

Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans: *Manuales de metodología jurídica. III. De la determinación del Derecho*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004, 301 págs.

Aunque FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA divide los saberes racionales en común, técnico, científico y filosófico, JUAN BERCHMANS VALLET le rectifica en parte y los clasifica en sapienciales, científicos, prácticos y técnicos, aplicando la distinción aristotélica de *sophia*, *theoria*, *praxis* y *poiesis* (págs. 17-18). Pero la realidad es que en esta distinción se están clasificando saberes que son inseparables. De hecho, el saber común se encuentra en la base de cada uno de los demás saberes, y no se reduce a los primeros principios, sino que se desarrolla entrelazado con los saberes prácticos y políticos. VALLET DE GOYTISOLO manifiesta asimismo que «la determinación del Derecho requiere básicamente un saber práctico, que para recorrer su camino necesita el subsidio de saberes comunes, teológicos, filosóficos, científicos y técnicos, unos externos y otros internos al Derecho mismo como arte prudencial de lo justo» (pág. 18). El elemento metodológico primero para la determinación del Derecho es la noticia de la naturaleza de las cosas (*rerum natura*) y de cada cosa (*natura rei*), dentro del orden general de aquélla. Y para realizar la labor práctica de la determinación del Derecho, la actividad principal que el jurisprudente debe llevar a cabo es la interpretación, que se presenta como una tarea eminentemente práctica, pero que necesita la ayuda instrumental de otros elementos filosóficos, científicos y comunes y el subsidio de los más diversos conocimientos técnicos. ARISTÓTELES entendió que el examen de la naturaleza de las cosas resultaba decisivo para la determinación de lo justo natural, del *dikaion phisikon*. Pero la concepción aristotélica acerca de la naturaleza de la cosa fue explicada más tarde por SANTO TOMÁS DE AQUINO con referencia al concepto de lo justo natural, de la interpretación y de la equidad. A comienzos del siglo XVIII, Vico mantuvo la perspectiva clásica de la naturaleza de las cosas y de su orden en el gobierno de todas las cosas y, también, de la naturaleza de la cosa en cada caso singular en concreto. VALLET DE GOYTISOLO le atribuye al iusnaturalista francés MICHEL VILLEY el mérito de representar al autor que en el siglo XX más ha luchado por retornar a la plenitud de la concepción clásica de la naturaleza de las cosas, al mismo tiempo que lo considera como su maestro en la metodología realista del Derecho. SCHWARS-LIEBERMANN VON WALTENDORF señala que «la razón forma parte de la naturaleza de las cosas, pues forma parte de la naturaleza del hombre» (pág. 26). Para recorrer el camino de la determinación del Derecho es necesaria la utilización de elementos instrumentales y auxiliares, que nos los suministran los saberes práctico-prudenciales, teórico-científicos y poético-técnicos, proporcionando instrumentos de sabiduría, científicos, políticos y técnicos. Aunque son elementos auxiliares pueden resultar tan indispensables como lo son el lenguaje, la memorativa y el razonar jurídico-material (pág. 31).

FRIEDRICH-ERNEST-DANIEL SCHLEIERMACHER, considerado el fundador de la hermenéutica universal, estimó que la relación interpretativa —exégesis o hermenéutica— tenía naturaleza interpersonal (pág. 38). La finalidad perseguida por él era la de comprender lo que el autor tuvo en la mente al expresar el texto de que trata de entenderse. Por el contrario, la escuela histórica estimaba que lo primordial en el historiador era el intento de comprenderlo todo por su nexo con la historia de la humanidad, sirviendo meramente como fuente, o sea, como material mediador para el conocimiento de su nexo his-

