

## 0

# 2 Hacia una conformación más científica del derecho privado: El método Delphi

---

**JUAN BATALLER GRAU**

*Catedrático de Derecho mercantile. Universitat Politècnica de Valencia*

**ELIES SEGUI MAS**

*Profesor contratado doctor. Universitat Politècnica de Valencia*

**JAVIER VERCHER MOLL**

*Profesor en la Valencia International University*

**ISSN 1139-7179**

**Revista de Derecho Patrimonial 42**  
**Enero - Abril 2017**

### Sumario:

- I. Introducción
- II. Nuestro punto de partida: El encaje de la metodología delphi
- III. Una aproximación a la metodología delphi
- IV. La potencialidad de la metodología delphi en la investigación sobre el derecho privado
  1. La decantación de conceptos jurídicos indeterminados sin previo pronunciamiento jurisprudencial
  2. La interpretación sociológica de la norma
  3. La jurisprudencia de valores
  4. La determinación de costumbres
- V. Conclusiones
- VI. Bibliografía

### RESUMEN:

La metodología Delphi es un método testado en otras Ciencias Sociales. Si se utiliza de una manera adecuada, se puede utilizar en la investigación jurídica, porque la metodología Delphi es un método cualitativo que permite la

### ABSTRACT:

Delphi methodology is a tested method in another Social Sciences. If it is used in an adequate way, can be used in law research, because Delphi methodology is a qualitative method that it permits the inclusion of values

inclusión de valores y principios. En algunos casos, la metodología Delphi podría ofrecer una adecuación singular para resolver algunos problemas habituales al afrontar la interpretación de una norma.

**PALABRAS CLAVE:** Metodología Delphi - interpretación - metodología jurídica - investigación

and principles. In some cases, Delphi methodology could offer a singular adaptation for solve some usual problems for law interpretation.

**KEYWORDS:** Delphi methodology - interpretation - law methodology - research

## I. INTRODUCCIÓN

Un tema central para la Filosofía del Derecho, que trasciende al resto de ámbitos de estudio de lo jurídico, consiste en determinar si la investigación jurídica, la denominada doctrina jurídica, puede alcanzar la categoría de Ciencia. Mucho se ha debatido sobre el concepto en sí mismo de Ciencia; e intensos han sido a su vez las discusiones sobre si los métodos que utiliza tradicionalmente la doctrina jurídica pueden alcanzar el pedestal de la Ciencia.

Los defensores de la calificación de la doctrina jurídica como Ciencia suelen focalizar sus esfuerzos en superar, al menos, tres grandes obstáculos: el carácter local del Derecho positivo; la vigencia meramente temporal de la norma; y, finalmente, cómo encajar el arbitrio judicial en la pretensión de previsibilidad de toda Ciencia.

La primera objeción, el carácter básicamente local del Derecho positivo, intentan salvarla afirmando que aunque el Derecho es municipal, la ciencia del Derecho –la dogmática, que desarrolla modelos de solución y los esquemas de argumentación– son universales <sup>1)</sup>. De este modo, aunque el objeto de estudio pueda variar de un lugar a otro, la calificación científica de la doctrina jurídica derivaría de la universalidad de su metodología.

La segunda crítica a su carácter científico, la fugacidad de su material <sup>2)</sup>, se trata de justificar defendiendo que este «material» constituye un caso particular. Varía con el tiempo, pero, para su tiempo, le corresponde siempre un especial significado, a saber: el de ser expresión, muestra vinculante de la idea del Derecho, de la que a su modo se trata en todo tiempo. La Ciencia del Derecho al tener que tratar particularmente de esta aplicación, de lo justo aquí y ahora, no puede prescindir de la mirada retrospectiva de los principios; es más, podría ser que aquélla se hiciera más visible desde los principios y, por tanto, mediatamente desde la idea del Derecho, de lo que está dispuesto a conceder alguno que sólo contempla la variabilidad de su material <sup>3)</sup>.

La tercera, es sin duda, la más complicada de refutar. Ciertamente, no puede obviarse la existencia de un cierto margen de arbitrio judicial que impide que un método científico por sí solo conduzca a un resultado seguro. Ahora bien, los defensores de la Ciencia del Derecho estiman que esta objeción puede ser superada porque se ocupa del «Derecho». Es decir, un objeto que nosotros no somos capaces de aprehender de otro modo que haciéndonos conscientes de su

sentido, del significado de determinados actos y de sus objetivaciones. Es por tanto una Ciencia «comprensiva», que procura interpretar de un modo determinado el material que le es dado, a saber: normas e instituciones de un Derecho «positivo»<sup>4)</sup>.

Sin embargo, estas tesis han sido criticadas desde la óptica de las ciencias naturales. Sus detractores se muestran escépticos sobre la calificación científica de la tradicional doctrina jurídica por diferentes razones. Por un lado, estiman que la doctrina jurídica tradicional no es capaz de producir tesis que puedan ser testadas empíricamente. Por otro lado, se añade su carácter normativo y la ausencia, normalmente, de la internacionalidad de sus conclusiones. En fin, también se critica la falta de distinción entre investigación básica y aplicada. Realmente, se afirma por estos autores, estamos más ante una opinión que ante un estudio objetivo y contrastable cuyo sustento fundamental reside en el argumento de autoridad<sup>5)</sup>.

Sentado lo anterior no es de extrañar que quien aplique métodos reconocidos como científicos para el estudio del derecho, en disciplinas tales como el análisis económico del derecho, en la sociología legal, en la psicología legal o en cualquier otra disciplina que tenga por objeto la norma, aleguen que su aproximación es mucho más científica que las metodologías tradicionales<sup>6)</sup>.

Ahora bien, estas posiciones también han sido contradichas por los defensores de la Ciencia del Derecho, porque estiman que el elemento realmente diferenciador de las metodologías jurídicas reside en la implementación de valores y principios. Por eso, rechazan la aplicación de metodologías cuantitativas al estimar que no ponderan adecuadamente lo que es propio del Derecho: la humana aspiración de alcanzar lo «justo».

## II. NUESTRO PUNTO DE PARTIDA: EL ENCAJE DE LA METODOLOGÍA DELPHI

Llegados a este punto, y sin pretender resolver en este modesto trabajo un problema al que tantos esfuerzos intelectuales se han dedicado, creemos que la diferenciación entre estudios que adoptan una perspectiva interna de aquellos que lo hacen desde otra externa<sup>7)</sup> puede sernos de utilidad como punto de partida.

Por perspectiva externa, nosotros entenderemos aquellos estudios que se aproximan a la norma como *realidad en funcionamiento*. Su objeto se centra en responder a cómo se crea la norma; qué funciones desarrolla; cómo actúan las instituciones jurídicas, incluyendo la aplicación e implementación de la norma; cómo y en qué medida influye sobre la ley las acciones, actitudes y expectativas de los funcionarios y no funcionarios; y lo que la gente piensa que la norma es y su actitud hacia ella<sup>8)</sup>. Por el contrario, no pretenden alcanzar una interpretación *jurídica* de la norma. La norma es contemplada como algo externo al método que se centra en estudiarla tal y como se aplica. Es el campo de la sociología jurídica, del análisis económico del derecho, del «derecho y» aquellas otras disciplinas que implementan metodologías propias de otros ámbitos de las Ciencias Sociales. Aquí tienen amplia cabida las metodologías cualitativas, aunque también se viene reivindicando la utilización de las metodologías cualitativas, ya reconocidas en

otros ámbitos de las Ciencias Sociales<sup>9</sup>). Incluso dando un paso más se preconiza los trabajos de investigación que integran diversas metodologías<sup>10</sup>).

La investigación aquí consiste en realizar una recopilación sistemática de información y su análisis siguiendo algún método generalmente aceptado en las Ciencias Sociales. Resulta así capital la naturaleza sistemática del proceso: la recopilación de los datos y el análisis de la información. La información puede provenir de múltiples fuentes: documentos, observación, entrevistas, decisiones, etc. Mientras la información pueda ser retenida como un texto o una imagen podrá ser analizada sistemáticamente. En ocasiones el análisis consistirá en un simple recuento, en otras en sofisticados estudios estadísticos, pero no solo<sup>11</sup>).

