historicismo*, cuyo gestor principal fue SAVIGNY, que se enmarca dentro de la época del iusnaturalismo racionalista; el *positivismo*, inicialmente empírico o naturalista y posteriormente el normativista; y el *pospositivismo*, en sus momentos *antipositivista* y *metapositivista*. En todos ellos confluyen variedad de vertientes ideológicas, aunque trazadas por unos rasgos comunes, que serán objeto de descripción seguidamente.

1. EL HISTORICISMO

Se tiene a SAVIGNY como el iniciador de la disciplina que se ocupa del estudio científico del método jurídico o metodología jurídica. Su planteamiento en torno a la función de los juristas en la aplicación de las leyes, representó un hito en la historia del método jurídico, hasta esa época de inspiración esencialmente iusnaturalista, de la que su teoría metodológica no se liberó absolutamente.⁶²

Para este autor, la “Ciencia de la Legislación” debe ser estudiada desde una perspectiva histórica y filosófica;⁶³ entendiendo por la primera orientación, la interpretación de la ley teniendo en cuenta las circunstancias históricas de su génesis, sin sobrepasar la delimitación gramatical que en ella ha plasmado el legislador como su disposición.⁶⁴ El segundo elemento de articulación de su metodología lo concibe como la conformación sistemática del conjunto de leyes vigentes en un estado, en tanto para el autor comienza a cobrar vigencia

⁶² Cf. K. LARENZ. LARENZ. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1994 p. 31.

⁶³ “La función legislativa es por consiguiente doble: legislación de derecho privado y legislación de derecho criminal. Las normas de la elaboración, empero, deben ser deducidas de lo que es común a las dos: los principios fundamentales. Estos son: 1) la ciencia legislativa es una ciencia histórica; 2) es también una ciencia filosófica; 3) ambas deben unirse; deben ser totalmente históricas y filosóficas a la vez.”; resaltado agregado. Cf. SAVIGNY. *Metodología jurídica*. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 6.

⁶⁴ “Pero la ley tiene que ser objetiva, esto es, expresarse directamente; por ello todas las premisas de la interpretación deben hallarse en la ley misma o en conocimientos generales (por ejemplo, conocimiento del lenguaje de la época). La interpretación se hace fácil si el intérprete se coloca en el punto de vista de la ley, mas tan sólo si ese punto de vista es conocible mediante la ley misma. Se dice generalmente que en la interpretación todo depende de la intención del legislador, pero esto es verdad a medias, porque depende de la intención del legislador en cuanto ésta aparece de la ley...” Cf. SAVIGNY. *op. cit.*, pp. 13-14.

la aspiración de unidad que acompaña presupuestariamente a la Ciencia que se ocupa de diseñar el método de interpretación de las mismas.⁶⁵

SAVIGNY, como puede inferirse, desarrolla su doctrina impregnándola de dos elementos esenciales: uno, de un marcado aferramiento a la letra de la ley y a la racionalidad legítimamente presumible del legislador,⁶⁶ sin que esto constituya óbice para que el jurista entre a la reformulación del texto legal sin exceder las limitaciones normativas que le demarcan las disposiciones legales; otro, de preocupación por la concreción de una ciencia del Derecho (de la legislación) metodológicamente aseguradora para los ciudadanos de su situación normativa ante el Estado, finalidad que, en la medida que no estaba aún bajo el influjo pleno del concepto positivista de ciencia, consideró posible y correcta a través de la introducción de la filosofía sistematizadora, que centró en la elaboración teórica de conceptos jurídicos como los institutos jurídicos, que terminó por considerarlos como conceptos fundamentales para la interpretación de la ley, como para la creación de la misma.⁶⁷

Excurso: Debe aclararse que entre la primigenia disciplina metodológica en sentido estricto, esto es, la dirección histórica de SAVIGNY, y el surgimiento de su hito subsiguiente, el positivismo jurídico, son constatables unas doctrinas predecesoras al último:

- a) En primer lugar, se tiene la denominada “**Jurisprudencia de Conceptos**” (también caracterizada como “Genealogía de Conceptos”) de PUCHTA. Los teóricos de la metodología jurídica que subsiguieron a SAVIGNY heredaron del iusnaturalismo, como también del idealismo alemán (FICHTE-SHELLING), la preocupación por el sistema, en tanto su ligazón con la pretensión de verdad epistemológica. Así, enmarcó su construcción metodológica jurídica, PUCHTA, en la concreción de un sistema que proporcionara tal aspiración. El sistema, significaba para esta

⁶⁵ De allí que tenga mucho sentido la aclaración de LARENZ, en torno al significado de la directriz filosófica en la obra de SAVIGNY: “Con el elemento “filosófico” de la ciencia del Derecho no se puede querer decir, por consiguiente, la aceptación de cualesquiera dogmas iusnaturalistas, sino sólo una orientación peculiar de la propia Ciencia del Derecho hacia una *unidad immanente por ella presupuesta...*”; resaltados originales. Cf. LARENZ. *op. cit.*, p. 32.

⁶⁶ Los que defiende frontalmente en sus escritos juveniles, en tanto no se despojó de la influencia iusnaturalista en su totalidad. No obstante, hacia su madurez, como lo pone de presente LARENZ, “... Savigny se libera además de la estrecha vinculación al tenor literal de la ley, por él defendida en el escrito juvenil, en beneficio de una más atenta consideración del fin de la ley y de la conexión de sentido dada la contemplación total del instituto jurídico”. Cf. LARENZ. *op. cit.*, p. 38.

⁶⁷ Cf. LARENZ. *Ídem, Ibídem.*

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

corriente, "... el único modo posible en que el espíritu cognoscente es capaz de asegurarse de la verdad: el criterio de la "racionalidad" interna, la ineludible exigencia de auténtica científicidad".⁶⁸

PUCHTA orientó su articulación de sistema a través de las reglas de la lógica formal y la concepción piramidal de los "conceptos jurídicos", que le permite afirmar la relación lógica de los conceptos jurídicos, que fueron los subrogados de los "institutos jurídicos" de SAVIGNY. De esta manera postula la "genealogía de conceptos", que viene a ser "... la pirámide de conceptos del sistema construido según las reglas de la Lógica formal".⁶⁹ La estructura piramidal de la teoría jurídica se basaba en la postulación de un concepto supremo, en la cima de la pirámide, del que se derivaban los conceptos fundamentales inferiores, siendo llamativo el origen y naturaleza de tal concepto fundamental, el concepto de libertad kantiano: la filosofía del Derecho. A dicho concepto sistemático fundamental subyacen los conceptos "inferiores" jurídicos fundamentales del sistema: los conceptos de sujeto de derecho (persona) y de derecho subjetivo.⁷⁰

Sobre la concepción puchtiana del sistema jurídico y su valor como propuesta metodológica, formula LARENZ dos importantes aclaraciones: de un lado, que "... la edificación deductiva del sistema depende *de* e incide *en* el presupuesto de un concepto fundamental con contenido determinado, que en sí mismo no es, a su vez, derivado del Derecho positivo, sino que es previamente dado a la ciencia del Derecho positivo por la Filosofía del Derecho. Sólo lo que permite subordinarse a ese concepto fundamental puede ser "Derecho"⁷¹. De otro, que debe diferenciarse claramente la Jurisprudencia de Conceptos del Positivismo, cuya identificación puede tener lugar en el recurso a las reglas lógicas. Ello es inexacto en tanto, para aquella "Los conceptos supremos del sistema indican justamente aquello contenido mínimo que tiene que realizarse en todo concepto jurídico si aun ha de corresponderle la cualidad de concepto "jurídico". Pero de esto depende que el legislador no puede establecer el derecho *arbitrariamente* -que está en principio en

⁶⁸ Cf. LARENZ. *Metodología...*; cit., p. 39.

⁶⁹ *Ibid.* p. 41.

⁷⁰ *Ibid.* p. 42.

⁷¹ Cf. *op.cit.*, pp. 42-43.

situación de hacerlo (en el marco de lo fácticamente posible) es la tesis fundamental del “positivismo”-, sino sólo en cuanto se mantenga en el marco de los conceptos fundamentales a él previamente dados”.⁷²

Igualmente es destacable de la propuesta metodológica puchtiana, su esfuerzo por vincular al legislador, como estrategia de garantía de racionalidad de su producción normativa, a conceptos prejurídicos, concretamente el de libertad reseñado, indudable valor político y filosófico de esta doctrina, que empujó a ello se constituyó, por su asignación de fundamentalidad al pensamiento sistemático-lógico formal, en la cuota inicial del formalismo jurídico sobreviniente que dominara el pensamiento jurídico hasta la primera mitad del siglo XX, especialmente por su consecuencia ulterior de distanciamiento absoluto de la Jurisprudencia con la facticidad social, moral y política.⁷³

- b) En segundo lugar, el “**Historicismo de JHERING**” (el joven o “primer” JHERING), quien en esta primera etapa académica, partiendo de los conceptos fundamentales de PUCHTA, sobredimensionó el recurso a la lógica formal, y especialmente, la simetrización de la ciencia jurídica con las ciencias naturales de su época, básicamente con los postulados epistemológicos de la química. Para JHERING la ciencia del derecho sigue comprendiendo tres tareas esenciales: la sistemática, la histórica y la interpretativa, pero la de significado preponderante es la primera. Para él el sistema, en tanto es funcionalmente reflejo de la disciplina química, no debe depender en su fundamentación, de conceptos filosóficos, a la manera de PUCHTA. El sistema normativo jurídico es autosuficiente en su producción normativa, de los conceptos jurídicos básicos, en tanto “cuerpos jurídicos volátiles” que siguen existiendo, se derivan diferentes grupos y categorías de normas cuya deducción es indefectible porque las mismas son fenómenos con existencia propia.⁷⁴
- c) En tercer lugar, el “**Positismo Racionalista**” de WINSCHIED. Esta doctrina partía de la jurisprudencia de conceptos de PUCHTA, pero recurría a la introducción de un elemento ajeno a la concepción puchtiana:

⁷² *Ibid.* p. 43.