tórico. Una tercera relación interpretativa la planteó GADAMER en la fenomenología de HUSSERL, según el cual toda vivencia implicaba horizontes anteriores y posteriores y se fundía en última instancia con el *continuum* de las vivencias presentes, de antes y también de después. Y otro planteamiento ha sido el de EMILIO BETTI, que centraba la interpretación en una relación intersubjetiva entre dos espíritus, pero en modo alguno imponía al intérprete, que individualmente lo recibía, el significado individual del autor. Según la moderna hermenéutica, HEIDEGGER, HANS GEORG GADAMER y PAUL RICOEUR consideraban la interpretación como comprensión de un texto que, a su vez, es expresión de una realidad en la cual era necesario penetrar (págs. 43-46). VALLET DE GOYTISOLO afirma que «interpretar consiste precisamente en indagar, en comprender y en explicar ese significado, puesto en contraste con la cosa, con la relación, el hecho, el acto o el conflicto concreto que nosotros tratamos de comprender, explicarlo o darle una solución» (pág. 47). Para que la interpretación alcance su meta comprensiva, o intelectual, y explicativa, además de recurrir a las cosas a que se refiere el texto que se interpreta, necesita preguntar y responder en un monodialogo o en un verdadero dialogo (pág. 59). Si bien con los juristas romanos arcaicos la función interpretativa alcanzó un valor de *sensum naturalis* y *naturalis ratio*, hoy día el Derecho es entendido en su genuino significado de la *res iusta* o *quod iustum est*, por lo que su interpretación requiere un tránsito desde la naturaleza de las cosas y de cada cosa hasta la estimación del hecho jurídico que se enjuicia. Para ello es necesario recurrir a los elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos: leyes en sentido lato (leyes divinas y naturales, principios, pautas de valor, *responsae*, *regulae iuris*, doctrina científica y judicial) y en el sentido estricto, costumbres, convenciones y negocios reguladores. Del carácter instrumental de las normas se han pronunciado en el siglo xx diversos autores, como FEDERICO DE CASTRO, EMILIO BETTI o CASALS COLLECCARRERA. JUAN BERCHMANS VALLET considera evidente «el carácter instrumental de las normas legales para la función mediadora que tiene la interpretación jurídica» (pág. 87). Pero esta consideración instrumental de las normas presupone asimismo «que la interpretación tiene función mediadora entre la justicia... y el hecho concreto respecto del que se trata de configurar la *res iusta* o de determinar *quod iustum est*» (pág. 87). Existen distintas concepciones de ese carácter instrumental que tienen las normas: la que concibe las leyes como normas flexibles, moldeables y adecuables a las diversas circunstancias que se presentan; la concepción intermedia acerca de la flexibilización y adaptabilidad de las normas legales, a través de suposiciones o ficciones, solamente hasta ciertos límites, y la que las considera como instrumentos inmóviles (págs. 88-93).

Al estudiar las teorías hermenéuticas jurídicas pueden distinguirse las que se centran en el autor de las normas el sentido de su inteleción —según atiendan a la voluntad o la propia intención del legislador—, y la de la recepción por el destinatario de la ley, según se considere que el receptor de una norma de Derecho es el pueblo, la comunidad de los jurisconsultos o bien los propios jueces (págs. 96-104). Los criterios para intelegir la ley son: el sentido literal, el contexto, el espíritu y finalidad de las normas (págs. 104-124). El primero de ellos es su sentido literal, según establece el artículo 3.1 del Código Civil español de 1889, reformado en 1974, que, conforme a la moderna semiótica, debe examinarse en sus tres aspectos: semántico, pragmático y sintáctico. En cuanto al nivel contextual, los lingüistas hablan no sólo de

contextos lingüísticos, sino también extralingüísticos o extraverbales, ya sean semánticos o bien pragmáticos: el contexto social, histórico, político, económico, vital, etc. El artículo 3.1 del Código Civil, refiriéndose al nivel teleológico de la interpretación, también contempla que la interpretación se haga «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Efectivamente, como señala VALLET DE GOYTISOLO, «toda disposición de Derecho es siempre medio de obtener un fin» (pág. 120). Según KARL LARENZ la misma implica una «interpretación de acuerdo con los fines cognoscibles e ideas fundamentales de una regulación» (págs. 121-122).