Como ejemplos de esta perspectiva podemos reseñar el trabajo encabezado por Harris sobre por qué las víctimas de accidentes reprueban el ejercicio de acciones judiciales para reclamar los daños sufridos<sup>12</sup>); el de Garth y Sarat sobre cómo las resoluciones jurisdiccionales afectan a las acciones de las personas a quien están dirigidas<sup>13</sup>); o el de LoPucki and Doherty que presentan un análisis empírico sobre las elevadas retribuciones de aquellos profesionales que prestan sus servicios en casos de concurso de acreedores en la práctica judicial de USA<sup>14</sup>).

Igualmente calificaríamos como perspectiva externa un estudio estadístico del incremento o descenso del número de personas que son encarceladas tras una reforma penal o sobre el número de mujeres en puestos directivos tras la reforma de la Ley de igualdad. La misma consideración merece un estudio sobre la eficacia de una normativa procesal o, por adoptar una óptica más cualitativa, la opinión que los empresarios tienen sobre la aplicación de la Ley de competencia desleal.

En definitiva, esta perspectiva externa nos puede ofrecer, sin pretender ser exhaustivo, una aproximación de sumo interés a cuestiones tales como las consecuencias que entraña la aplicación de la norma sobre sus destinatarios, la eficiencia económica de la normativa o la carga de trabajo que implica para los juzgados.

Estos estudios pueden, es más, debieran realizarse para orientar las reformas legislativas. No parece que una reforma del Derecho procesal pueda hacerse sin valorar la eficiencia del sistema que se pretende mejorar o los medios disponibles. Tampoco parece prudente implementar una nueva normativa sin valorar los efectos económicos que puede generar. Ahora bien, un estudio desde una perspectiva externa que resalte las bondades o detecte las ineficacias del Derecho procesal, probablemente no aspire a modificar la interpretación jurídica de la normativa vigente.

Así pues un estudio que evidencie el elevado coste que supone los profesionales que participan en un concurso de acreedores, con la consiguiente reducción de activos para satisfacer a los acreedores, nos ofrece valiosos argumentos para una futura reforma legislativa. Sin embargo, la constatación empírica de esta realidad no conduce a abrazar una interpretación diferente sobre el procedimiento concursal que deriva de la regulación en vigor. Solo persigue constatar el funcionamiento de la normativa<sup>15</sup>).

Se alzan entonces con vigor las metodologías que tradicionalmente han sido utilizadas por los defensores de la doctrina jurídica. La interpretación de la norma, genuina función de las metodologías tradicionales [16](#)), emerge como insustituible. Efectivamente, estimamos que la interpretación de la norma requiere la incorporación de valores y principios, por lo que las metodologías tradicionales están llamadas a desarrollar un papel principal. Cuando así suceda, estamos pues adoptando una perspectiva interna en el estudio de la norma, cuya finalidad esencial es proporcionar a los operadores jurídicos una interpretación de la norma.

Ahora bien, si la interpretación de la norma ha de incorporar valores y principios, ya que el Derecho tiene por finalidad la consecución de un «orden justo», tampoco podemos soslayar que la otra gran finalidad de cualquier ordenamiento jurídico es la seguridad jurídica. Por tanto, las interpretaciones que ofrezca la doctrina jurídica no solo deben adecuarse a los valores y principios propios del ordenamiento jurídico donde se incardina la norma, sino que además han de proporcionar una interpretación «fiable».

Se ha defendido que en las metodologías tradicionales es suficiente el sentido común y la intuición sobre aquello que es «legal». Así pues solo sería necesario para una investigación una limitada fuente de materiales: lo que se ha venido a denominar fuentes primarias compuestas por la legislación y las resoluciones que aplican esa normativa, junto con las previas investigaciones sobre esa materia. Recopilados los materiales solo resta a su autor ir decantándose sobre lo que entra dentro del círculo de la legalidad y rechazando lo que se encuentra extramuros. El problema, se apunta, es que este juicio sobre la legalidad puede diferir de un autor a otro [17](#)).

A nuestro juicio, la fiabilidad de la interpretación deriva del cumplimiento de dos requisitos. En primer lugar, la interpretación debe alcanzarse a través de un procedimiento metodológicamente adecuado. No pueden soslayarse pues los métodos tradicionalmente utilizados por la doctrina jurídica. La investigación ha de respetar sus procedimientos.

En segundo lugar, esta interpretación debe ser la más «probable» de entre aquellas que pueden alcanzarse a partir de una metodología aplicada con el rigor exigible. Esta última afirmación puede ser sorprendente para alguien ajeno al mundo jurídico, pero aquellos que nos encontramos familiarizados con la investigación jurídica convendremos que es dable que varias investigaciones jurídicas metodológicamente rigurosas puedan concluir de manera divergente. Baste con citar como ejemplo las diferencias que pueden surgir si sobre una norma con un largo período de vigencia hacemos prevalecer una interpretación histórica o una interpretación sociológica de la norma. Ambas soluciones desde un punto de vista metodológico son impecables, pero la interpretación resultante puede ser diversa en uno y otro caso. En definitiva, hay que soslayar el riesgo que implica que el juicio sobre «lo justo» pueda diferir de un autor a otro.

En nuestra opinión, la única solución posible reside en ampliar la muestra en aras a reducir la divergencia sobre el juicio emitido. Esta opción probablemente no elude plenamente el problema, pero desde luego lo minimiza y permite un rigor superior a la opinión aislada.

La aspiración de obtener una interpretación fiable plantea serias dificultades a los defensores de las metodologías tradicionales en el ámbito del Derecho. Efectivamente, resulta complejo justificar como la opinión de un autor o a la sumo de un escaso número de ellos puede colmar la aspiración de probabilidad. Cuando de las Ciencias Sociales se trata, y el Derecho no parece que pueda eludir esta adscripción, la probabilidad suele ir asociada a una reiteración significativa.

Si la doctrina jurídica adquiere la naturaleza de Ciencia por desarrollar *métodos que proporcionen un conocimiento racionalmente comprobable del Derecho vigente*, parece dudoso que en numerosas ocasiones puede alcanzarse esta calificación cuando la interpretación propuesta deriva exclusivamente del argumento de autoridad de un solo autor, por muy prestigioso que este sea.

Un análisis de cualquier trabajo confeccionado siguiendo los patrones de las metodologías jurídicas tradicionales muestra como sus hipótesis son confirmadas, en el mejor de los casos, con escasas opiniones. Baste para confirmar esta aseveración con una atenta lectura de las notas a pie de página de los citados trabajos para comprobar que en numerosas ocasiones se encuentran referidas a un único autor y, por el contrario, resultan infrecuentes aquellas notas al pie con más de 5 autores. Y todo ello sin obviar que en múltiples trabajos la adscripción profesional de los autores suele ser estrictamente académica y, por ende, alejada de la aplicación de la norma. En fin, más allá del elemento de autoridad parece complejo defender que sus conclusiones puedan adquirir la calificación de «probables».

Es precisamente aquí, en la perspectiva interna, donde la metodología Delphi puede suponer un avance, si la introducimos convenientemente, pues siendo una metodología cualitativa que permite la ponderación de valores y principios, cuenta además con una vertiente cuantitativa que permite ofrecer resultados contrastables en cuanto a su probabilidad.

Por tanto, la metodología Delphi, como vamos a defender en este trabajo, se erige como plenamente adecuada para el análisis del Derecho desde una perspectiva interna, pues nos permite llegar a una interpretación de la norma conforme con los valores y principios del ordenamiento jurídico donde se inserta, pero además proporciona una mayor fiabilidad que las metodologías tradicionales, en especial en cuanto a su probabilidad, dado que en sus resultados converge la opinión de un muy superior número de expertos que en las metodologías tradicionales.

Vaya por delante que no preconizamos un giro copernicano en la doctrina jurídica. Cómo también veremos, la metodología Delphi no puede ser una alternativa apta para sustituir a todas las metodologías tradicionales que, en nuestra opinión, mantienen su vigencia. Sin embargo, la Metodología Delphi permite desarrollar estudios que adopten una perspectiva interna del estudio del Derecho ofreciendo resultados plenamente aceptables para los juristas, pero con un rigor superior al proporcionar un juicio sobre la legalidad mucho más contrastado.

La pretensión de introducir una nueva metodología seguramente chocará con la natural tendencia al conservadurismo de los juristas, más aun cuando analicemos la parte matemática que conlleva. Es más fácil denostar lo desconocido que



realizar un esfuerzo por abrirse a nuevas opciones metodológicas, aunque aporten un mayor rigor científico que las hasta ahora vigentes.