⁷³ Sobre esta crítica Cf. LARENZ. *op. cit.*, p. 44.

⁷⁴ Cf. LARENZ. *op. cit.*, p. 47.

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

el psicologismo. WINSCHIED creía, por supuesto, en la racionalidad del legislador, pues su pensamiento sigue siendo racionalista; al igual que se basaba en la formulación sistemática del Derecho. Su innovación radica en la comprensión que tiene de la racionalidad de la legislación, que es aún más historicista que en PUCHTA: la razón jurídica, contenida *per se* en la ley, más que la simple idea de Derecho en sí, de los conceptos e institutos jurídicos fundamentales; se halla en la voluntad (racional) del legislador que viene obtenible de la sabiduría de la legislación precedente, como circunstancia histórica y cultural de la sociedad. Es, pues, un positivismo intermedio (entre PUCHTA y el joven JHERING) el que desarrolla el autor. De allí que afirme LARENZ: “Al mantenerse libre de las exageraciones de IHERING (en el primer período de éste), Winscheid manejó, por lo demás con soberana maestría, el método del análisis conceptual, de la abstracción, de la sistematización lógica y de la “construcción” jurídica”.⁷⁵

- d) También es perteneciente a la época del positivismo racionalista la dirección metodológica conocida como “**Teoría Objetiva de la Interpretación**”. De la misma hicieron parte KOHLER, BINDING y WACH.⁷⁶ Estos autores mantienen la reflexión sistemática del plexo legislativo en tanto material objeto de conocimiento científico. Sin embargo, trascienden en la asignación de fundamentalidad a la “jurisprudencia de conceptos” para acudir a un elemento más material de reflexión interpretativa: la idea del fin o teleología innata de la ley. Se aceptaba que los juristas reformulaban la ley al ejercer sobre ella su labor interpretativa, pero para evitar soslayar la indeleznable racionalidad de la misma, dicha interpretación debía ser objetiva, esto es, estar referida siempre al *momento actual* de su vigencia. De esta manera se postularon unas finalidades objetivas del Derecho, que se obtenían mediante la reivindicación de la aplicación de los conceptos jurídicos básicos, y eran compatibles con la característica de racionalidad interna de que era portadora la ley. Pese a ello, no fue llevado a cabo un desarrollo sistemático de la introducción del razonamiento teleológico adoptado.⁷⁷

⁷⁵ Cf. LARENZ. *op. cit.*, p. 49.

⁷⁶ Cf. LARENZ. *op. cit.*, p. 53.

⁷⁷ Cf. *Ibid.*, p. 56.

2. EL POSITIVISMO JURÍDICO

Existieron diversas directrices metodológicas que adoptaron nominaciones positivistas, pero que lo fueron básicamente en vista de su creencia férrea en el contenido de la ley y su conducencia a un Derecho racional. De allí que se puedan caracterizar como versiones positivistas racionalistas pero aún no empiristas, es decir, aún no fundadas en el dogma causal, y en esa medida, por tanto, diferenciables del iuspositivismo propiamente dicho o de tal naturaleza (BENTHAM, MILL), marcadamente influenciado por los trabajos de COMTE,⁷⁸ para el cual, lo único pasible de ser científicamente conocido, de tener la calidad de verdadero objeto de conocimiento, eran los hechos perceptibles y verificables experimentalmente. Cobra por esta vía vigencia en el conocimiento jurídico el principio de causalidad y el consecuente razonamiento de derivación causal de los efectos en términos de fatalidad o necesaria producción. Sólo la lógica y las matemáticas obedecen para el positivismo a un criterio explicativo diferente a este postulado, hallado en las leyes del pensamiento y de las relaciones mentales, ajenas a los cursos causales experimentales, de rúbrica estrictamente empírico-naturalista.

Esta corriente propugnaba la erradicación del pensamiento “metafísico” en la ciencia jurídica, entendiendo por tal, orientaciones como la del modelo metodológico deductivo-racionalista, así como las preocupaciones axiológicas en torno al sistema jurídico y sus conceptos y categorías, propias de las direcciones metodológicas precedentes, calificativo de metafisidad que fundaba en su incapacidad de aprehensión científica, de demostración; la misión consistía, entonces, en adecuar la ciencia jurídica a los paradigmas renacientes: el pensamiento empirista y el estudio de los hechos empíricamente verificables.

2.1 El positivismo naturalista

En contra de las direcciones metodológicas del positivismo objetivista (SAVIGNY y el primer IHERING), se pronunció inicialmente Rudolph

⁷⁸ Cf. A. COMTE. *La filosofía positiva*. Porrúa, México, 1979, en donde nos habla de la superioridad del espíritu positivo, en un sentido mental (pp. 69 y ss) y uno social (pp. 73 ss).

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

BIERLING, con su llamada *teoría psicológica del Derecho*, y posteriormente, EHRLICH, a través de su *teoría sociológica del Derecho*.

2.1.1 La teoría psicológica del Derecho

Constituyó un intento de materializar la importancia de la idea del fin en la ciencia jurídica, que era vislumbrado no como una circunstancia de temporalidad y espacialidad omnipresentes, sino, a la manera de los objetivistas, como todo lo contrario: un fin concreto y condicionado al momento cultural determinado. Sigue asumiendo su impulsor, Ernst BIERLING, una concepción logicista del ordenamiento el autor, en tanto asume que existe un concepto abstracto y general de Derecho omnicompreensivo de los restantes sectores del ordenamiento jurídico, el cual se obtiene en su delimitación por la vía de lo que denominaba “reducción”, como también optaba por seguir recurriendo a una concepción historicista de las normas jurídicas.⁷⁹

2.1.2 La teoría sociológica del Derecho

El paradigma metodológico-positivista del principio de causalidad y su incidencia en una concepción naturalista de la ciencia jurídica continuó su deambular en las diferentes corrientes metodológico-jurídicas del siglo XIX, teniendo como uno de sus últimos representantes a Eugen EHRLICH. Su punto de partida fue el cuestionamiento de la validez de las normas como objetos de estudio de la ciencia jurídica, en tanto las mismas no eran hechos

⁷⁹ Cf. LARENZ. *op. cit.*, p. 60. Pero no ya como fundamento de su sistema, sino como consecuencia de la estructuración que daba al mismo, concretamente, de uno de sus dos conceptos estructurales: la *norma* y el *reconocimiento mutuo*. “El concepto de norma lo determina más concretamente Bierling diciendo que es “expresión de un querer, que espera ser realizado por otros...” (*Ibid.*), mientras que el reconocimiento “... significa para él un “comportamiento duradero habitual” (*Ibid.*, p. 60-61). De allí su noción psicologista del Derecho, derivada de su definición de la norma y del ordenamiento jurídico, especialmente de la eficacia de éste como simples hechos psíquicos, como actos personales dependientes de la operación mental que provoca una actuación enmarcada dentro de los cánones del reconocimiento y que es la que permite definir y elaborar el concepto de Derecho (*Ibidem*, pp., 60-61). Las consecuencias para la praxis interpretativa de una tal metodología se contraían a la consideración de las leyes como concreciones de la voluntad del legislador inferible del estudio de las palabras con las que ella fue formulada. La voluntad de éste es omnipresente en la medida que su producción normativa es colectora de las finalidades de la organización social, que excepcionalmente no es fácil de constatar, caso en el cual, debe acudir al principio de buena fe para extraer la intención que tuvo legislador. *Ibidem*, p. 64.

A BIERLING se le reconoce su aporte medular a la ciencia jurídica: la formulación de la tesis de que el razonamiento jurídico no puede ser reducido a las operaciones lógico-formales, en tanto las normas no son sólo ni absolutamente, proposiciones enunciativas. Ellas son de carácter valorativo, en la medida que son expresión del querer legislativo, lo que incide en la necesidad de obtener un método interpretativo que permita establecer cuál es la pretensión prescriptiva de aquél, y por ende, del conglomerado socialmente organizado (LARENZ. *op. cit.*, p. 64); siendo destacable la transcripción que efectúa de la crítica de BIERLING a JHERING y su historicismo naturalista: “... a conceptos sólo podrían ser reducidas proposiciones enunciativas y, por cierto, sólo aquellas que contuvieron un juicio analítico. Pero las normas jurídicas no son proposiciones enunciativas, sino imperativos que expresan un determinado querer. Entre la teoría psicológica y la sociológica, interactuaron JHERING y su jurisprudencia pragmática, HECK y STOLL y el voluntarismo de BÜLOW.” Cf. LARENZ. *ibidem*.

susceptibles de verificación o inverificabilidad empírica. De allí que afirmara, coherentemente con dicho planteamiento, que la única disciplina jurídica pasible de ser portadora de estatuto científico era la sociología jurídica, debido a su toma de los hechos sociales, estos sí empíricamente comprobables, como objetos de su investigación.⁸⁰

2.2 El positivismo normológico

Para el positivismo jurídico en ciernes (anterior a KELSEN), lo único posible de ser conocido científicamente, portador de *status* científico digno de episteme, son los hechos explicables bajo el dogma de causalidad. Esta orientación naturalista relegó la metodología jurídica a un apéndice del método científico general, tornando el Derecho en la práctica de una suma de ideologías encubiertamente adoptadas por los juristas, mediante la denominación de “explicaciones” (causales) de los “fenómenos” jurídicos.