La existencia del círculo o espiral hermenéutica la concibe MARTIN HEIDEGGER como «toda interpretación que haya de acarrear comprensión tiene que haber comprendido ya lo que trata de interpretar» (pág. 125). LARENZ rechazó la concepción de la precomprensión con que se iniciaba el círculo hermenéutico de ESSER. Pero el proceso de elaboración del círculo hermenéutico culmina con la puesta en relación de la concretización de la norma y la configuración jurídica del hecho, y cuando la base fáctica —o sea, el hecho del caso— es articulada con una norma preexistente que descansa en un presupuesto fáctico general constitutivo de la base estructural de la norma. De esta forma, se pretende aproximar el hecho del caso y el hecho tipo de la norma (pág. 133). VALLET DE GOYTISOLO entiende que «los hechos del caso llegan a esta fase de la interpretación ya jurídicamente objetivados; y, a su vez, el Derecho —conjunto de principios, normas y pautas de valor— están ya seleccionados y comprendidos en relación al caso» (pág. 134). A continuación hay que proceder a un reajuste final, que HERNÁNDEZ GIL centra en la calificación, que consistiría en determinar la situación antecedente de un efecto jurídico. Cuando el hecho del caso y el hecho tipo de la norma no coinciden totalmente, el complemento de esta operación comparativa se halla en la analogía y en la equidad. Aunque la lógica formal no resulta adecuada al Derecho, tampoco puede decirse que éste sea ilógico o irracional. Más bien hay que buscar la lógica material, como lógica apropiada al razonamiento jurídico, que se sirva de la experiencia acumulada en principios, leyes, reglas o pautas, y en soluciones anteriores. Por ello, esta lógica material «se basaba en buscar sea la *aequalitas* o bien las *differentiae*; en atender a la *similitudo* o analogía, y a lo ajustado o *aequo*» (pág. 136).

En la interpretación de los negocios jurídicos igualmente debemos distinguir la intelección —en este caso referida al negocio jurídico de que se trate—, y la explicación del caso que se plantea. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la interpretación de los negocios jurídicos la voluntad del otorgante o la voluntad concorde de los concertantes es más relevante de lo que en la ley es la del legislador. Pero amén de la intelección del texto, hay que tener muy presente la explicación del hecho al que se refiera el negocio jurídico. De hecho, la intelección del negocio jurídico es también inseparable de los hechos que se aportan en el juicio, referente a la conducta de las partes en la preparación, consumación y realización efectiva del negocio jurídico y de cuáles son las circunstancias del hecho (económicas o de otro tipo) que le acompañan. VALLET DE GOYTISOLO distingue la interpretación contractual complementaria, que significa un primer grado de complementariedad intrínseca, y la interpretación complementaria objetiva técnica o típica, que constituye un segundo grado que admite el recurso a medios complementarios extrínsecos (págs. 144-145).

El término analogía tiene un doble cometido: uno, explicar el caso factual, mediando entre la naturaleza de las cosas y el hecho al que se aplica, y,

otro, intelegir la norma singular con la que se resuelve el caso cuestionado (pág. 169). Aunque puede ocurrir que el hecho tipo de la norma y el hecho del caso coincidan totalmente, no suele ser lo más frecuente. En los demás supuestos es preciso recurrir a la analogía o a la equidad, o bien a ambas a la vez. VALLET DE GOYTISOLO afirma que «hoy la analogía puede basarse en una norma, sea legal, consuetudinaria o bien jurisprudencial que constituya doctrina legal» (pág. 174). Además, para que pueda hablarse de analogía es esencial una similitud de *ratio* que sea común a ambos supuestos normativos. Esta *ratio*, sin duda, debe ser jurídica, es decir, debe ser una razón de justicia. Lo fundamental es que toda *ratio* responda, en líneas generales, a un principio, ya sea éste el principio específico de una institución, el de un conjunto de instituciones de Derecho, el de una disciplina jurídica (Derecho civil, penal, mercantil, laboral, etc.), los del Derecho en general (principios generales del Derecho) o bien ético-jurídicos, y que aquella razón los ponga en relación con una situación real viva. Esta *ratio* puede consistir en la atribución a un sujeto de una cualidad (buena o mala fe), o de una calificación (culpa, dolo, morosidad, diligencia, sea la de un buen padre de familia o la de un buen comerciante), o bien en la determinación de cierta proporcionalidad (tratándose de la justicia distributiva) e, incluso, de una similitud o identidad de razón entre dos casos. Lo que es fundamental es que exista una razón suficiente.