Seguramente se nos contestará que la metodología Delphi aporta un mayor grado de probabilidad, pero no una certeza absoluta, por lo que no merece la pena cambiar. De esta crítica no está exenta cualquier Ciencia Social. Ciertamente, el insoslayable relativismo del operador jurídico aflora en esta crítica. A nadie escapa que se puede dictar una resolución movido por el interés particular o simplemente por una experiencia personal negativa que aparte al aplicador de la norma de una interpretación fiable. Ahora bien, la existencia de casos patológicos no nos puede privar de la aspiración a obtener la máxima fiabilidad en la interpretación normativa. Y como defenderemos seguidamente, el método Delphi proporciona un mayor grado de probabilidad que las metodologías tradicionales.

### III. UNA APROXIMACIÓN A LA METODOLOGÍA DELPHI

El método Delphi fue creado por la consultora norteamericana *The Rand Corporation* a finales de los años 40 del siglo pasado, aunque su desarrollo corresponde más bien a las décadas de los sesenta y setenta. Este método permite obtener un «juicio grupal», de forma que la bondad de dicho juicio sea superior a la mera adición de los juicios individuales.

Linstone y Turoff lo definieron como un «método de estructuración de un proceso de comunicación grupal que es efectivo a la hora de permitir a un grupo de individuos, como un todo, tratar un problema complejo» [18](#)). Esta técnica pretende ser un método sistemático e iterativo dirigido a recabar las opiniones de un grupo de expertos (también el «consenso», siempre que resulte posible). En consecuencia, el objetivo de la técnica Delphi es obtener una opinión grupal fidedigna a partir de un grupo de expertos [19](#)).

En relación a sus objetivos fundamentales, análisis Delphi puede ser utilizado para dos objetivos fundamentales [20](#)):

- *Fines predictivos* : para obtener información sobre escenarios futuros. Es la utilidad más conocida y es la que caracteriza al método Delphi como una técnica de previsión en condiciones de incertidumbre [21](#)).
- *Obtención de opinión* al requerirse información sobre un tema específico del que no se dispone de información previa. Esta aplicación es especialmente relevante cuando se carece de datos históricos, ya que permite recoger una amplia tipología de variables interrelacionadas [22](#)).

De este modo, las *premisas* que orientan esta metodología de investigación para la consecución de un juicio grupal son:

1. El futuro se construye y no ocurre por simple inercia del pasado, siendo éste el resultado de numerosas fuerzas que interactúan.
2. Las técnicas de previsión objetiva cuentan con importantes limitaciones, derivadas fundamentalmente de la ausencia de información objetiva disponible o de su falta de adecuación.

3. Bajo determinadas circunstancias, el uso de información subjetiva no sólo está justificado, sino que resulta deseable tener en cuenta el juicio de expertos.
4. El juicio de un experto individual tiene también importantes limitaciones, como –por ejemplo- la limitación de conocimientos disponibles, lo cual afecta a la precisión de sus estimaciones.
5. La calidad del juicio grupal de expertos es mayor que la del individual, tanto por el mayor volumen de conocimiento disponible como por los efectos positivos que fomenta la interacción dentro del grupo.
6. Los juicios grupales de expertos también sufren de limitaciones inherentes que afectan a la calidad del resultado, derivadas del pensamiento grupal, los ruidos o la presión hacia la conformidad.

Por otro lado, los *postulados* que fundamentan este tipo de investigación (y que son generalmente admitidos) son:

- a) La información relevante que acumula un grupo de expertos es igual o mayor a la de cualquier miembro del grupo.
- b) La información incorrecta de que dispone un grupo de expertos es igual o mayor a la de cualquier miembro del grupo.
- c) El número de modelos informales que posee un grupo para alcanzar una estimación es tan grande como del que pueda disponer cualquier miembro del grupo.
- d) El número de modelos informales erróneos que puede poseer un grupo para alcanzar una estimación es tan grande como del que pueda disponer cualquiera de sus miembros.
- e) La respuesta a una estimación numérica dada en forma de mediana es al menos tan buena como la mitad de las respuestas individuales de los miembros del grupo.
- f) Un experto al que se le solicita una estimación numérica quizás tan solo dispone de una distribución de probabilidad (intuitiva y poco definida) sobre dicha cantidad. Consecuentemente, en cierta forma, lo que el experto expresa es la tendencia central de dicha distribución. Por lo tanto, se obtendría una estimación más precisa mediante la agregación de las distintas distribuciones individuales de los miembros del grupo y la selección de la media (o la mediana) de la distribución resultante como respuesta de grupo.
- g) Mediante una retroalimentación controlada y manteniendo el anonimato de los expertos, se pueden eliminar gran parte de los efectos psicológicos perversos de los grupos de discusión cara a cara, sin renunciar por ello a sus ventajas.



En definitiva, atendiendo a sus premisas y postulados, se pueden definir las características definitorias del método Delphi:

*Proceso iterativo* : los expertos intervinientes en el proceso deben expresar su opinión en varias ocasiones. Mediante rondas sucesivas, las estimaciones de los expertos tienden a converger, finalizando el proceso cuando las opiniones se estabilizan.

*Anonimato* : Ningún participante conoce las respuestas individuales de cualquier otro miembro del grupo. El objetivo es eliminar potenciales causas de inhibición en los participantes, así como la acción de individuos dominantes.

*Retroalimentación controlada* : transmitiendo la posición general del grupo en cada punto del proceso, así como las aportaciones significativas o discordantes que se puedan generar. De este modo, en el inicio de cada ronda, los expertos conocen los resultados alcanzados en la ronda anterior. La retroalimentación controlada –además- permite la eliminación de ruidos.

*Respuesta estadística de grupo* : Cuando se solicita al grupo una estimación numérica, el resultado viene determinado usualmente por la mediana de las respuestas individuales. Aunque se busque el consenso, éste no tiene porqué alcanzarse necesariamente. Así, el rango intercuartílico de las estimaciones será el indicador del nivel de consenso conseguido. Evidentemente, la dispersión de las estimaciones también resultará de interés para el estudio. En definitiva, la respuesta estadística de grupo persigue que todas las aportaciones individuales estén presentes en la respuesta de grupo, así como reducir la presión hacia la conformidad que los grupos ejercen sobre sus miembros.

Consecuentemente, las principales ventajas del análisis Delphi se fundamentan en su metodología: permite contar con las fortalezas de las técnicas de interacción de grupos (participación de múltiples personas, creatividad, etc.) sin ser afectado por las presiones políticas, sociales y personales de un grupo. La principal crítica que se realiza a esta técnica estriba en el componente emocional de los juicios establecidos por los expertos, el cual provoca que sus opiniones puedan basarse exclusivamente en sus creencias, sentimientos y expectativas<sup>23</sup>). No obstante, una correcta planificación de la investigación orientada a la interpretación de normas puede minimizar este riesgo.

Una vez definido el problema se debe garantizar la participación de los expertos. El proceso habitual en el método Delphi consiste en el envío de cuestionarios a un grupo de expertos que realizarán diversas estimaciones. Posteriormente los datos obtenidos se tratarán estadísticamente (como mínimo a lo largo de dos rondas).