Contra tales direcciones metodológicas tecnocráticas de la ciencia jurídica, especialmente la sociológica (así denominadas debido a su inserción en el metodológicamente llamado “voluntarismo racionalista”),⁸¹ que derruían cualquier posibilidad de articulación de una ciencia jurídica independiente y autónoma de la metodología científica propia de las ciencias naturales y empiristas, reaccionó KELSEN, quien emprendió la tarea de independización metodológica de la ciencia jurídica, lo que realizó a través de su famosa *Teoría pura del Derecho*. Él concebía que integrar al conocimiento jurídico problemas referentes a principios morales y valores políticos era “contaminar” el conocimiento jurídico y renunciar al ideal de científicidad que debía orientar a sus teóricos. KELSEN distingue los ámbitos cognoscitivos de la “teoría general del Derecho”, que se correspondía con su “teoría pura”, y la

⁸⁰ Esto explica, también, que llegara el autor, con mayor obviedad que sus predecesores positivistas, a la conclusión, con relación a la naturaleza epistémica de la dogmática jurídica, de que ésta es una tecnología, no una ciencia, teniendo en cuenta su instrumentalidad para fines exclusivamente prácticos (Cf. LARENZ. *Metodología...*, p. 85). La consecuencia indefectible de una ciencia del Derecho reducida a hechos, al dogma causal, es decir, fundada en la escisión antinómica de facticidad y normatividad es su prescindencia absoluta de elementos valorativos, indispensables para la obtención del sentido normativo de los enunciados y las proposiciones jurídicas. De allí que, al respecto, afirme LARENZ que “... la consideración sociológica es un complemento, necesario y lleno de sentido, de la consideración “normativa” que únicamente se orienta a reglas, como es sumamente obvio en la ciencia dogmática del Derecho...” (*Ibidem*, p. 88).

⁸¹ Sobre esta cuestión véase a GARCÍA AMADO. *Teorías...*, cit., p. 302: “... desde el momento en que el esquema racional del Derecho y de su aplicación ya no viene prescrito por contenidos, sino por el simple respeto de ciertos procesos y ciertas estructuras formales, la determinación de los contenidos concretos de lo normativo dejará de ser preferentemente captación cognitiva de principios universales materialmente válidos y anteriores a cualquier positivación legal, para quedar a merced del legislador histórico. A esta tensión entre el elemento racionalístico y el voluntarismo en el seno del pensamiento codificador se refiere LOMBARDI mediante la expresión *voluntarismo racionalístico...*”.

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

“ciencia jurídica” de un Derecho positivo definido, relacionadas en términos de inferenciabilidad de la segunda con la primera, en la medida que aquélla representaba el aparato conceptual por medio del cual era posible esta última.

La teoría general del Derecho, en tanto instrumento teórico universal que hace cognoscible cualquier sistema jurídico determinado, debía estar libre de consideraciones de tipo axiológico y sociológico (al estilo del iusnaturalismo y del positivismo empirista), so pena de no dar “adecuada” cuenta epistemológica de las normas como actos objetivos de voluntad de una autoridad soberana para la emisión de prescripciones de conducta, y sí de consignar simples elucubraciones y sensaciones subjetivas que se tengan con relación a las prescripciones del derecho positivo, no caracterizables por tanto como “normas” descriptibles por una verdadera ciencia del Derecho.

Para la concreción de tal fin de pureza metódica, partía KELSEN de un abstruso como refinado concepto de validez jurídica, que se convirtió en el presupuesto epistemológico de su teoría pura. Este autor concebía las normas con un estatus ontológico, en tanto presuponía su validez (que entendía como fuerza obligatoria en el marco del colectivo en donde regían), es decir, asumía la norma básica como una norma hipotéticamente válida, lo que por ende le permitía proceder al conocimiento de aquellas con prescindencia de su contenido axiológico, en tanto se presuponía a la vez la fuerza obligatoria de las mismas y de allí su posibilidad de constituir objeto de labor descriptiva (científica) por el teórico del Derecho.

El objetivo era la “ciencia jurídica”, independientemente de que la misma cumpliera con las exigencias éticas mínimas que debe ostentar cualquier orden normativo del actuar humano, y ese objetivo se limitaba a la *descripción* del Derecho válido, que se entendía por supuesto, bajo una tal concepción, como el derecho positivo vigente con vinculatoriedad para sus destinatarios, independientemente de sus implicaciones axiológicas, toda vez que la función científica de descripción no requería de cuestionamientos ni indagaciones de esta naturaleza.⁸²

⁸² Así fundamentalmente en la primera época de KELSEN y en los discípulos suyos que, a diferencia de éste, no discreparon del régimen totalitario nazi previo a la segunda guerra mundial.

La independencia metódica de la ciencia jurídica pretende obtenerla el autor mediante la distinción de dos categorías de juicios: los de ser y los de deber ser. Los primeros, según KELSEN, contienen enunciados sobre aspectos fácticos observables, juicios *fácticos* o de hecho, sobre lo que *es*; los segundos, por el contrario, contienen enunciados sobre lo que *debe* suceder, son juicios prescriptivos sobre lo que *debe* hacerse. Ambas obedecen a procedimientos cognoscitivos diferentes: las primeras, al que denomina el autor procedimiento o modo cognoscitivo *explicativo*, consistente en la descripción de los hechos y la explicación de sus causas; las segundas, al procedimiento *normativo*, que se encarga del conocimiento del contenido del deber ser que se encuentra en las normas jurídicas, siendo cada uno de estos métodos autónomo e independiente, y en esa medida, igualmente científico -y respetable académicamente- que el otro.

KELSEN efectuó, básicamente, un intento de racionalización de las postulaciones metodológicas de la dogmática jurídica del *Civil Law*, en tanto advirtió que la misma excedía siempre, y casi siempre subrepticamente, sus finalidades descriptivas, tornándose en una actividad metodológica normativa, al ocuparse siempre de reformular los materiales normativos vigentes a través de la dación de consistencia lógica y de refrendabilidad axiológica a sus proposiciones y enunciados. Sin embargo, se afirma su esfuerzo por articular una genuina ciencia jurídica reducida a la actividad descriptiva del sistema jurídico se vio truncado por las propias postulaciones metodológicas y los presupuestos epistemológicos de la teoría pura, que no logró desprenderse de las finalidades y actividades normativas.⁸³

Especialmente merecedora de este cuestionamiento es su teoría de la interpretación jurídica, que según KELSEN, en tanto inferida de un armazón epistemológico como el de la Teoría Pura, que postula el carácter indeterminado de las normas jurídicas y su función como un “abierto marco de posibilidades de interpretación”, apenas debe limitarse a mostrar las diversas posibilidades interpretativas posibles que pueden formularse en torno a las normas, más no a elegir ni promover una como la más correcta o verdadera. Lo anterior, por cuanto tal actividad interpretativa no es

⁸³ Esta consideración puede verse en NINO. *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*. Fontamara, México, 2ª. ed., 1995, p. 38; y en LARENZ. *Metodología...*, p. 102.

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

cognoscitiva, sino un acto de voluntad, propio de la política jurídica, en absoluto de la ciencia jurídica.⁸⁴ De allí que acepte el autor que el acto de decisión judicial, aunque formalmente controlado por las normas superiores de la pirámide normativa, constituya en algo, un acto de creación del Derecho. Como que, en tales términos planteada, no fuese esa una actividad normativa, metadescriptiva del sistema jurídico.⁸⁵

3. EL POSTPOSITIVISMO

La patética situación espiritual en que dejara la época de la segunda guerra mundial a los juristas de la Teoría Jurídica “Pura” (que no sólo se mantuvo en el campo de la reflexión general de los problemas jurídicos toda vez que ella fue pergeñando cada uno de los diferentes sectores del conocimiento jurídico a donde fue introducida), auspició la reflexión en torno al papel del jurista y de su disciplina; al problema de las relaciones entre el Derecho, la moral y la Política; al asunto de las relaciones entre el Derecho y las denominadas ciencias auxiliares; al replanteamiento de la fundamentalidad de la pretensión de científicidad y del conocimiento dogmático. En fin, puso en tela de juicio el carácter autosuficiente predicado del Derecho en cuanto a su fundamentación y posibilidades científicas y sociales respecta, por la hasta esa época dominante *Reine Rechtslehre*.