La equidad en su función jurídica interpretativa es otra de las cuestiones espinosas. ARISTÓTELES entendía que lo equitativo se presentaba como mejor que lo justo legal; además permitía la interpretación de la justicia legal, pues estaba contenido en lo justo natural, que es donde se originaría lo justo legal. En el Derecho romano, la equidad se determinaba del mejor modo que procediera conforme el *ius naturale*, el *ius civile* o el *ius praetorium*. Los comentaristas sólo recurrían al Derecho romano como buena razón escrita; de forma que analizaban los textos romanos con una visión universal realista, informada por el ideal de lo bueno y lo equitativo (pág. 186). Por este motivo, JUAN BERCHMANS VALLET entiende que «los comentaristas filtraron el Derecho romano con el cedazo de la equidad y la buena razón; y, de este modo, inteligieron el *Corpus* con gran libertad» (pág. 187). En el siglo XIX, la escuela de exégesis tan sólo concebía como equidad la recogida o autorizada por el legislador. LAURENT llegó, incluso, a oponerse a que el pensamiento del legislador se arguyera en contra del texto de la ley en el caso de que el sentido literal no dejase lugar a dudas. En Alemania se generalizó el recurso a la equidad en la *Wertungsjurisprudenz*, con HENKEL, ENGISCHE, LARENZ y ARTHUR KAUFMANN. La equidad se ha estudiado desde una triple perspectiva: como catalizador y principio jurídico rector del Derecho, como criterio rector y la relación equidad-buena fe (págs. 204-207).

En el Medievo, la determinación negocial o consensual del Derecho adquirió una mayor importancia con la consagración de la libertad civil y la formulación expresa del principio *pactum vincit leges* (pág. 213). THOMAS HOBBS elaboró posteriormente su teoría del contrato social que estaba fundamentado en un positivismo estatalista, cuyas normas estaban limitadas solamente por aquellos derechos subjetivos naturales que fueron la causa del pacto y que no quedaron absorbidos por éste. En Alemania, EUGEN EHRLICH afirmó la existencia de un Derecho social extraestatal, que vivía al margen del Derecho del Estado y constituía el fundamento de toda la vida jurídica. VALLET DE GOYTISOLO, al estudiar la determinación negocial, extrae las siguientes conclusiones: a falta de una regulación legal adecuada, la razón práctica de los particulares

provee, para la precisa concreción y regulación negocial de las relaciones jurídicas, presentes y futuras; cuando la regulación legal existente no resulta adecuada para el logro de aquello que el pueblo considera necesario o útil, hay que buscar otros cauces, como los usos negociales, que satisfagan estas necesidades; en caso de que la costumbre haya cristalizado usos negociales, que ya no satisfagan las nuevas necesidades, sería conveniente establecer nuevas determinaciones; en caso de que las leyes califiquen dichos como inmorales, injustos así como contrarios al bien común, al interés general o al orden público, el pueblo puede darse nuevos cauces negociales.

Para la determinación conflictual del Derecho de forma adecuada, se requiere que las partes en conflicto estén adecuadamente informadas en Derecho y defendidas y que resuelva un tercero imparcial: árbitro, juez o tribunal. Esto requiere la existencia de funciones jurídicas profesionales que cubran las necesidades jurídicas de informar, accionar, defender y juzgar: *agere, respondere, advocare* y *iudicare*. En el periodo postclásico del Derecho romano se produjo una evidente evolución en el campo profesional del Derecho, seguida en el Derecho medieval cristiano.

La introducción en Roma del abogado en la función del *agere* fue, ciertamente, tardía; en cambio, el *postulare* ya fue función típica de su antecesor, el *rhétor*. En la Edad Media aparecieron las escuelas forenses de Derecho de las que salían tanto jueces como abogados (pág. 272). Aunque no puede prescindirse de los hechos que son decisivos para la determinación del Derecho, tampoco puede dejarse de lado las normas de Derecho, a fin de determinar *quod iustum est* en el caso debatido. FIGA FAURA [sobre él ver la voz «LLUÍS FIGA FAURA (1918-1996)» escrita por VALLET DE GOYTISOLO y recogida en el *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos (hispánicos, brasileños, quebequenses y restantes francófonos)*, vol. I (A-L), 2005, págs. 320-321, núm. 312] distingue deliberación y argumentación, y le atribuye al juez la pretensión de encontrar una solución satisfactoria al problema cuya solución le corresponde. VALLET DE GOYTISOLO piensa que el mejor camino deliberativo es «el de tipificar los supuestos de hecho normativos, no sólo legales sino jurisprudenciales, que siempre ayudan a diferenciar y distinguir para poder decidir más matizada y afinadamente, que muchas veces es alumbrado o ayudado por la que SAVIGNY denominaba la “intuición viva del juez”» (págs. 283-284). Por regla general, la argumentación no tiene más finalidad que la de justificar la adecuación al caso de la resolución obtenida por deliberación. La deliberación judicial es fruto del *sensum naturalis* y la *bona ratio*, en el discernimiento de la resolución conforme a Derecho más ajustada al caso. Su argumentación es la *rationatio*, que discute las alegaciones de las partes y trata de justificar la resolución previamente discernida en la deliberación efectuada. VALLET DE GOYTISOLO concluye que «la norma singular del caso enjuiciado, reiterada como *ratio decidendi*, se transforma en norma general, como son las leyes, pero no universal, es decir, no son aplicables: a) si el hecho del caso no coincide totalmente con el hecho tipo elevado a doctrina legal o jurisprudencial; b) si es repelida por razones de equidad, y c) si así lo requiere el cambio de circunstancia existente al tiempo de producirse el caso» (pág. 291).