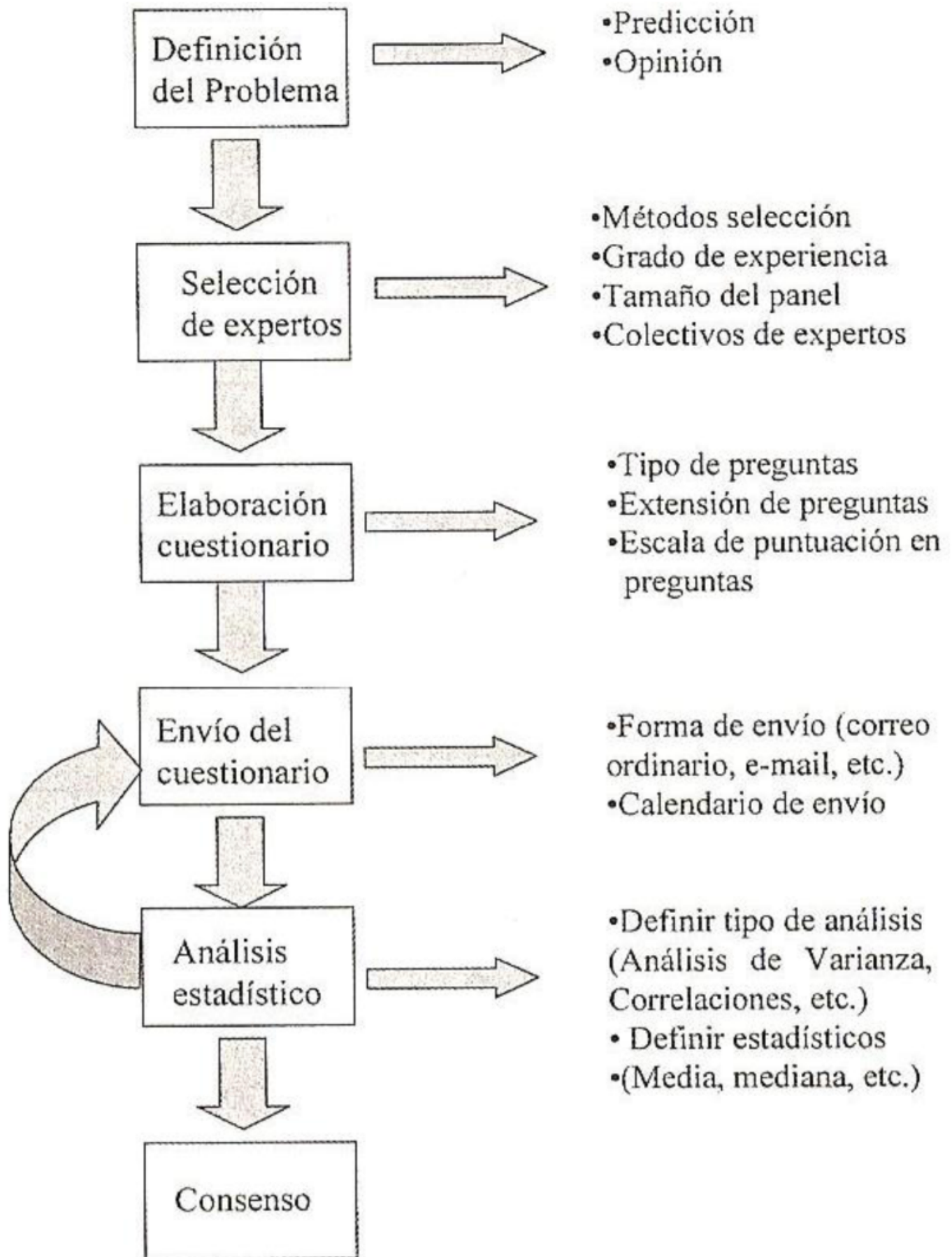
El tratamiento de las estimaciones de los expertos consiste básicamente en una agregación para obtener una medida de tendencia central de distribución (usualmente la mediana) que se toma como respuesta estadística. Además, se establece también el rango intercuartílico como medida de dispersión de las estimaciones.

Los posteriores cuestionarios que se remiten a cada experto incluyen –además de la información de interés- tanto su respuesta individual anterior como la mediana y el rango intercuartílico del conjunto del grupo para cada estimación. En función de toda esta información, los siguientes cuestionarios solicitan de cada experto la revisión –si fuera necesaria– de sus estimaciones anteriores. En el caso que las estimaciones se situaran fuera del rango intercuartílico se requeriría al experto que las justificara, con el objeto de trasladar las estimaciones disidentes al conjunto de grupo de expertos (para pedir un nuevo pronunciamiento).

El proceso iterativo acaba cuando se perciben que las estimaciones permanecen estables, es decir, cuando la mediana apenas oscila y cuando el rango intercuartílico deja de estrecharse (siempre al menos con un mínimo de dos rondas). A partir de aquí tan solo quedaría tomar la última ronda como respuesta de grupo y elaborar el correspondiente informe.

El esquema gráfico de desarrollo de las etapas de un análisis Delphi es el siguiente:

Figura 1: Etapas de un análisis Delphi



Fuente: Sánchez et al. (1999)

#### IV. LA POTENCIALIDAD DE LA METODOLOGÍA DELPHI EN LA INVESTIGACIÓN SOBRE EL DERECHO PRIVADO

Una vez hemos expuesto, aunque de manera sumaria, en qué consiste la metodología Delphi, estamos ya en disposición de ofrecer una respuesta sobre cuál puede ser su aplicación y cuándo se puede aplicar en las investigaciones propias del Derecho privado. No se pretende hacer en este artículo un estudio exhaustivo a modo de *numerus clausus*, sino aportar algunos supuestos en que la metodología Delphi ofrece a nuestro juicio ventajas evidentes que recomendarían su implementación en investigaciones sobre el Derecho privado.

## 1. LA DECANTACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS SIN PREVIO PRONUNCIAMIENTO JURISPRUDENCIAL

El legislador en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y España no es una excepción, acude en ocasiones al recurso de los conceptos jurídicos indeterminados. Así, expresiones tales como diligencia de un buen padre de familia, diligencia de un ordenado empresario, buena fe, interés general, lealtad de un fiel representante, plazo de tiempo razonable, justa causa, capacidad económica, intereses legítimos, honor, amistad íntima, enemistad manifiesta, cambio sustancial, circunstancias extraordinarias, etc.<sup>24)</sup>, son utilizadas en la redacción de las normas.

La problemática que nace de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados es evidente, pues cada operador jurídico puede interpretar dichas expresiones de forma distinta. En este punto, cabría pensar que el legislador debería de ofrecer una interpretación de cada uno de estos conceptos, sin embargo, ello nos conduciría al fracaso debido a que la indeterminación legal está diseñada para que pueda acomodarse al caso concreto. Estamos precisamente ante conceptos que, por su naturaleza, son abstractos. Esta es la razón por la que se ha llegado a sostener que en los ordenamientos jurídicos solamente hay conceptos jurídicos indeterminados, los cuales los jueces, posteriormente, aplican al caso concreto y delimitan el significado de la figura jurídica<sup>25)</sup>. Sin embargo, nos situamos con quienes entienden que no solamente existen en los ordenamientos jurídicos ese tipo de conceptos, sino que los hay claramente determinados, de manera que existen ordenamientos jurídicos abiertos y cerrados<sup>26)</sup>. No obstante es justo reconocer que existe una tendencia, la cual se observa con especial énfasis en la regulación del mercado financiero, cuyas normas asumen conceptos jurídicos indeterminados cada vez en mayor número.

La indeterminación legal puede provenir de diversas causas, pero una de las más significadas por ser precisamente buscada por el legislador es el recurso a los conceptos jurídicos indeterminados.<sup>27)</sup> En este ámbito, la cuestión se centra en que las interpretaciones que pueden realizar los operadores jurídicos pueden resultar completamente distintas, como hemos dicho, debido a que la moral de cada uno de los intérpretes puede conducir a definiciones radicalmente opuestas<sup>28)</sup>. Además, no debe de soslayarse que existen conceptos que tienen un significado en el uso ordinario y aceptado por el público en general, y otro en el campo legal<sup>29)</sup>, como podría ser el concepto de honor ordinariamente aceptado y el que ostentan los miembros de un consejo de administración de una sociedad mercantil.

Ante esta situación, resulta evidente que la interpretación de un concepto jurídico indeterminado precisa de una opinión cualificada, es decir, lo suficientemente fundada en Derecho para que concrete la abstracción ofrecida por la Ley. Además, la interpretación referida deberá de revestir el suficiente refrendo legal como para que vincule a los operadores jurídicos, es decir, que despliegue unos efectos *erga omnes*.

La jurisprudencia desarrolla en este punto un rol fundamental para esclarecer los conceptos jurídicos indeterminados. La tarea práctica de interpretación desarrollada por la jurisprudencia, como es sabido, colma lagunas jurídicas, adecua la Ley a variables situaciones, ofrece claridad en el entendimiento de la norma, concuerda o sintoniza las normas entre sí y se eluden las contradicciones que en ocasiones se generan dentro de una misma ley o entre diversos textos legales<sup>30</sup>), por lo que resulta fundamental dentro de cualquier ordenamiento jurídico<sup>31</sup>), pero en especial para la decantación de los conceptos jurídicos indeterminados. Sin embargo, desde el nacimiento de la Ley hasta el pronunciamiento jurisprudencial, puede acontecer el suficiente lapso de tiempo en el que resulte de extrema dificultad la interpretación de la norma que contenga un concepto jurídico indeterminado. Ausencia de resolución judicial que puede deberse a cualquiera de las dos variables de la ecuación: en ocasiones la novedad de la disposición no ha permitido que la norma haya sido aplicada previamente por los órganos jurisdiccionales; otras veces, lo novedoso del supuesto de hecho (p. ej. implementación de una nueva tecnología) determina que ese concepto jurídico indeterminado todavía no haya sido aplicado en esa concreta problemática. En este punto, es evidente que resulta necesario suplir la falta de antecedentes para poder decantar el concepto jurídico de tal manera que el operador pueda adecuar su comportamiento a las exigencias del legislador.