La metodología jurídica, desde que el positivismo hizo su aparición como panmetodología científica, siempre estuvo ligada, con variadas intensidades en sus diferentes expresiones,⁸⁶ al paradigma positivista de ciencia, esto es, a su pretensión de verdad única y objetiva, por lo que su definición estuvo limitada a la posibilidad de la función de interpretación del derecho positivo que se reconocía sin reparos como función de la dogmática jurídica,

⁸⁴ H. KELSEN. *Teoría Pura del Derecho*. Porrúa, México, 1997.

⁸⁵ En esta dirección se encuentran la *Teoría Pura o Positivismo Fuerte* de KELSEN, la dirección del *Positivismo Empirista* de ROSS, el *Positivismo Débil* proyectado por HART y el *Positivismo Deónico-sistémico* de ALCHOURRON/BULIGYN. Un estudio detallado de las mismas lo realiza C. NINO. *Algunos Modelos... cit.*, passim.

⁸⁶ Es clara la adhesión al formalismo del positivismo metodológico en las directrices teóricas de la *jurisprudencia de conceptos*, la *escuela exegetica francesa* y el movimiento *formal style* norteamericano; la siguen en menor intensidad, en cuanto rechazan la premisa de la voluntad del legislador histórico, pero no se desprenden de la epistemología objetivista del orden jurídico, la *escuela histórica*, la de la *libre investigación científica*, la *jurisprudencia de intereses* y la *jurisprudencia sociológica*. Sobre el particular Cf. PETEV. *Metodología... op. cit.*, p. 16-17. Sobre el origen y desarrollo de estas corrientes, Cf. LARENZ. *Metodología... op. cit.*, passim; y BODENHEIMER. *Teoría del Derecho*. 2ª edición, FCE, 1994, passim.

como mecanismo de acceso al establecimiento de la norma aplicable al caso en espera de decisión.

Esta postura metodológica se correspondía con los órdenes jurídicos de corte nacionalista y propios de sociedades axiológicamente unificadas, en que la aplicación del Derecho se concebía como un problema de subsunción, nunca como un proceso complejo de valoraciones, en cuanto el legislador racional histórico preveía mágicamente, de manera plena, hermética, coherente y unitaria, la multitud de soluciones normativas aplicables a los distintos conflictos sociales, requiriendo sólo ser llevadas de la generalidad a la concreción, por la jurisdicción.

La resultante de esta ficción no se hizo esperar: en materia de fuentes del Derecho es sólo el legislador la autoridad normativa competente para crearlo, estando la labor del juez desligada del proceso de producción normativa. De allí la defensa permanente de la jerarquía formal normativa como estructura única de la decisión judicial y el carácter monista de la misma, producto además del asentamiento de los presupuestos de única y objetiva verdad (solución). El refuerzo de esa ficción metodológica es obvio, y superiormente nefasto: el orden jurídico no obedece a tales características; empece a ello la labor interpretativa jurisprudencial de sus normas se realiza con la convicción de que se está “extractando” la intención del legislador, soliendo anexarse dicha interpretación a la normatividad positiva como si fuera parte de ella, adoleciendo de las mismas falacias: objetivismo valorativo y monismo decisonal.

Asimismo, el desdén por la teoría de la decisión judicial además de evidente es, incluso, patético. La preocupación por la producción normativa del legislador se superpone a los valores de justicia, dignidad y equidad, en claro desdibujamiento del de seguridad jurídica, al ser comprendido en perspectiva no tanto ciudadana como seguridad del “orden” en cuanto tal (de su vigencia por sobre su validez para ser más precisos). Sin embargo, la entrada en vigor de la que podría describirse como “complejidad”⁸⁷ en el ámbito de las

⁸⁷ “El sistema que enseña la metodología jurídica consiste entonces en una serie de pasos teóricos: conceptos, construcciones, modos de argumentación, modelos lógicos y discursivos en la utilización que de ellos hace el agente que aplica el Derecho. El método no es meramente un instrumento técnico fácil de manejar y que conduce cuasiautomáticamente a un resultado deseado. Es una actividad compleja, que ha de seguirse según patrones establecidos por una metateoría metodológica. ...”. Cf. PETEV. *op. cit.*, p. 32. Sobre las metametodologías jurídicas puede verse el

APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW

diferentes actividades cognoscitivas de la sociedad posmoderna, concretable en la pluralidad de valores éticos y políticos del conglomerado devinientes a partir de los cambios sufridos en las instituciones sociales, genera un giro metodológico que responda a esta nueva concepción del mundo.

Han sido, básicamente, dos las orientaciones adoptadas por la ciencia jurídica posterior al ocaso del positivismo normológico: en primer lugar, se encuentran las reaccionarias a esta propuesta metodológico-jurídica, iniciada especialmente por los iusfilósofos neokantianos; en segundo lugar, las corrientes menos radicales y postreras a la anterior, que al antagonizar menos con la epistemología positivista toman de ella diversos elementos que introducen a sus modelos metodológicos, de esta manera un tanto eclécticos. De ellos es preciso dar cuenta, aunque también en forma breve, por la finalidad exclusivamente expositiva de este apartado.

3.1 El movimiento antipositivista

3.1.1 La concepción teórico jurídica de Rudolph STAMMLER

La primera reacción contra el positivismo, en términos de oposición categórica a sus premisas metodológicas, se debe a STAMMLER.⁸⁸ Este autor pretendió la estructuración de una ciencia jurídica metodológicamente independiente de las ciencias empiristas, y, empece a ello, con valor científico autónomo. Esto lo pretendía el autor, recurriendo a la conjunción de los métodos de carácter espiritual, como se empezaba a denominar aquel sector del conocimiento jurídico valorativo, como el Derecho, la moral y la política, con motivo del resurgimiento del kantismo, criterios metódicos representados en el historicismo, de un lado, y el iusnaturalismo, de otro,⁸⁹ que comprendió con la denominación de su método como “crítico”.⁹⁰

trabajo de J. UUSITALO, *Reflexiones sobre las metametodologías de la ciencia jurídica.*, en A. AARNIO *et. al. La normatividad del Derecho*. Gedisa, Barcelona, 1997, p. 247-258.

⁸⁸ Cf. STAMMLER, *Tratado de filosofía del Derecho*. Editora Nacional, México, 1974, *passim*.

⁸⁹ Acude STAMMLER a la distinción entre sujeto pensante y materia pensada, entidades cognoscitivas que en tanto conocibles a través de postulados y procedimientos de validez general, son generadoras de Ciencia. Aquellas se relacionan entre sí a la manera de condicionante y condicionado respectivamente, con lo que comienza a forjarse el principio neokantiano de que el sujeto es determinante del conocimiento del objeto. Sobre esta cuestión, Cf. LARENZ. *op. cit.*, p. 104.

⁹⁰ Cf. STAMMLER. *Tratado...*, *cit.*, pp. 12 ss.

En el ámbito estrictamente jurídico, distingue el autor la existencia de una dualidad de modelos de pensamiento antagónicos. En primer término, se encuentra el modo de pensamiento basado en el principio de causalidad o la relación causa-efecto, propio de las *ciencias de la naturaleza*; en segundo lugar, existe un modelo de pensamiento que se funda en el principio teleológico o en la forma relacional fin-medios, que es inherente a las *ciencias de los fines*,⁹¹ que no tienen como objeto aspectos pasibles de aplicación del postulado de causalidad, entre ellas el Derecho, que por lo tanto se inscribe en este último tipo de ciencias. De allí que la ciencia jurídica tenga un fundamento epistemológico independiente al de las ciencias naturales.⁹² Son fines conceptuales, de establecimiento de las relaciones lógicas que existen entre los conceptos jurídicos fundamentales (hacia qué concepto, lógicamente, como medio, otra entidad conceptual), a los que sigue asignando el autor, recordando un poco a PUCHTA, el papel principal en el ámbito de la ciencia jurídica. STAMMLER paraleliza a la lógica de las ciencias naturales, la de las ciencias de fines, a la que considera una lógica portadora de singularidad. Es dicha particularidad de la lógica de las ciencias de los fines, la que constituye el objeto de la ciencia jurídica.

3.1.2 *El neokantismo*

A LASK⁹³ se atribuye la articulación del cuestionamiento, en el ámbito de la filosofía de la ciencia, del monismo derivado de la predicación de totalidad de lo experimentable, exclusivamente, al paradigma de las ciencias naturales o “exactas”.⁹⁴ Él sentó las bases de la distinción epistémica entre aquel modelo científico y las denominadas “ciencias históricas”, que luego llamaría “ciencias culturales”, a través de la proyección de un modelo metodológico independiente y equivalente en entidad epistemológica, al de las “ciencias naturales”.

⁹¹ Categoría a la que pertenece la ciencia jurídica, en tanto de lo que en ella se trata es “... esclarecer el fin último ideal que ha de informar y dirigir toda aspiración jurídica en los cauces concretos por los que discurre, para que pueda calificarse como fundamentalmente justa”. Cf. STAMMLER. *Tratado...*, cit., p. 5.