VALLET DE GOYTISOLO ya está consagrado como el mayor experto de todos los tiempos en metodología jurídica, y a lo largo y ancho de estos cuatro volúmenes nos expone teorías y doctrinas en ese ámbito, desde los clásicos hasta autores modernos. Con esta edición de la Fundación Cultural del Nota-

riado nos acerca de forma sencilla, a la vez que científica, a la metodología jurídica.

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN BERCHMANS: *Manuales de metodología jurídica. IV. Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2004, 193 págs.

VALLET DE GOYTISOLO señala que «la función de la metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho tiene por objeto final una exposición sistemática del Derecho “ya hecho”, después de haberlo observado del modo como las ciencias descriptivas lo efectúan, analizando lo observado, calificándolo y clasificándolo» (pág. 90). Aunque la filosofía y la teología gozan del carácter de ciencias de mayor categoría que la del Derecho, en ambos casos deben tener en cuenta a éste. En Roma, la ciencia del Derecho en todo momento se desarrolló con retardo histórico respecto de la práctica jurídica y siempre atendió a su genuina finalidad previa, la noticia de las cosas divinas y humanas, para exponer y explicar el Derecho como ciencia de lo justo y de lo injusto, dirigida a observar y mostrar cómo se debía determinar *quod bonum et aequum est* (pág. 18). En la Alta Edad Media, la ciencia del Derecho estuvo condicionada por las constituciones justinianas *Tanta*, que prohibió toda interpretación más allá de la gramatical, y *Omnium*, por las cuales las escuelas de Derecho se redujeron a las de Roma. La ciencia jurídica de los glosadores se basó en un solo Derecho: el romano. En realidad, la ciencia del Derecho en la Edad Media fue impulsada principalmente por los canonistas en la etapa de comentarios al Decreto de Graciano y a las Decretales junto a glosadores y postglosadores. En el siglo XIV, JUAN DUNS ESCOTO impuso la teología voluntarista, y GUILLERMO DE OCKHAM la filosofía nominalista. HOBBS, que era más nominalista que OCKHAM, partía de que no existía en el mundo social humano orden natural alguno que determinase lo naturalmente justo. El voluntarismo y el constructivismo condujeron a que el Derecho quedara sometido al monopolio del poder político. Aunque en el siglo de las Luces, los filósofos franceses abogaron por la promulgación de códigos perfectos y sencillos, aplicables por igual a todos los hombres. Como reacción contra el racionalismo, la escuela histórica del Derecho se situó como defensa frente a las ideas revolucionarias francesas (págs. 38-41). A finales del siglo XIX surgieron corrientes que han tratado de volver a orientar la ciencia del Derecho hacia la consecución de la justicia y sus concreciones prácticas, y principalmente vendría de la mano de JOAQUÍN COSTA y FRANÇOIS GÉNY. En general, los autores que en el siglo XX han tratado de retornar al Derecho considerado como lo que es justo en concreto, han partido del propio positivismo legalista imperante (págs. 41-45).

El enfoque metodológico se circunscribe al análisis expositivo y explicativo de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho en una doble perspectiva estructural y funcional. La primera de ellas contemplaba las relaciones del Derecho, las instituciones jurídicas y el sistema que integran el conjunto y cada uno de los derechos vivos y cada una de sus ramas; la segunda observaba los hechos jurídicos y su funcionamiento con una visión más universal posible. FRANCESCO CARNELUTTI hizo en la primera edición de su *Teoría general del*