La metodología Delphi puede ofrecer en este punto importantes soluciones. La ausencia de decantación jurisprudencial priva de una interpretación generada a partir de los antecedentes. Es más, la doctrina que pueda aproximarse al problema se encuentra con la dificultad añadida de que además existirán pocos trabajos científicos sobre esta materia. Por eso, una interesante opción que le permite alejarse de un trabajo que se aproxime a la mera opinión, docta pero individual, es desarrollar un cuestionario desde el que ir decantando los diversos supuestos que se pueden producir. Seguidamente se recabará la opinión de los expertos que pueden ser tanto juristas como prácticos del Derecho e incluso profesionales de otras profesiones con conocimientos técnicos en la materia. Así obtendremos unos resultados muchos más contrastados y por tanto fiables sobre la interpretación que debe efectuarse del concepto jurídico indeterminado.

## 2. LA INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA DE LA NORMA


La aplicación de las leyes al caso concreto, como actividad llevada a cabo por el operador jurídico, siempre ha estado revestida de ciertos obstáculos, siendo uno de ellos la «fossilización» de las normas debido a la inactividad del legislador. Es en este punto cuando confluyen realidades sociales que no se ajustan a la realidad que recoge la norma, pues el devenir de los años implica que las circunstancias sociales en las cuales deba de aplicarse la norma sean completamente distintas. La problemática en este punto está servida, debido a la existencia de una norma



que permanece en vigor pero anticuada respecto de su ámbito de aplicación, por lo que debe de ser ajustada a la realidad del tiempo en que debe de ser aplicada.

En cierto modo, resulta lógico que el legislador no sea capaz de mantener actualizadas todas las normas que configuran el ordenamiento jurídico de Estado debido a la existencia de miles de ellas, teniendo en cuenta, además, que la percepción de la norma como anacrónica o no depende de la efectiva aplicación de la misma y de la necesidad de su existencia. Sin embargo, esta inactividad no está exenta de críticas, pues la «fossilización» del Derecho se entiende como una violación de la actividad de servicio público para el cual se crea la cámara legislativa<sup>32)</sup>, por lo que se ha llegado a defender que infringe las normas constitucionales en las cuales se encomienda al legislador la tarea de servicio de recoger la realidad social<sup>33)</sup>. Esta es la razón por la que se ha considerado que los tribunales constitucionales actúan no solamente como legislador negativo, sino como intérprete de las normas de manera que suplantán la actividad del propio legislador<sup>34)</sup>, pues ocupan una posición de intérprete autorizado<sup>35)</sup>.

Ante esta situación, se erige la utilización de la interpretación sociológica como instrumento que arroje soluciones ante esta problemática. Así, mediante una actividad exegética de la norma, debe de dársele un sentido y un contenido que el legislador no había previsto cuando la redactó<sup>36)</sup>. Lo trascendente en este punto gira en torno a la omisión de cualquier interpretación histórica sobre la norma, pues se consagra el examen de los hechos sociales contemporáneos, de manera que se induzca de ellos el Derecho<sup>37)</sup>. Interesa el presente como método válido para realizar una abstracción de los valores que residen en las cosas, cuyo resultado es axiológicamente neutro<sup>38)</sup>.

La idea que reside en la interpretación sociológica de la norma gira en torno a la actualización del texto escrito, es decir, de la ley, a través de las circunstancias existentes que envuelven el supuesto de hecho expresado en la norma. Uno de los ejemplos más clarividentes puede observarse principalmente en los sistemas de *civil law* cuyo origen se sitúa en la antigua Roma. En el  [Código Civil](#) español, se regula en algunas ocasiones las obligaciones que nacen del *pater familias*, entendido originariamente como el varón cabeza de familia. Sin embargo, en la actualidad, atendiendo a las ingentes y profusas normas nacionales e internacionales en las que el hombre y la mujer gozan de los mismos derechos y obligaciones, resultaría impensable mantener la antigua interpretación de la norma, máxime aún, si los padres son de naturaleza homosexual. Así, en este punto, cuando se hace referencia al *pater familias* debe de entenderse a todas las diferentes combinaciones de progenitores, con independencia de su condición sexual.

Llegados a este punto, debemos de centrar nuestro foco de atención en quién debe de realizar la interpretación sociológica de la norma. No cabe duda de que debe de ser el juez quien ajuste el supuesto de hecho previsto en la norma a la realidad del tiempo en que debe de ser aplicada. Sin embargo, cuando no existe una identidad clara entre el supuesto de hecho previsto en la norma y el acontecido, el juez puede llegar a equivocarse<sup>39)</sup>, de manera que la interpretación llevada a cabo resulte errónea y la resolución judicial, por lo tanto, injusta<sup>40)</sup>.



Es por ello, que en este punto debe de buscarse un método alternativo para realizar el mentado ejercicio de interpretación, cuya fuerza vinculante no será la misma que la resolución judicial, pero sí ofrecerá un análisis científico cuya objetividad brindará la seguridad jurídica que cabe esperar. La metodología Delphi es capaz de responder a la cuestión ahora planteada. La selección de un panel de expertos que conozcan la norma y la realidad social en que debe de ser aplicada, permite una más certera interpretación de un texto legal que, necesitado de reforma o derogación, debe de ser aplicado en toda su extensión. La metodología Delphi, cuyos servicios en la sociología son a estas alturas incuestionables, puede ser utilizada con una finalidad hermenéutica por la doctrina jurídica. Se evitan así interpretaciones que partan de la percepción subjetiva de la realidad sociológica en aras a la consecución de una solución mucho más amplia, contrastable y verificable.

### 3. LA JURISPRUDENCIA DE VALORES

Cabe destacar la significación que tiene dentro del Derecho privado el método de la jurisprudencia de intereses. El origen de este movimiento hay que buscarlo en la obra de Ihering<sup>41)</sup>, perteneciendo la formulación más acabada a Heck<sup>42)</sup> y a la escuela de Tubinga. Los preceptos jurídicos son la resultante de interacciones de intereses. La ley es la resultante de una serie de intereses, que pueden ser religiosos, económicos, éticos, culturales o de otro tipo, que en cada comunidad se enfrentan y luchan por su reconocimiento y hegemonía. Esta inicial concepción de los intereses como factores determinantes de las normas jurídicas y también del pensamiento jurídico resulta ampliada en los teóricos posteriores de la escuela. Muller-Erzbach sitúa junto a los intereses, entendidos como necesidades, aspiraciones o deseos, otros factores que participan en la realización del Derecho. De los llamados «intereses» genéticos, se pasa a un estudio de todos los factores causales del pensamiento jurídico<sup>43)</sup>.

Estas tesis tiene su reflejo en la labor interpretativa. Aceptarla supone que el intérprete no debe tratar de establecer dogmas jurídicos abstractos, sino decidir sobre el conflicto de acuerdo con aquellos intereses que han sido contemplados o tenidos en cuenta por el legislador. Se tratará entonces de investigar y de determinar cuáles son los intereses contemplados por la norma jurídica y de qué manera la norma jurídica ha resuelto el conflicto hipotético planteado entre tales intereses, es decir, qué interés ha sido preferido y cuál ha sido, en cambio, sacrificado. El caso concreto deberá ser resuelto sobre la misma pauta. Se preferirá aquel interés que coincida con aquel al que el legislador conceda preferencia<sup>44)</sup>.

El método de jurisprudencia de intereses no está, sin embargo, exento de dificultades. Su crítica ha sido hecha en torno a varios puntos. En primer lugar, Westermann ha resaltado la equivocidad del concepto mismo de interés, que tiene un diferente sentido en cuanto a las aspiraciones o apetencias que una situación suscita en el sujeto o en los sujetos que se encuentran inmersos en ella o bien referido al juicio de valor que tales aspiraciones o apetencias merecen. Subraya que es necesario reducir el interés a las primeras y delimitar claramente el concepto de interés en este sentido «de las pautas legales de valoración». Las pautas de valoración no son tampoco intereses, sino, en último término,

consecuencias de la idea de justicia sacadas por el legislador<sup>45</sup>). De esta forma, la llamada jurisprudencia de intereses se ha ido convirtiendo en una jurisprudencia valorativa<sup>46</sup>).