⁹² Los fines de los que habla no poseen, epistemológicamente, el significado que suele ser asignado a esta expresión. Estos fines son considerados como la actividad intelectual consistente en la delimitación de las relaciones entre fines y medios, sin que se trate de fines en una perspectiva sociológico-jurídica, dado que de ser así se estaría manteniendo la dependencia metodológica de la ciencia jurídica con las empíricas.

⁹³ Con elaboraciones precedentes de WILDENBAND. Este detalle en LARENZ. *Metodología...*, pp. 113 a 118.

⁹⁴ LARENZ. *op. cit.*, p. 114.

APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW

La tesis de la que partió RICKERT, de que siempre, incluso en el ámbito de la descripción y constatación empírica, modelo metódico de las ciencias naturales, es que todo acto de conocimiento del mundo está influenciado por el sujeto que lleva a cabo la respectiva empresa cognoscitiva. Esto es, que la resultante de la labor de conocimiento humano no es una simple “reproducción” de los objetos de conocimiento que el mundo ofrece, sino, siempre –aunque mayormente en las disciplinas científicas culturales, cercanas a las ciencias del espíritu, por su objeto menos fáctico y sí básicamente valorativo–, una transformación, tendencialmente objetiva y racional, pero, al fin y al cabo modificación, de la “realidad”.⁹⁵

La traslación de esta epistemología la realizó, al ámbito metodológico jurídico, por demás, al penal, GUSTAV RADBRUCH, habiendo estado precedido de los acercamientos que en tal sentido y en la filosofía jurídica general llevara a cabo EMIL LASK. RADBRUCH consolidó el planteamiento de la metodología de pensamiento jurídico referido a valores, tendiente hacia la fundamentación relativista del ordenamiento jurídico, sin incurrir, pese a ello, en un escepticismo ético. Dicha concreción del método jurídico valorativo la efectúa al funcionalizar el Derecho hacia el fin de justicia que le atribuye a este orden normativo como su telos innato. Para ello, forja una ciencia jurídica basada en la formulación de la “idea de Derecho”, que en tanto núcleo de la elaboración científico-jurídica, es la que permite la asignación del sentido normativo del Derecho positivo, sentido que tiene como derrotero principal el valor de justicia.⁹⁶

3.1.2 *Idealismo y dialéctica jurídicos*

Con Erich KAUFMANN inicia el ocaso del neokantismo alemán y una nueva dirección metodológica en la ciencia jurídica. Este autor se muestra contrario a la perspectiva exclusivamente valorativa propia del neokantismo y su prescindencia de lo óntico, en la medida que las mismas lo situaban en una

⁹⁵ Como afirma LARENZ “... la idea fundamental del “neokantismo”, de la que también partió Rickert, es que el objeto de conocimiento -es decir, en el caso de la Ciencia natural “la naturaleza”- es sólo el resultado de un proceso cognoscitivo en el que las estructuras de nuestro pensamiento están también incluidas como presupuestos. De este modo tampoco la ciencia natural puede reproducir el mundo como éste “es en sí”, sino “efectuar siempre sólo una elaboración y transformación de la realidad”. El “todo del mundo” no se puede reproducir...”. Cf. *Ibid.*, p. 115.

⁹⁶ Distintiva de este modelo metodológico jurídico es la teoría de la interpretación que a partir de él postula el autor: el intérprete construye el sistema jurídico al tomar los materiales que lo configuran y darles un sentido y lectura normativos de acuerdo a la “idea de Derecho”, al momento de proceder a su aplicación a las situaciones y eventos concretos. Es por ello una construcción teleológica, que debe ocuparse de la exposición de los fines de las instituciones jurídicas fundamentales, dispersas en las distintas normas o partes del sistema jurídico.

orientación metodológica racionalista formal que no permitía superar el positivismo naturalista. De la mano de estos cuestionamientos se articulan las dos más importantes construcciones metodológicas de la dirección en comento: de un lado (y con un correspondiente movimiento metódico filosófico general consistente en el giro del neokantismo hacia el neohegelianismo, debido a Richard KRONER), el *idealismo objetivista* alemán que abanderara Julius BINDER,⁹⁷ con el cual pretendió reaccionar contra el subjetivismo axiológico (STAMMLER, LASK y RICKERT), que era conducente a la no vinculatoriedad de los valores básicos, y en ese orden de ideas la propensión hacia irracionalismos y finalidades arbitrarias.

BINDER asignaba al Derecho una naturaleza teleológica, postulando con ello una interpretación jurídica también de esa rúbrica. Sin embargo, no se ancla en el criterio teleológico tradicional de la interpretación: la voluntad histórica del autor. Para BINDER, el juez, intérprete fundamental de las normas jurídicas, no puede quedarse en este criterio porque él requiere aplicar a una realidad práctica concreta las normas jurídicas. El juez entonces desarrolla el Derecho ubicándose allende a la voluntad del legislador.⁹⁸ De esta forma se mostró BINDER contradictor de la tesis positivista de la interpretación como subsunción, pero básicamente del entendimiento que se hace de esta, pues el juez en efecto “subsume” los hechos a las normas, pero dicha subsunción no consiste en una operación lógico-formal, sino en una valoración.⁹⁹

⁹⁷ Para BINDER existe, al igual que para STAMMLER, una “idea de Derecho” que no es un concepto teórico formal de que se parte en el proceso cognoscitivo de este orden normativo; ella es un principio con contenidos, un postulado ético que se va desarrollando de forma constante en el curso de la delimitación del sentido normativo de las normas. A ella se llega desde luego partiendo del derecho positivo, pero no quedándose en éste, pues de lo que se trata es de la concreción (ahí su hegelianismo) de un sentido ético-jurídico y filosófico general del Derecho, que no siempre es correspondiente con el contenido por el Derecho positivo. Cf. LARENZ. *Metodología...*; p. 125. quien aclara que para BINDER “La ciencia del Derecho es una ciencia “de lo pleno de sentido y pleno de significado”, es decir, una *Ciencia interpretativa*.”. Esto denota la orientación teleológica que asigna a la ciencia jurídica el autor, teniendo en cuenta que el llegar a esa “idea de Derecho” precisa de la interpretación de las normas jurídicas proyectada desde la ética y el historicismo, y trascender del razonamiento lógico-formal del orden jurídico que para ello se torna incipiente. Esa “idea de derecho”, generadora de su idealismo, se objetiviza cuando a cada concepto jurídico fundamental o instituto jurídico concreto, se le pretende concretar también un sentido normativo pero desde la “idea de Derecho” general (*Ibidem*, pp. 126-127).

⁹⁸ Muy indicativa de esta metodología, la cita de BINDER que transcribe LARENZ: “Para constatar el contenido y alcance de una norma jurídica no importa exclusivamente la idea del fin que el legislador tuvo en el momento de promulgar su disposición, sino que la tarea de la interpretación es aprehender la norma jurídica en conexión con la realidad viva, con las relaciones empíricas e ideas del fin en el presente inmediato. Sólo entonces la norma jurídica está en consonancia con la idea del Derecho y aparece como expresión de la razón objetiva...”. LARENZ. *op. cit.*, p. 128.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 129. De esta manera pretende superar el positivismo formalista y su idea de subsunción como interpretación objetiva (cuya significación en su epistemología equivalía a “avalorativa”) de las normas jurídicas, y asume el carácter valorativo de la actividad interpretativa, a la que, en tanto consciente de su carácter subjetivo, pretende mantener como algo objetivable, y objetivado. Por algo afirmaba, según cita de LARENZ: “El derecho sólo es objetivo en el juez que lo piensa, y que lo piensa, por cierto, en su objetividad...”. *op. cit.*, p. 131.

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

Esta relación entre ley y decisión en términos de cierta dialéctica, fue retomada por Walther SCHÖNFELD, para quien la naturaleza teleológica del derecho está expresada fundamentalmente en la sentencia, es decir, el protagonista principal de ella es el juez. Él pretende obtener de esta manera un Derecho objetivamente teleologizado, pero entendiendo como “objetivo” el proceso valorativo al que se ve abocado el juez al realizar la interpretación jurídica. Digamos, para concluir este apartado, que el mérito principal de la dialéctica jurídica de SCHÖNFELD radica principalmente en su disposición para enfrentar epistemológicamente el problema de la ley como supuesta fuente única y exclusiva del Derecho, una teoría monológica de las fuentes del Derecho, en otros términos, y con ello, la falacia del Derecho completamente disponible que abanderaba la herencia positivista. En su lugar, postuló con argumentos que en efecto el juez crea Derecho, ora no arbitrariamente; y que las decisiones suyas, en tanto resultantes del pensar dialéctico entre ley y resolución judicial, concitan a la posibilidad de una doctrina dialogal de las fuentes jurídicas.

3.1.4 Fenomenología jurídica

Controvertiendo los postulados metodológicos del neokantismo y el neohegelianismo, especialmente su aserto de que el método de conocimiento determina el objeto, de donde era derivado el planteamiento de que el conocimiento siempre era influenciado por el sujeto, es decir, tenía una connotación subjetivista, surgió en la Alemania de la preguerra un movimiento metodológico jurídico, que vinculaba a su saber las elaboraciones de la ontología de Nicolai HARTMANN y de la fenomenología de Edmund HUSSERL. Sus representantes en el contexto epistemológico jurídico fueron Adolf REINACH y Hans WELZEL. Para el primero los conceptos jurídicos (los derechos, los deberes, la pretensión, etc.), son figuras poseedoras de un ser equivalente ónticamente a la entidad que tienen las cosas como los números, los inmuebles, las plantas, que es independiente de la actividad de aprehensión humana, así como del Derecho positivo. Las figuras y conceptos jurídicos por tal motivo, tienen una estructura fenoménica dividida en una faceta temporal y una extratemporal. Esta última no hace depender su existencia de la regulación que de ellas haga el Derecho positivo, porque existen previas a la regulación jurídica.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Cf. LARENZ. *Metodología...*, p. 134-135.

WELZEL por su parte concebía que era el método el determinado por el objeto de conocimiento, objeto que hace parte del plano óntico del ser que es pasible de investigación. Para este autor los conceptos jurídicos, como objetos cognoscibles, son reproducción del mundo de lo óntico, y no transformaciones que le brindan entidad por el aporte configurativo que reciben del sujeto cognoscente. De esta manera, el jurista realiza una actividad interpretativa que no puede soslayar el carácter ontológico de los conceptos, del que derivan su independencia de la regulación jurídica positiva, siendo su cometido, precisamente, la comprensión de la estructura óntica del objeto jurídico a interpretar como parte de la realidad.¹⁰¹

Una interesante versión de estas aportaciones, por la vía del refinamiento de su planteamiento epistemológico, es la presentada por Gehart HUSSERL, pulimento que se enlaza especialmente con la proyección que dio desde su metodología al tema de la validez, y desde allí a la interpretación jurídica. Para el autor, existen una validez *lógica* y una validez *normativa*. La primera se caracteriza por ser un concepto, una nota propia de las normas del derecho positivo puesto en vigencia por el legislador para dotar de contenido las normas suprapositivas, que son las que tienen una validez normativa, es decir, referida al sentido del Derecho positivo que es delimitado mediante las normas suprapositivas, no simples enunciados iusnaturales, que fenomenológicamente tiene todo ordenamiento jurídico.¹⁰²

¹⁰¹ Cf. H. WELZEL. *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*. Aguilar, Madrid, 1971, passim.

¹⁰² A esta particular visión de la fenomenología jurídica, se debe también un análisis temporalista e historicista del Derecho desde un plano óntico. Desde la misma, se llegó al planteamiento de que el orden jurídico hace parte del plexo de cosas creadas por el hombre, de los artificios humanos, lo que le asigna un carácter de inestabilidad en el devenir histórico, y por ende, una naturaleza temporal. Esta orientación tuvo importantes consecuencias para la configuración conceptual del llamado "modo de existencia del Derecho" derivado de la metodología fenomenológica, trascendental a la hora de reflexionar sobre el núcleo del Derecho suprapositivo –y por ende sobre la validez normativa–, que iba entonces a ser cambiante, inestable o temporal, en lo que a la validez lógica respecta, en la medida que el mutable Derecho positivo iba a afectar los parámetros derroteados a partir de él, en cada momento histórico, como el contenido concreto del Derecho preconstituido; no así en lo que al núcleo o esencia fenoménica del ordenamiento respecta, que no iba a verse alterada en lo fundamental por dicha mutabilidad de los parámetros de nucleización de lo supralegal, en vista de esa onticidad que le es propia.

Las repercusiones en la teoría de la interpretación jurídica de la corriente metódica fenomenológica se vierten hacia la tornación de la comprensión del sentido normativo de la ley en un proceso de configuración constante, variable, en el que la ley es pensada y continuada permanentemente. Es un proceso que sólo tiene punto de partida, la ley misma, pero no de término, en tanto aquella exista. Los resultados obtenidos del ejercicio de este procedimiento son los que constituirán el derecho momentáneamente vigente. El sentido común que producto de la labor de interpretación ejercen las distintas instancias de intervención jurídica. LARENZ. *Metodología...*, p. 137.

3.2. Más allá de la yuxtaposición positivismo/antipositivismo: los metapositivismos o la argumentación racional

Diversas críticas a las corrientes metodológico-jurídicas reseñadas se promovieron desde varios sectores de la ciencia jurídica, especialmente a partir de la versión semifenomenológica de G. HUSSERL, impregnada, según se vio, de un pensamiento histórico-temporalista. Aquellas conducían, consensualmente, a la afirmación de ineptitud epistemológica e incorrección valorativa del postulado metodológico positivista de una ciencia empírica omnicomprendiva de todas las formas de pensamiento, comenzando por las naturales y trasuntando por las ciencias del espíritu e históricas, así como de una teoría de la interpretación jurídica metodológicamente orientada por el monismo de la lógica deductiva y su estrategia interpretativa de subsunción.

La conclusión era tajante: el paradigma metódico positivista-formalista interpretativo no daba cuenta correctamente de la actividad valorativa que llevaban a cabo los juristas, de la cual se derivaba su carácter ideológico y por ende no neutral, que además los situaba en el papel de creadores del Derecho, de actores de las delimitaciones prescriptivas del sentido normativo de los materiales del ordenamiento jurídico, especialmente a los jueces, debiendo entonces ser tema de preocupación el asunto de la racionalidad de esas actividades como aspecto esencial de la metodología jurídica.¹⁰³

Esta grupalidad de orientaciones metodológicas de la ciencia jurídica tuvo en común su vuelco hacia la *actividad* argumentativa del razonamiento deóntico, resaltando el carácter racional de ésta y su importancia en la materialización de los fines del Derecho; previo abandono del pensamiento axiomático articulado a lo largo del dominio positivista. Todas ellas basadas en metodologías más o menos plurales, se esforzaron en la superación del irracionalismo jurídico de la primera mitad del siglo XX, que pese a tan

¹⁰³ Del movimiento antipositivista dice, con razón, GARCÍA AMADO: “La crisis de la visión positivista del método jurídico conducirá a la toma de conciencia del carácter en alguna medida creador de toda aplicación del Derecho y de la ineludible presencia en ella de juicios de valor cuya racionalidad ha de tratar de asegurar o maximizar cualquier metodología que quiera hacer algo más que levantar acta de la arbitrariedad o refugiarse en el limbo de la cientificidad fantasmagórica y evanescente...” Cf. *Teorías op. cit.* p. 15.

importantes procesos, aún no llega. Hacen parte todas de la denominada época de la “argumentación jurídica racional”.¹⁰⁴

3.2.1 *La Jurisprudencia de Valores*

COING,¹⁰⁵ precedido de KRONSTEIN y WESTERMANN,¹⁰⁶ postula una ciencia jurídica valorativa (Jurisprudencia de valoración) no proyectada desde la jurisprudencia de intereses. Asume que la norma jurídica “aplicada” al caso, consiste en un juicio de valor realizado por el intérprete, toda vez que ella es el resultado de disputas políticas e intereses sociales. De allí que proponga que dicha valoración *jurídica* para ser tal, deba ser realizada “desde la norma misma”, y se salvaguarde de esta manera de la interpretación política.¹⁰⁷

Para COING el jurista debe elaborar el sentido normativo del Derecho positivo mediante las valoraciones relativas a fines, pero extraídas desde la ley misma; sin embargo, se muestra contrario de fondo con el procedimiento de “subsunción” como criterio de interpretación.¹⁰⁸ Quizá lo más importante de la elaboración de COING es su reclamo de la necesidad de una valoración consciente y jurídica (normativa) de la aplicación del Derecho, teniendo como referente un orden de valores positivizado, que tiene como referente primario la Ley Fundamental alemana, y de ella, su parte dogmática reguladora de los valores y derechos fundamentales, los cuales son vinculantes para las diferentes instancias de poder interventoras en lo jurídico.¹⁰⁹

3.2.2 *La Nueva Retórica*

Su insatisfacción con el positivismo lógico llevó a Chaïm PERELMAN a indagar por cuestiones de racionalidad intersubjetiva como manera de teorizar por una justicia menos formal.¹¹⁰ Fue así como comenzó a reflexionar por lo que denominó “rehabilitación de la retórica clásica”, y que consistió en la recuperación de esta disciplina de la filosofía griega sofista, según la cual la

¹⁰⁴ Fruto de este giro metodológico “...se trastocan los pilares de toda la teoría del Derecho y toda la metodología anterior, desde la idea del derecho como sistema sin lagunas, hasta la teoría de las fuentes, desde el papel de los conceptos y los principios del ordenamiento hasta la visión lógica y aséptica del trabajo práctico con el Derecho. ...”. Cf. *Ibid.*, p. 304.

¹⁰⁵ Cf. H. COING, *Fundamentos de filosofía del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1961, *passim*.

¹⁰⁶ Cf. LARENZ, *Metodología...*, cit., pp. 142-143.

¹⁰⁷ *Ídem*, pp. 143-144.

¹⁰⁸ De allí que mencione diversas nociones plurales metódicas, como los “fundamentos psicológicos del derecho”, “espíritu jurídico” y “conciencia jurídica”. Cf. COING, *Fundamentos...*, cit., pp. 63 ss.

¹⁰⁹ LARENZ, *op. cit.*, p. 144.

¹¹⁰ Cf. Ch. PERELMAN, *El Imperio retórico. Retórica y argumentación*. Norma, Santafé de Bogotá, 1997, pp. 9-11.