La cuestión que nos queda por resolver es concretar cuáles son los juicios de valor en orden a la protección de los intereses subyacentes en la situación contemplada, que deben ser tenidos en cuenta para investigar las normas jurídicas. Al respecto nos alineamos con quienes postulan la adopción de unos criterios objetivos, rechazando así el subjetivismo imperante en Heck y la escuela de Tubinga. En el campo jurídico, estos criterios únicamente pueden encontrarse en los juicios de valor generalizados o generalmente admitidos en la comunidad o en el grupo humano en el que el investigador actúa<sup>47</sup>)<sup>48</sup>).

Y es aquí precisamente donde puede aportar su utilidad la metodología Delphi. Al buscar un consenso grupal se elude el subjetivismo de quien desarrolla una investigación de forma individual. Los resultados obtenidos a través de este modo no reflejan la opinión del autor, sino de un colectivo.

#### 4. LA DETERMINACIÓN DE COSTUMBRES

La costumbre como fuente del Derecho, es decir, como creadora de derechos y obligaciones<sup>49</sup>), siempre ha sido estudiada paralelamente al Derecho escrito, con el fin metodológico de diferenciar ambas y crear, de este modo, los principios inspiradores del Derecho consuetudinario<sup>50</sup>). Grandes discusiones han habido acerca de la existencia de una costumbre paralela al Derecho escrito e incluso la capacidad que tiene la costumbre para modificar la norma escrita, pese a su contravención<sup>51</sup>).

La doctrina científica ha considerado que la costumbre como fuente del Derecho presenta no pocos problemas de caracterización y, principalmente, de concretización del momento a partir del cual es vinculante<sup>52</sup>). La costumbre no se sabe cuándo nace, ni quién es su creador, ni su origen cierto y preciso, ni su procedimiento por el cual llega a tomarse en consideración la norma no escrita<sup>53</sup>). Es por ello, que resulta de suma dificultad determinar los mimbres a través de los cuales suele nacer el Derecho consuetudinario<sup>54</sup>), es decir, los principios abstractos que propician que socialmente nazca una norma no escrita que se considere vinculante y, por lo tanto, de imperativa observancia. Es por ello, que se ha considerado que el nacimiento del Derecho consuetudinario se caracteriza por ser espontáneo, inmediato y no voluntario<sup>55</sup>), por lo que, en definitiva, es un Derecho no escrito, no asentado, incierto, experimental, viviente, popular, etc.<sup>56</sup>). Parece difícil encasillar el Derecho consuetudinario en unos principios jurídicos comunes que lo distinguan del resto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, la doctrina científica ha considerado que, en cualquier caso, como se ha dicho la costumbre no puede violar la ley escrita que nace del poder legislativo<sup>57</sup>).

Llegados a este punto, existe cierto acuerdo doctrinal en que la costumbre debe de valer como fuente del Derecho, es decir, que exista una *opinio iuris* lo suficientemente vinculante como para que sea observada en la *praxis* jurídica<sup>58</sup>). Sentada dicha cuestión, deben de deslindarse dos cuestiones de importante calado: de una parte, quién tiene la capacidad para identificar y reconocer la

existencia de la *opinio iuris* y, por otro lado, cuál es su ámbito de aplicación y sus límites. En cuando a la primera cuestión, debe de identificarse quiénes son los operadores jurídicos que utilizan dicha norma en la praxis y/o, consideran que la norma consuetudinaria es tal, es decir, reconocen su existencia y es vinculante. Por otro lado, no menos trascendente resulta conocer cuál es su ámbito de aplicación, sus límites y, en definitiva, cuáles son los medios para conocer dicha cuestión.

Si partimos de la premisa de que el Derecho consuetudinario es fuente del Derecho, puede ser reconocida por el legislador, de manera que se positiviza la costumbre mediante su incorporación a una ley escrita. Sin embargo, al margen de este ejemplo, tanto en los sistemas de *civil law* como de *common law*, la costumbre debe de ser reconocida por el juez en caso de controversia a través de los fuentes de prueba que estén a su alcance<sup>59</sup>), ya sea mediante pruebas testificales, documentales, en soportes informáticos, etc. Sin embargo, dicho sistema de reconocimiento puede conducir a conclusiones erróneas de manera que altere la esencia del propio Derecho consuetudinario.

En este punto, la metodología Delphi resulta idónea para evitar incurrir en dicha problemática. Así, mediante la confección de una encuesta, cuyas cuestiones versen sobre los problemas planteados en este epígrafe, y la identificación de los operadores jurídicos que reconocen o no la existencia de la norma consuetudinaria, su ámbito de aplicación y sus límites, nos permitirá conocer la norma no escrita y los principios que la inspiran de una manera objetiva.

## V. CONCLUSIONES

La metodología Delphi no puede aspirar a destronar al resto de métodos que los juristas vienen utilizando en el desarrollo de sus investigaciones. Es más, el planeamiento del cuestionario y el análisis de sus conclusiones debe partir de un estadio previo que las incorporé. Sin embargo, si el jurista, como parece necesario, aspira a obtener unas conclusiones lo más fiables posibles debe incorporar en algunos casos esta metodología. La posibilidad de incluir a diversos colectivos, la amplitud de la muestra, la capacidad para interactuar entre sus participantes convierten al método Delphi en una opción metodológica adecuada y sólida. Adecuada por su aptitud para pronunciarse sobre valores y principios. Solida por ser un método ya empujado con éxitos contrastables en otras Ciencias Sociales.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AJANI, G., *Sistemi giuridici comparati*, Torino: Giappicheli, 2006.

ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 1994.

AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, London, 1880.

BALOSSINI, C. E., *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milán: A. GIUFFRÈ, 1958.

BATALLER GRAU, J., *El seguro múltiple*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

- BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia: Fernando Torres, 1980.
- *La consuetudine come fatto normativo*, Padua: Giappichelli, 1942.
- BROWER, J.; HUNTER, A., *Foundations of Multimethod Research: Synthesizing Styles*, Thousand Oaks, London and New Delhi: Sage Publications, 2006.
- BRUSIIN, O., *Über die Objektivität der Rechtsprechung*, Helsinki: Kirjapaino, 1949.
- BRYMAN, A., *Social Research Methods*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2004.
- CANARIS, C.W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, 1983.
- *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Madrid: Civitas, 1995.
- CANE, P.; KRITZER, H., «Introduction» en AA.VV. (eds. CANE, P.; KRITZER, H.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Reserch*, Oxford: Oxford University Press, 2010, págs. 3 y ss.
- CARDOZO, B. N., *The Growth of the Law*, 1924.
- CHALMERS, A., *What is This Thing Called Science?*, Milton Keynes: Open University Press, 1982.
- CHIASSONI, P., «Defeasibility and Legal Indeterminacy», en AA.VV. (FERRER BELTRÁN, J., BATTISTA RATTI, G. ed.), *The logic of legal requirements*, Oxford: Oxford University Press, 2012, págs. 152 y ss.
- COING, H., «Simulatio und Fraus in der Lehre des Bartolus und Baldus», *Festschrift Paul Koschaker*, Vol. III, Weimar, 1939, págs. 402 y ss.
- *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1969.
- DALKEY, N.C. y ROURKE, D.L., «Experimental Assessment of Delphi Procedures with Group Value Judgments», *Working paper. Rand Corporation*, 1971.
- DENZIN, N. AND LINCOLN, Y. (eds.), *Handbook of Qualitative Research*, 2.<sup>a</sup> ed., Thousand Oaks, CA: Sage Publishing, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Ariel, 1993.
- DINGWALL, R., «Accounts, Interviews and Observations», G. MILLER and R. DINGWALL (eds.) *Context and Method in Qualitative Research*, London: Sage Publications, 1997.
- DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, Paris: Boccard, 1923.
- DURKHEIM, E., *The Rules of Sociological Method and Selected Texts on Sociology and Its Method*, New York: Free Press, 1982.

- DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- DZIURZYNSKI, B., «FDA Regulatory Review and Approval Processes: A Delphi Inquiry», *Food and Drug Journal*, n.º 143, (1996), págs. 51 y ss.
- ENGISCH, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1960.
- ESSER, J., *Principio y norma de elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961.
- FERRARA, F., *Trattato di diritto civile italiano*, Roma: Athenaeum, 1921.
- FILDES, R.; JALLAND, M. y WOOD, D., «Forecasting in Conditions of Uncertainty», *Long Range Planning*, vol. II, n.º 4, 1978.
- FLUME, W., *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-Nova Lorque, 1992.
- GALLIGAN, D.J., «Legal Theory and Empirical Research», en AA.VV. (eds. CANE, P.; KRITZER, H.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford: Oxford University Press, 2010, págs. 976 y ss.
- GARTH, B., AND SARAT, A., (eds.), *How Does Law Matters?*, Evanston: Northwestern University Press, 1998.
- GIBBS, GR., *Analyzing Qualitative Data*, London, Thousand Oaks CA: Sage Publications, 2007.
- GLASER, B., «Constructivist Grounded Theory?», *Qualitative Sozialforschung/Forum: Qualitative Social Research*, 2002, págs. 3 y ss.
- GLASER, B. y STRAUSS, A., *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*, Chicago: Aldine, 1967.
- GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J., *La costumbre en derecho constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1989.
- GOTTHEIL, J., *Common law y civil law, El common law y nuestro sistema jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960.
- GUBRIUM, J. and HOLSTEIN, J., «Analyzing Interpretive Practice», en N. DENZIN and Y. LINCOLN (eds.) *Handbook of Qualitative Research*, 2.ª ed., Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2000, págs. 487 y ss.
- GUPTA, U. y CLARKE, R., «Theory and Applications of the Delphi Technique: A Bibliography (1975-1994)», *Technological Forecasting and Social Change*, vol. 53, n.º 2, 1996.
- HAMEL, J., DUFOUR, S. y FORTIN, D., *Qualitative Research Methods*, Vol. 2, Newbury Park: Sage Publications, 1993.

- HARRIS, D.; MACLEAN, M.; GENN, H.; LLOYD-BOSTOCK, S.; FENN, P.; CORFIELD, P. y BRITAN, Y., *Compensation and Support for Illness and Injury*, Oxford: Oxford University Press, 1984.
- HARRIS., J.W., *Law and Legal Science: An Inquiry Into the Concepts «legal Rule» and «legal System»*, Oxford: Clarendon Press, 1982.
- HART, H. L. A., *The concept of Law*, 2.<sup>a</sup> ed.; Oxford: Clarendon Press, 1961.
- HECK, P., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tubinga: Dubischar, 1932.
- HENKEL, H., *Einführung in die rechtsphilosophie: grundlagen des rechts*, München, 1964.
- HESSELINK, M., «A European Legal Method? On European Private Law and Scientific Method», *European Law Journal*, 2009, n.º 15, págs. 20 y ss.
- HOLLAND, T. E., *The elements of Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press, 1916.
- HOLMES, O. W., «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, núm. 457, Harvard, 1897, págs. 167 y ss.
- HONSELL, H., «In fraudem legis agere», *Festschrift für Max Kaser*, München, 1976, págs. 118 y ss.
- HUXLEY, T. H., *Science Primers*, American Book Co., 1882.
- IHERING, R. von, *El fin en el Derecho*, trad. cast., México, 1961.
- *El espíritu del Derecho romano*, Buenos Aires, 1947.
- KÄHLER, L., «The Influence of Normative Reasons on the Formation of Legal Concepts», AA.VV. (HAGE, J, von der Pfordten, ed.), *Concepts in Law*, New York: Springer, 2009, págs. 85 y ss.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1946.
- KING, G.; KEOHANE, R.O. y VERBA, S., *Designing Social Inquiry Scientific Inference in Qualitative Research*, Princenton, NJ: Princenton University Press, 1994.
- KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Stuttgart: Kohlhammer, 1938.
- KIRK, J. and MILLER, M.L., *Reliability and Validity in Qualitative Research*, Beverly Hills: Sage Publications, 1986.
- LANDETA RODRÍGUEZ, J., *El método Delphi: una técnica de previsión del futuro*, Barcelona: Ariel, 2002.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.



- LINSTONE, H. y TUROFF, M., *The Delphi Method. Techniques and Applications* , Reading, MA: Addison-Wesley, 1975.
- LOPUCKI, L.M. y DOHERTY, J.W., «Professional Overcharging in Large Bankruptcy Reorganization Cases», *Journal of Empirical Legal Studies* , 2008, n.º 5, págs. 983 y ss.
- Mc. CORMICK, N., *Institutions of Law, an Essay in Legal Theory* , Oxford University Press, Oxford, 2007.
- ULLMANN-MARGALIT, E., *The emergence of norms* , Oxford: Clarendon Press, 1977.
- MAY, T., *Social Research; Issues, Method and Practices*, 2.<sup>a</sup> ed., Buckingham: Open University Press, 2001.
- MILES, M., «Qualitative Data as an Attractive Nuisance: The Problem of Analysis» *Administrative Science Quarterly* , 1979, n.º 24, págs. 590
- MILES, M. y HUBERMAN, A., *Qualitative Data Analysis*, 2.<sup>a</sup> ed., Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 1994.
- MULLER-ERZBACH, *Die Rechtswissenschaft im Umbau* , Munich: Huber, 1950.
- NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS, *West Virginia Supreme Court of Appeals: Delphi-based workload assessment for family, Final Report*, 2001.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, D., *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española* , Madrid: Dykinson, 2009.
- PATTON, M.Q., *Qualitative Research and Evaluation Methods*, 3.<sup>a</sup> ed., London: Sage Publications, 2002.
- PEDRO HABA, E., *Metodología jurídica irreverente* , Madrid: Dykinson, 2006.
- POSNER, R. A., *The Problems of Jurisprudence* , Massachusetts: Harvard University Press, 1993.
- PUCHTA, G. F., *Das Gewohnheitsrecht* , Darmstadt: Erlangen, 1828.
- PUNCH, K., *Introduction to Social Research* , London: Sage Publications, 1998.
- RAWLS, J., *A theory of justice* , Cambridge (MA): Belknap Press of Harvard University Press, 1976.
- REALE, M., *Introducción al Derecho* , Madrid: Ed. Pirámide, 1976.
- SAVIGNY, F. K., *Metodología jurídica* , Buenos Aires, 1979.
- SCHMIDHAUSER, J. R., *Comparative judicial systems* , London: Butterworths, 1987.
- SCHMIDT, P., HALLIDAY, S., «Introduction: Beyond Methods - Law and Society in Action», en AA.VV. (HALLIDAY, S.; and SCHMIDT, P. eds.), *Conducting Law and*

*Sociaty Research: Reflections on Methods and Practices* , New York: Cambridge University Press, 2009, págs. 1 y ss.

SCHWANDT, T., *Dictionary of Qualitative Inquiry* , 3.<sup>a</sup> ed., Thousand Oaks, Ca: Sage Publications, 2007.

STRAUSS, A. y CORBIN J., *Basics of Qualitative Research: Techniques and Procedures for Developing Grounded Theory*, 2.<sup>a</sup> ed., Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 1998.

TAFOYA, W.L., *A Delphi forecast of the future of law enforcement* , Maryland: University Microfilms International, 1986.

TEICHMANN, A., *Die Gesetzesumgehung* , Göttingen, 1962.

THÖL, H., *Einleitung in das deutsche Privatrecht* , Göttingen, 1851.

TIEDEMANN, P., «The Rechtsstaat-Principle in Germany: The Development from the Beginning Until Now», *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)* , New York: Springer, 2014.

URRUTIA, F. J. de, *El fundamento del valor jurídico de la costumbre, según Santo TOMÁS, SUÁREZ y SAVIGNY* , Bilbao: Estudios de Deusto, 1964.

VALLET DE GOYTISOLO, J., *Metodología Jurídica* , Civitas, Madrid, 1988.

VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne* , Paris: Montchrestien, 1975.

WARDA, G., *Dogmatische grundlagen des richterlichen ermessens in strafrecht* , Köln: Carl Heymanns, 1962.

WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie* , Tübingen, 1922.

WEBLEY, L. «Qualitative approaches to empirical legal research», AA.VV. (eds. CANE, P.; KRITZER, H.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* , 2012, n.º 38, págs. 926 y ss.

ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* , Madrid: Trotta, 1995.

1

PAZ-ARES, C., en el prólogo al libro de CANARIS, C.W ., *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas* , Madrid: Civitas, 1995, pág. 21.

2

En la famosa frase de KIRCHMANN: «Tres palabras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en maculatura», *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* , Stuttgart: Kohlhammer, 1938

3

LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho* , Barcelona: Ariel, 1994., pág. 27.

4

LARENZ, K., ob. cit., págs. 26-27.