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

racionalidad de las proposiciones cognoscitivas podía ser obtenida mediante el perfeccionamiento del arte de convencer o persuadir a un auditorio.

PERELMAN fue un lógico formal hasta la culminación de la segunda guerra mundial. Sin embargo, sus investigaciones sobre la justicia y los postulados formales, o mejor, lógico-formales de los enjuiciamientos de valor humanos en relación con lo justo, le llevaron a buscar criterios de obtención de dichos postulados distintos a los de carácter lógico-formal, aunque también lógicos.¹¹¹ Partía el autor de que “El desprecio de la retórica, el olvido de la teoría de la argumentación han conducido a la negación de la razón práctica. Los problemas de la acción han sido reducidos a problemas de conocimiento, es decir, de verdad o probabilidad, o simplemente han sido considerados como irrelevantes a la razón”.¹¹²

Fue así como comenzó a elaborar una teoría de la argumentación –una lógica de los juicios de valor–, basada en los postulados y características de la retórica, que fuese complementaria de la teoría –lógico-formal– de la demostración, criterio hasta el momento tradicional para fundamentar negativamente los juicios prácticos, toda vez que se negaba tal posibilidad de fundamentación. Aquella será la encargada de facilitar la adopción de una decisión o valoración cuando la lógica formal no permita su inferencia, cuestión que deja de ser tal para convertirse en un problema de justificación. PERELMAN acuña por ello el concepto de auditorio universal, para tratar de garantizar que la argumentación, el discurso práctico interlocutorio, sea racional, es decir, de aceptación general por sus destinatarios, en gran medida, por tanto, justificado.

Como forma de encarar el necesario interrogante acerca de ¿cuándo es posible afirmar que la argumentación es racional, o que existe un consenso en el auditorio universal que facilite tal valoración?, distingue el autor entre *persuadir* y *convencer*. Por persuasión entiende aquella argumentación con una pretensión de validez tan sólo para un “auditorio particular”, mientras que convincente es la que es apta para obtener adhesión de todo ser racional, esto es, la válida para el “auditorio universal”.¹¹³ A este concepto, de una

¹¹¹ Cf. PERELMAN. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas, Madrid, 1988.

¹¹² PERELMAN. *El imperio retórico... cit.*, p. 27.

¹¹³ *Ídem*, pp. 34-42.

racionalidad en cierta manera razonable, se le formulan diversas críticas, especialmente por su carácter abstracto e ideal, así como por su indefinición del criterio de racionalidad.¹¹⁴

3.2.3 *La Tópica Jurídica.*

A principios de los años cincuenta del siglo XX surge una dirección de pensamiento jurídico conocida con el nombre de “tópica jurídica”, cuyo mentor fue Theodor VIEHWEG. Este movimiento ideológico y epistemológico fue la primera fuerte reacción contra la lógica formalista y la interpretación sistémica por el positivismo metodológico articuladas. La estrategia de VIEHWEG consistió en el análisis de posturas metodológicas de la filosofía aristotélica, así como la ciceroniana,¹¹⁵ pretendiendo a través de dicho camino metódico-filosófico, “... *enfrentar críticamente la metodología logicista, conceptualista y sistemática* que el racionalismo jurídico había producido en la segunda mitad del siglo XIX y que seguía teniendo vigencia actual...”.¹¹⁶ Se trató, pues, de un vuelco a la retórica desde la dialéctica y hacia la endoxa.

El giro metódico de VIEHWEG radica en su utilización de los *topoi*, es decir, de aquellas verdades o puntos de vista comunes utilizables universalmente por su también universal aceptación, para la solución de los casos, la cual no es correcto proceda ya a través de parámetros de mera deducción y de razonamiento sistémico axiomático, puesto que lo predominante del método jurídico para cada caso particular será el problema de lo justo en ese aquí y ahora que dicho asunto requirente de decisión representa. “El intento de aclaración de lo que constituye la Tópica que ha realizado Viehweg está presidido por lo que bien podría denominarse “obsesión antisistemática”...”.¹¹⁷

Los *topoi* son, en VIEHWEG –al igual que en los filósofos clásicos–, aquella serie de principios básicos portadores de posibilidades retóricas y dialécticas, es decir, útiles para la intersubjetivación. Y en tanto su aspiración es procedimentalizada al proceso dialogal y discursivo-argumentativo llevado a cabo entre interlocutores, la tópica se aleja de la idea de solución del

¹¹⁴ Las mismas pueden consultarse en GARCÍA AMADO. *Teorías...*, cit., p. 319 a 322.

¹¹⁵ Cf. T. VIEHWEG. *Tópica y jurisprudencia*. Taurus, Madrid, 1986, passim.

¹¹⁶ Cf. N. LÓPEZ CALERA. *Filosofía del Derecho II*. Comares, Granada, 1998, p. 138.

¹¹⁷ Cf. G. ROBLES MORCHÓN. *La decisión en el Derecho y la tópica Jurídica...*, cit., p. 406.

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

positivismo y se enmarca en el tema del problema y su encuadramiento normativo, desdeñando de esta forma la cuestión de la cientificidad como elemento basilar de la metodología jurídica y su resultante.

Para el autor, esa justicia tópica o del caso no se vierte entonces a la conclusión como momento último del silogismo, al estilo del positivismo, sino que deviene del propio procedimiento razonador. De allí que otorgue esta dirección metodológica a la reacción contra la idea de sistema una característica protagónica, en tanto que el Derecho no consiste en ese sistema lógico, cerrado, perfecto y completo de proposiciones normativas fácilmente asequibles en su significación normativa al operador jurídico. La tópica tiene en la mira la consolidación de una lógica de lo razonable, no de una lógica sistémica.

A la tópica jurídica subyacen dos tesis metodológicas fundamentales: una, la que defiende el carácter intersubjetivo o supraindividual del conocimiento, que se encuentra representado en esos tópicos que el sentido común universal permite se vayan formando con el decurso del tiempo; la otra, la cobranza de vida que da la tópica al Derecho, en tanto percibe éste como una realidad social y no simple artificio lógico derivado de un principio moral de validez dogmática universal.¹¹⁸

Pero, empecé a dicha subyacencia, es importante destacar que para VIEHWEG la tópica no es, teorizando en sentido estricto, un *método* jurídico, cuestión que haría abstrusa e incluso incoherente su inserción en este apartado dedicado a la metodología jurídica; esto por cuanto VIEHWEG adhiere a la noción de método como aquel procedimiento susceptible de revisión a través de medios lógicos, vía por la cual llega a reconocer tal significación sólo a los métodos deductivos,¹¹⁹ los cuales no son característicos, en sentir del autor, del razonamiento jurídico.

Su pretensión de desligarse de la tópica con la lógica, mediante la negación de la entidad de método a su pensamiento, debe entenderse como extensión de esa reacción contra el positivismo formalista que defendiera tanto la noción

¹¹⁸ Cf. N. LÓPEZ CALERA. *op. cit.*, p. 139.

¹¹⁹ Cf. T. VIEHWEG. *Tópica y jurisprudencia...*, *cit.*, p. 105.

metódica logicista. Es por ello que para el autor en mención la naturaleza de la tópica sea la de una técnica de pensamiento orientada al problema, o “técnica de pensamiento problemático”.

En tal línea expositiva, resulta coherente que para VIEHWEG la Jurisprudencia o tradicional ciencia jurídica no sea una ciencia sino un estilo o arte de invención, una propuesta de juego de consideraciones o argumentos, que mantiene a la caracterización de la tópica como juego alejada de materiales posibilidades, puesto que en un marco de reflexión no deductivo sistémico ni lógico axiomático, no es factible lucubrar en términos de perfección o de seguridad máxima; tan sólo con medianos niveles de seguridad decisoria.¹²⁰ Es por ello que deja de lado la preocupación del *status* metódico de la tópica. Sin embargo, apartándonos del padre de esta dirección del pensamiento jurídico, y manteniendo presente la definición del método y la delimitación de éste como tema u objeto de la metodología jurídica, consideramos que la tópica jurídica, en tanto conectada con la finalidad de racionalización de la praxis jurídica, es caracterizable como una metodología y método jurídicos. Ello no obsta para que, a su vez, sea preservada su originaria naturaleza de técnica de pensamiento, puesto que toda idea de método está encaminada a representar para una tal noción para el pensamiento, como parte del proceso de conocimiento.

3.2.4 *La hermenéutica jurídica*

La proyección jurídica del pensamiento hermenéutico se debe especialmente a la obra de Arthur KAUFMANN, estando precedido en este empeño por Emilio BETTI y la corriente de pensamiento jurídico desarrollada a partir de su obra.¹²¹ La hermenéutica, como es sabido, hace alusión a una actividad cognoscitiva particular: la *comprensión*, que en tanto específica, en el contexto jurídico está dirigida a los materiales del ordenamiento jurídico. En concreto, el aspecto metodológico de la hermenéutica se enlaza con la *comprensión del sentido normativo del Derecho positivo*.

¹²⁰ “La tópica tiene su origen en la llamada argumentación retórica, la cual no trata de solucionar problemas partiendo de un sistema, sino de hallar las premisas de solución que convencen al interlocutor y que, por tanto, pueden ser fijadas como inamovibles o –al menos– como punto de partida de la argumentación.”. Cf. G. ROBLES MORCHÓN. *La decisión en el Derecho...*, cit., p. 404.

¹²¹ R. ALEXANDER. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia, 2ª. ed., 1995, p. 40.

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

La hermenéutica representa una de las más serias críticas al modelo metodológico de ciencia jurídica anterior a la posmodernidad, especialmente a su teoría de la interpretación jurídica y a su encubrimiento, por denegación, del carácter ideológico del Derecho.¹²² “Con una intencionalidad teórica de carácter antidogmático la hermenéutica trata de convencer de que *conocer es comprender y comprender es interpretar*”.¹²³

Del estatuto epistemológico de la hermenéutica y su conexión con la problemática metodológica se tienen posturas encontradas, oscilantes entre quienes afirman su connotación metódica y quienes, por el contrario, la niegan. Para los primeros el objeto de la metodología jurídica viene a ser el método hermenéutico. La hermenéutica no es precisamente un método o una metodología en el sentido estricto de la palabra; es más que ello: *una* epistemología. Lo anterior se ratifica si se tiene en cuenta que la hermenéutica pretende también gestionar el procedimiento de comprensión de las categorías filosóficas y epistemológicas del Derecho, por lo que no trata entonces de suprimirlas ni suplantadas, tanto como de corregirlas.¹²⁴ Tampoco se reduce a la argumentación por cuanto esta última contribuye al proceso de comprensión, sin que éste se agote en ella. Como tampoco es reducible la hermenéutica a la interpretación, por cuanto ésta es apenas un liminar y precedente paso de este elevado estado del conocimiento comprensionista del fenómeno jurídico¹²⁵ que es la hermenéutica jurídica.¹²⁶

Los partidarios de la hermenéutica fustigan también, como los de la tópica, la interpretación sistémica y logicista-conceptualista que había legado el positivismo formalista a la ciencia jurídica dominante hasta la Segunda Guerra. Pero su opción renovadora no se enruta por los instrumentos de la intersubjetividad y la *endoxa*, sino mediante la asunción del carácter subjetivo

¹²² Cf. N. LÓPEZ CALERA. *op. cit.*, p. 140.

¹²³ *Ibid.*, 141.

¹²⁴ De allí que se diga, al abordar las relaciones entre hermenéutica y método, que, ‘simplemente’ “Se trata de una *comprensión hermenéutica del método jurídico* (lo que incluye la idea de que también pueden existir otros métodos jurídicos y que aquella **no puede reemplazarlos en forma absoluta**)”. Cf. A. KAUFMANN. *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 173; negrillas añadidas.

¹²⁵ “Una teoría jurídica o metodología que vincula la aplicación de las normas legales a reglas de interpretación, es, en todo caso, precursora de la hermenéutica jurídica, aunque todavía no se pueda considerar como base de la última...”. Cf. W. HASSEMER. *Hermenéutica y derecho*. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. N.º. 25, 1985, p. 65.

¹²⁶ Cf. LARENZ. *Metodología...*; cit., p. 192: “La comprensión de las expresiones lingüísticas sucede o bien de modo irreflexivo mediante el acceso inmediato al sentido de la expresión, o bien mediante el *dación de sentido* a los mismos, que no es algo diferente a una actividad hermenéutica del jurista, que se vislumbra epistemológicamente como el género de la interpretación.”; cursivas agregadas.

de la interpretación y su necesario control racional: la interpretación es, en efecto, subjetiva, determinada por el sujeto que la lleva a cabo; pero no puede estar alejada del elemento creatividad y sus notas racionalistas: la historia, la sociedad y los materiales axiológicos y principales de que da cuenta un determinado orden político, con los que se objetiviza un poco la subjetividad interiorizada. Y en relación con dichas notas racionalistas de la hermenéutica como proceso de comprensión o interpretación normativa, debe aclararse el carácter existencialista que acompaña este proceso de interpretación: en tanto sujeto también histórico y social, el intérprete es portador de una serie de prejuicios que influyen inexorablemente en la resultante de la comprensión normativa. De allí que se sostenga que la hermenéutica se aproxima en su definición conceptual al análisis de la génesis de la interpretación.¹²⁷

3.2.5 *La teoría de la argumentación*

Wilhelm KRIELE introduce en la metodología jurídica su método de argumentación racional mediante el cual pretende fundamentar de un modo no positivo las decisiones jurídicas que desde él no pueden serlo. No concibe el “Derecho racional”, sin embargo, el autor, a la manera de un sistema jurídico-natural o principialístico de validez intemporal, sino como un conjunto de decisiones jurídicas que se fundamentan racionalmente mediante un proceso de justificación interna.¹²⁸

Esta viene dada por lo que el autor denomina “consideraciones jurídico-racionales”. Por las mismas entiende la equiparación entre argumentación racional y argumentación jurídico-política; consistiendo esta última en la toma en cuenta de los pro y contra de las consecuencias de la norma y su relevancia. De allí que se afirme el carácter tópico de su pensamiento, así como su énfasis en la ponderación de intereses.¹²⁹

¹²⁷ Cf. M. SAAVEDRA. *Poder judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad*. En: *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*. Fontamara, México, 1994, pág. 77 ss.

¹²⁸ “La obtención del derecho no es “interpretación en el sentido de explicación del sentido y analogía, sino consideración jurídico-racional de hipótesis normativas, quedando con ellas solucionados todos los problemas en la medida en que el legislador ordinario y el constituyente lo hayan resuelto.”. Cf. LARENZ. *Idem*, p. 157.

¹²⁹ Así LARENZ. *op. cit.*, pp. 158-159.

**APUNTES INTRODUCTORIOS A LA METODOLOGÍA
DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EN EL CIVIL LAW**

Actualmente Robert ALEXY es el reconocido portavoz de la “teoría de la argumentación jurídica”.¹³⁰ Esta teoría propende por una formulación procedimental a la justicia tendencialmente material, sobre la base de la argumentación implementada como parte del discurso práctico general (discurso moral), con la cual la filosofía del Derecho plasmó su necesidad de reaccionar contra el razonamiento estrictamente lógico (deductivo e inductivo), al cual se imputaba en gran medida el fracaso de la perspectiva iusfilosófica de la lógica formal, mediante la cual se encaraba, hasta terminada la segunda guerra mundial, la problemática de la justificación de la decisión judicial y del Derecho en general.¹³¹ Es decir, en la teoría de la argumentación jurídica vio la ciencia del Derecho posmoderna el mecanismo de justificación racional del orden jurídico, para la época de su aparición aún ajeno a la práctica justificativa, herencia ésta de la teoría jurídica de la preguerra. En tanto procedimiento con dotes de racional, la argumentación jurídica se funda en el argumento¹³² como entidad basilar del proceso de racionalidad justificatoria del Derecho, el cual metodológicamente se configura a la manera de una “teoría discursiva del Derecho”, que halla en el diálogo y la deliberación formalmente regladas, e impulsoras del proyecto democrático, el procedimiento mediante el cual se logra la racionalidad intersubjetiva de las decisiones jurídicas que se adoptan en específicos auditorios del derecho, que es un caso especial del discurso (moral) general.¹³³

¹³⁰ Otras corrientes, aunque no continentales europeas, sino de Europa oriental y anglosajona, fueron el “materialismo marxista” y el “método integrativo” de DWORKIN, respectivamente, último éste al que ALEXY incluye dentro de la descripción del modelo metódico interpretativo de “coherencia”. Cf. *Teoría del discurso...*, cit., pp. 45-47.

¹³¹ Cf. R. ALEXY. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia, 2ª. ed., 1995, p. 37: “El modelo del discurso de la interpretación jurídica surge como reacción a las debilidades o déficits de modelos y concepciones alternativas.”

¹³² Como clarifica M. ATIENZA, “... no hay una única manera de entender lo que son los argumentos y las argumentaciones. Básicamente, creo que puede hablarse de tres concepciones distintas que, a falta de un nombre mejor, llamaré concepción formal, material y pragmática.” Cf. *Derecho y argumentación*. Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 39. La argumentación formal, explica, es la que caracteriza a los lógicos formales, recibiendo tal denominación en la medida que la misma no se centra en la argumentación como actividad tanto como en los resultados de la misma, o argumentos (*Ibid.*, pp. 39-44); la argumentación material, por su parte, se centra en el estudio de las premisas de la actividad argumentativa, por encima de la técnica de inferencia de unas proposiciones de otras, propia de la lógica (*ib.*, p. 44-48). Por último, explica que se entiende por argumentación pragmática o dialéctica, la que se contrae al uso del lenguaje, esto es, ve en la argumentación un acto de lenguaje complejo (*idem*, pp. 48-49).

¹³³ Esta corriente es actualmente seguida y reproducida en muchos ámbitos jurídicos, incluso de cultura no continental europea. Su mención detallada en este espacio y contexto es imposible, dada la riqueza, complejidad e importancia de la teoría y de su autor. Debe mencionarse que se trata del más importante iusfilósofo alemán del momento, cuyas obras más importantes y clásicas han tenido traducción a diversos idiomas, incluido el castellano, con la atención rigurosa de los más importantes juristas hispanoamericanos.