5

HESELINK, M., «A European Legal Method? On European Private Law and Scientific Method», *European Law Journal*, 2009, n.º 15, pág. 22.

6

Según Richard Posner, «[w]hat is missing from law are penetrating and rigorous theories, counterintuitive hypotheses that are falsifiable but not falsified—precise instrumentation, an exact vocabulary, a clear separation of positive and normative inquiry, quantification of data, credible controlled experiments, rigorous statistical inference, useful technological by-products, dramatic interventions with measurable consequences, and above all and subsuming most of the previous points, objectively testable—and continually retested—hypotheses. In law there is the blueprint or shadow of scientific reasoning, but no edifice. POSNER, R. A. *The Problems of Jurisprudence*, Massachusetts: Harvard University Press, 1993), pág. 69.

7

Al respecto, HART, H. L. A., *The concept of Law*, 2.ª ed., Oxford: Clarendon Press, 1961, pág. 88.

8

GALLIGAN, D.J., «Legal Theory and Empirical Research», en AA.VV. (eds. CANE, P.; KRITZER, H.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pág. 978.

9

See AA.VV. (eds. CANE, P.; KRITZPÁGER, H.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford: Oxford University Press, 2010, págs. 3 y ss.

10

See, BROWER, J.; HUNTER, A., *Foundations of Multimethod Research: Synthesizing Styles*, Thousand Oaks, London and New Delhi.: Sage Publications, 2006, SCHMIDT, P. HALLIDAY, S., «Introduction: Beyond Methods - Law and Society in Action», in AA.VV. (HALLIDAY, S.; and SCHMIDT, P. eds.), *Conducting Law and Society Research: Reflections on Methods and Practices*, New York: Cambridge University Press, 2009, págs. 1-13.

11

Al respecto CANE, P.; KRITZER, H., «Introduction» en AA.VV. (eds. CANE, P.; KRITZER, H.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford: Oxford University Press, 2010, págs. 3 y ss.

12

HARRIS, D.; MACLEAN, M.; GENN, H.; LLOYD-BOSTOCK, S.; FENN, P.; CORFIELD, P.; and BRITAN, Y., *Compensation and Support for Illness and Injury*, Oxford: Oxford University Press, 1984.

13

GARTH, B., and SARAT, A., (eds.), *How Does Law Matters?*, Evanston: Northwestern University Press, 1998.

14

LOPUCKI, L.M. and DOHERTY, J.W., «Professional Overcharging in Large Bankruptcy Reorganization Cases», *Journal of Empirical Legal Studies*, 2008, n.º 5, págs. 983 y ss.

15

No obstante, la separación entre la dogmática tradicional y la investigación empírica del Derecho no es tan evidente en numerosas ocasiones. Al respecto, véase GALLIGAN, D.J., «Legal Theory and Empirical Research», en AA.VV. (eds. CANE, P.; KRITZER, H.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford: Oxford University Press, 2010, págs. 976 y ss.

16

Véase DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986.

17

HARRIS, J.W., *Law and Legal Science: An Inquiry Into the Concepts «legal Rule» and «legal System»*, Oxford: Clarendon Press, 1982.

18

LINSTONE, H. y TUROFF, M., *The Delphi Method. Techniques and Applications*, Reading, MA: Addison-Wesley, 1975.

19

LANDETA RODRÍGUEZ, J., *El método Delphi: una técnica de previsión del futuro*, Barcelona: Ariel, 2002.

20

DALKEY, N.C. y ROURKE, D.L., «Experimental Assessment of Delphi Procedures with Group Value Judgments», *Working paper. Rand Corporation*, 1971.

21

FILDES, R.; JALLAND, M. y WOOD, D., «Forecasting in Conditions of Uncertainty», *Long Range Planning*, vol. II, n.º 4, 1978.

22

GUPTA, U. y CLARKE, R., «Theory and Applications of the Delphi Technique: A Bibliography (1975-1994)», *Technological Forecasting and Social Change*, vol.53, n.º 2, 1996.

23

DALKEY Y ROURKE, ob. cit.; GUPTA Y CLARKE, ob. cit.

24

ORTEGA GUTIÉRREZ, D., *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid: Dykinson, 2009, págs. 13-21.

25

WARDA, G., *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens in Strafrecht*, Köln: Carl Heymanns, 1962, pág. 25.

26

BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia: Fernando Torres, 1980, p.

27

CHIASSONI, P., «Defeasibility and Legal Indeterminacy», *The logic of legal requirements*, FERRER BELTRÁN, J., BATTISTA RATTI, G. ed., Oxford: Oxford University Press, 2012, pág. 152.

28

KÄHLER, L., «The Influence of Normative Reasons on the Formation of Legal Concepts», *Concepts in Law*, HAGE, J.; VON DER PFORDTEN. ed., New York: Springer, 2009, pág. 85.

29

TIEDEMANN, P., «The Rechtsstaat-Principle in Germany: The Development from the Beginning Until Now», *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, New York: Springer, 2014, pág. 176.

30

LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia ...*, cit., pág. 226.

31

HOLLAND, T. E., *The elements of Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press, 1916, pág. 3.

32

GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, pág. 44.

33

GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad ...*, cit., pág. 140.

34

ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 1994, pág. 15.; ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 1995, pág. 11.; SCHMIDHAUSER, J. R., *Comparative judicial systems*, London: Butterworths, 1987, pág. 79.

35

PEDRO HABA, E., *Metodología jurídica irreverente*, Madrid: Dykinson, 2006, págs. 51 y ss.

36

DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, Paris: Boccard, 1923, preface.

37

VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris: Montchrestien, 1975, pág. 70.

38

VALLET DE GOYTISOLO, J., *Metodología ...*, cit., pág. 257.

39

BRUSIIN, O., *Über die Objektivität der Rechtsprechung*, Helsinki: Kirjapaino, 1949, pág. 47.

40

LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia ...*, cit., pág. 290.

41

IHERING, R. VON, *El fin en el Derecho*, trad. cast., México, 1961, y *El espíritu del Derecho romano*, Buenos Aires, 1947.

42

HECK, P., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tubinga: Dubischar, 1932.

43

*Die Rechtswissenschaft im Umbau*, Munich: Huber, 1950.

44

DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Ariel, 1993, pág. 285.

45

*Wesen und Grenzen der richterlichen Streitenscheidung im Zivilrecht*, 1955, págs. 14 y ss.; *Interesennkollisionen und ihre Wertung bei den Sicherungsrechtung an Fahrnis und Forderung*, 1954, págs. 4 y ss.

46

Sobre esta evolución LARENZ, K., ob. cit., págs. 141 y ss.

47

DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias...*, ob. cit., págs. 288-289.

48

Un ejemplo puede encontrarse en nuestra opción por el sistema de reparto solidario en la relación externa de seguro múltiple en BATALLER GRAU, J., *El seguro múltiple*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, págs. 73 y ss.

49

PUCHTA, G. F., *Das Gewohnheitsrecht*, Darmstadt: Erlangen, 1828, págs. 1-13, 13-24.

50

GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J., *La costumbre en derecho constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1989, pág. 15.

51

MC CORMICK, N., *Institutions of Law, an Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007, págs. 70 y ss.

52

ULLMANN-MARGALIT, E., *The emergence of norms*, Oxford: Clarendon Press, 1977, pág. 77 y ss.

53

RAWLS, J., *A theory of justice*, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1976, p. 200 y ss.; REALE, M., *Introducción al Derecho*, Madrid: Ed. Pirámide, 1976, págs. 123 y ss.

54

GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J., *La costumbre...*, cit., pág. 16.

55

BOBBIO, N., *La consuetudine come fatto normativo*, Padua: Giappichelli, 1942, pág. 6.

56

BALOSSINI, C. E., *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, MILÁN: A. GIUFFRÈ, 1958, pág. 59.

57

DE URRUTIA, F. J., *El fundamento del valor jurídico de la costumbre, según Santo TOMÁS, SUÁREZ y SAVIGNY*, Bilbao: Estudios de Deusto, 1964, págs. 22 y ss.

58



FERRARA, F., *Trattato di diritto civile italiano*, Roma: Athenaeum, 1921, págs. 25 y ss.

59

AJANI, G., *Sistemi giuridici comparati*, Torino: Giappicheli, 2006, pág. 77 y ss.; GOTTHEIL, J., *Common law y civil law, El common law y nuestro sistema jurídico*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960, pág. 25 y ss.